

COORDENAÇÃO

Ilton Garcia da Costa

ORGANIZAÇÃO

Andréa Grandini José Tessaro

DIREITO, JUSTIÇA E CONTEMPORANEIDADE

VOL. I _____



COORDENAÇÃO

Ilton Garcia da Costa

ORGANIZAÇÃO

Andréa Grandini José Tessaro

DIREITO, JUSTIÇA E CONTEMPORANEIDADE

VOL. I _____

AUTORES PARTICIPANTES

Alcelyr Valle da Costa Neto
Ana Claudia Matioli Antonio Amarante
Andréa Arruda Vaz
Andréa Grandini José Tessaro
Andréa Maria Silvério Righetto Martino
Ariane Fernandes de Oliveira
Ariê Scherreier Ferneda
Carlos Eduardo Millen Grosso
Isis de Jesus Garcia
Izabella Karoline Figueirêdo da Silva
Izabella Ross Emmendoerfer
Júlia Michels
Patrícia S. Rodrigues
Rodrigo N. Riquelme Macedo
Rogério Bernardi
Thaísa Martins Lourenço

1ª Edição - Curitiba - 2018

Instituto Memória Editora

CENTRO DE ESTUDOS DA CONTEMPORANEIDADE

© Todos os direitos reservados

Instituto Memória Editora & Projetos Culturais
Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 305, Juvevê
CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.
Central de atendimento: (41) 3016-9042
www.institutomemoria.com.br



Editor: Anthony Leahy

Projeto Gráfico: Barbara Franco

Revisão final realizada pelos próprios autores

ISBN: 978-85-5523-288-6

COSTA, I. G. da
TESSARO, A. G. J.

Direito, Justiça e Contemporaneidade Vol. I.
Coordenação: Ilton Garcia da Costa. Organização: Andréa
Grandini José Tessaro. Curitiba: Instituto Memória. Centro
de Estudos da Contemporaneidade, 2018.

216 p.

1. Direito Civil. 2. Direito Penal. 3. Direito
Constitucional. I. Título.

CDD: 340

SUMÁRIO

DE “ATO” EM “AUTO”: O CRIME DE DEFLORAMENTO DESDE A DENÚNCIA OU QUEIXA NA POLÍCIA ATÉ A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO CRIMINAL (PORTO ALEGRE, 1890-1922) 07

Carlos Eduardo Millen Grosso

ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DA PEDOFILIA À LUZ DA LEI N. 12.015/09 23

Ariane Fernandes de Oliveira

Andréa Grandini José Tessaro

DIÁLOGOS POSSÍVEIS ANTROPOLOGIA DO DIREITO E A PESQUISA JURÍDICA 39

Isis de Jesus Garcia

O RECONHECIMENTO DE UNIÕES POLIAFETIVAS COMO MEDIDA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS E LIBERDADES ESSENCIALMENTE HUMANAS 65

Andréa Arruda Vaz

Ariê Scherreier Ferneda

Thaísa Martins Lourenço

A (IN) EFETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESARIAL POR DANOS AMBIENTAIS NO BRASIL 86

Júlia Michels

Patrícia S. Rodrigues

CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO POR MEIO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR COM ENFOQUE NO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADQUIRIDO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO NON BIS IN IDEM 117

Izabella Karoline Figueirêdo da Silva

Rogério Bernardi

ABORTO: CRIME OU DESRESPEITO COM A LIBERDADE E DIGNIDADE HUMANA DA MULHER? 138

Andréa Maria Silvério Righetto Martino

Rodrigo N. Riquelme Macedo

ABUSO SEXUAL INFANTIL: UM CASO INVERÍDICO, QUE RESULTOU NO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL 171

Izabella Ross Emmendoerfer

A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR FRENTE AO COMÉRCIO ELETRÔNICO INTERNACIONAL 193

Alcelyr Valle da Costa Neto

Ana Claudia Mاتيoli Antonio Amarante

DE “ATO” EM “AUTO”: O CRIME DE DEFLORAMENTO DESDE A DENÚNCIA OU QUEIXA NA POLÍCIA ATÉ A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO CRIMINAL (PORTO ALEGRE, 1890-1922)

Carlos Eduardo Millen Grosso¹

O Brasil passou por profundas transformações sociais, políticas e econômicas, no final do século XIX, como a abolição da escravidão e a instalação do regime republicano, assim como o crescimento populacional relacionado à intensificação da imigração, crescimento dos centros urbanos e a disseminação do trabalho assalariado. Essas modificações foram seguidas por um conjunto de medidas que visavam à modernização do país. As ações públicas conduziam a um processo de organização e controle do espaço público, indiferentes aos trabalhadores pobres, resultando na criação de inúmeros mecanismos de repressão e controle da vida cotidiana (SOUZA, 2009).

Os juristas tiveram papel de destaque, entrevendo no sistema judiciário um formidável espaço que poderia desempenhar uma função pedagógica para “civilizar” os costumes e ajustá-los à ideia de nação (ALVAREZ, 2003). Sueann Caulfield destaca que “os juristas, ansiosos por promover o aperfeiçoamento social e racial da população, viam no direito positivo uma justificativa, um método para intervir no desenvolvimento físico e moral da nação” (CAULFIELD, 2000:71). Além dos juristas, a reorganização institucional da polícia civil nos estados desempenhou, também, papel de destaque nessa modernização, sendo atribuído à alçada policial poderes destinados à repressão de comportamentos “fora” da ordem vigente

¹ Professor da UniSociesc-Joinville. Doutor em História pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

(ROSEMBERG, 2010). Esse controle tinha, dentre outras interesses, o controle sexual, especialmente feminino. A partir do incremento de técnicas criminais, de processos de identificação e de racionalização administrativa, o Estado promoveu a profissionalização e especialização do corpo policial e da administração (MAUCH, 2011).

Com o Código Penal de 1890², o sistema penal judicial assumiu ampla responsabilidade para dirimir os problemas e conflitos sociais – o que permitiu que se desenvolvessem estratégias de controle na regulamentação do comportamento dos diferentes sujeitos sociais, principalmente dos segmentos populares, acompanhados da reorganização dos espaços urbanos. A associação entre conduta social e padrão de honestidade era uma tendência nos discursos jurídicos. Não era suficiente esclarecer a “verdade” dos fatos e determinar o autor. Os juristas compreendiam que “o julgamento de um crime levava em conta a defesa social, pois o crime atingia toda a sociedade, e a conduta total do réu, no sentido de se determinar seu grau de periculosidade”(ESTEVES, 1989:41). Isto é, era necessário para o juiz identificar no acusado padrões de convergência ou divergência em relação à normatização do comportamento sexual.

Sem jamais simplificar as ideias e conceitos que orientavam o Código Penal de 1890, Martha Esteves assinala, porém, que nos crimes sexuais, a operação jurídica indicava a necessidade de avaliação total, aferindo não somente o ato delituoso, mas se o comportamento do acusado e da ofendida seria ou poderia ser apropriado (ESTEVES, 1989). O sistema penal judicial personificado – para o interesse do artigo – na figura do juiz e da polícia, orientava-se de acordo com uma lógica que cruzava a medida de ajustamento dos comportamentos sociais de vítimas e de acusados com a confiabilidade de seus respectivos depoimentos.

Durante o período de investigação policial e de formação do processo criminal, além dos fatos em si, também eram traçados os perfis sociais dos envolvidos, de modo a produzir um saber sobre as partes envolvidas, classificando-as como “normais”, “perigosas”, “honestas”. Isso significa dizer que os perfis sociais dos acusados e das vítimas – edificados com base nos modelos jurídicos de culpa ou inocência da época – não são úteis para a indagação policial e para o

² Conforme ZAFFARONI e PIERANGELI (2002:219-220), o Código de 1890 apresentava uma matriz ideológica de cunho liberal-clássico, que colidia com os postulados da Escola Positiva e sua criminologia, recém chegadas ao Brasil.

processo criminal de defloração se analisados isoladamente. Seria necessário que os envolvidos apresentassem perfis sociais que fossem coerentes no momento de “construção” do caso, correspondendo ao papel de vítima e ao de acusado.

Deste modo, o direito não se reduz à lei e menos ainda com a aplicação objetiva desta; ele se materializa sob a forma da decisão – o que, ao mesmo tempo, levanta a questão da articulação entre a lei, geral e abstrata, e o julgamento essencialmente particular e concreto do caso. Ou, mais extensivamente, no que se refere aos processos criminais de defloração e de estupro, era principalmente o comportamento das mulheres que era avaliado. Como bem aponta Esteves (1989:35), os juristas do início do século XX acreditavam que a passagem para a civilização “estaria numa eficiente legislação que garantisse o ‘respeito pela honra da mulher’”.

Nesse sentido, é necessário pensar a conformidade do enquadramento dos crimes sexuais no Código Penal de 1890 como “crimes contra a honra e honestidade das famílias”, sendo a representação destas relacionadas à construção da nação a um ideal de família, em que cabe à mulher uma função civilizadora em correspondência ao seu papel de mãe e esposa. A noção de que o prazer feminino, diferente do masculino, não está no sexo em si, mas na maternidade, vinha corroborar os preceitos do comedimento e a negação às mulheres de viver uma vida sexual plena. Esse discurso de promoção da mulher calcado na maternidade foi bastante disseminado no período de formação da República por educadores, políticos, médicos e juristas (PROSPERI, 2010:23). A mulher casada não deveria se permitir a experiência do prazer exagerado, mesmo o casamento sendo entendido como o único local para a vivência da sexualidade. Além disso, a noção de corpo e de virgindade violada estava pautada pela ideia de “virgindade moral”, na qual o comportamento de mulheres em relação à honra das famílias era o aspecto fundamental (MATOS, 2003:116-117).

O crime de “defloração” diz respeito, segundo o texto da lei, à “honra das famílias”, sendo que o comportamento sexual e a conduta moral das mulheres seriam os aspectos privilegiados para a sua garantia. Ou seja, através do papel de esposas, mães e donas-de-casa, as mulheres poderiam desempenhar vigilância sobre o comportamento moral dos filhos e imprimir valores de responsabilidade e assiduidade nos maridos trabalhadores. Isso significa que os discursos jurídicos, ao focalizarem nas

representações como maternidade e felicidade conjugal, de alguma forma, acabavam naturalizando o “modo-de-ser” mulher, transformando o feminino em “o” sexo, de modo a conter as múltiplas experiências femininas (COIMBRA, 2003).

Assim, é possível dizer que a principal característica do direito não seja somente procedimental; ele não tem apenas por efeito alimentar a vigilância. Ele mobiliza igualmente valores substanciais, dos quais, contudo, é difícil falar sem cair no risco de opor duas ordens plenas: a positividade do direito em vigor (lei) e a sociedade. Como lembra Jacques Revel (2009:129):

A escola, o hospital, o asilo, a prisão, a família se tornaram assim alguns dos pontos mais visíveis – e mais frequentados – por uma espécie de arquipélago institucional [...]. O que resultou disso, em todo o caso, é uma oposição radical entre a instituição e o social, frequentemente concebidos a partir de então como realidades antagônicas.

Esperando evitar essa armadilha, na qual o mundo institucional aparece como exterior aos operadores do sistema penal judicial, o Código Penal e, em particular, o crime de defloração, inscrevem-se na ação cotidiana. Certamente essa situação presta-se a inúmeras variações, como as inúmeras elaborações culturais das relações dos sexos – pelas quais se reafirma o domínio do direito em vigor e sua irrecusável legitimidade histórica –, mas mesmo assim é preciso compreender que essas construções não se elevam senão sobre um terreno previamente aparado pelos padrões sociais e culturais de uma época (ARNAUD, 1981:333-334; FOUCAULT, 2011:1011). Isto é, a ideia de justiça está, inegavelmente, ligada ao meio social e cultural. Afinal, só se pode definir como justa uma conduta quando esta corresponde ou se adapta a uma noção prévia do justo partilhada em uma determinada ordem sociocultural. É preciso, entretanto, mostrar que o direito não se contenta em defender posições instituídas, mas exerce igualmente funções instituintes – o que supõe criação de novas significações sócio históricas e desconstrução das significações instituídas que a elas se opõem (MENDONÇA, 2008:25).

Numa escala individual, a prática jurídica registra diariamente os choques das forças centrífugas que sacodem o direito ao sabor dos interesses particulares e das tragédias pessoais. De resto, seria

um erro representar a lei sob a forma de um espartilho rígido que não dá nenhuma margem de ação aos agentes do sistema penal judicial. Trata-se de trabalhar, nos termos de Michael Ignatieff (1987:187), “as relações entre o dentro e o de fora”. Ou seja, as discrepâncias constatadas empiricamente entre a lei disposta nos códigos e as práticas concretas de justiça. Não existiria, por conseguinte, uma “justiça”, mas sim vários “sentidos” de justiça, representados em “discursos” ou “teorias” sobre o justo e o injusto, cobertos com maior ou menor “força”.

É lícito, portanto, colocar a questão: quais são as formas que assumem a justiça nas indagações policiais e processos criminais de defloramento no que se refere à honra sexual? Em toda uma série de processos criminais, os padrões morais da época constituem o pano de fundo das ações judiciais, sendo a Lei sua referência. Entretanto, sem reduzir a força nem o valor dos padrões, não se poderia ignorar as fissuras entre o discurso institucionalizado do direito (leis, textos jurídicos, entre outros) e o sujeito que opera o sistema penal judicial (juiz, delegado, entre outros).

1 PARA ALÉM DO DEVER SER

Os artigos do Código Penal de 1890 que tratavam sobre crimes sexuais receberam o título “Dos crimes contra a segurança das famílias e do ultraje público ao pudor” e eram divididos em cinco capítulos, dos quais o primeiro agrupava os crimes sexuais contra a honra das mulheres, a saber: Atentado ao pudor (artigo 266), a Corrupção de menores (artigo 266), os Atos libidinosos (artigo 266), o Defloramento (artigo 267), o Rapto (artigo 270 e 271) e o Estupro (artigo 268 e 269).

No Código Penal de 1890, o crime de defloramento (artigo 267) fazia parte do conjunto de atos sexuais ilícitos e apresentados como Violência Carnal. As penas, em caso de condenação, eram de 1 a 4 anos de prisão celular, ou arquivamento mediante certidão de casamento, ou compensação em dinheiro. Na definição dos crimes de Violência Carnal somente as mulheres surgiam como vítimas, jamais os homens que apareciam como agentes do delito. Essa noção é referida pelo jurista Oscar de Macedo Soares ao dizer que, nos códigos modernos, o legislador “preocupou-se da honra da mulher e garantiu-a contra os assaltos do homem pela severidade da punição” (SOARES, 2004: 533). A premissa do texto penal

fundamentava-se na concepção assimétrica entre homens e mulheres, reforçando imagens que põem a mulher como frágil, sexualmente indiferente e indefesa frente à cobiça masculina. Por outro lado, o homem teria como qualidade própria ao seu temperamento o desejo, que tinha na repressão social o mecanismo de controle necessário para refrear esse sentimento. Além do Código Penal, os livros de Medicina Legal, as Teses e as Jurisprudências lançavam estudos e julgamentos sobre o comportamento sexual da população, estabelecendo diferenças entre o que era estimado um procedimento sexual “normal” e “patológico”, passando pela valorização da honra sexual feminina (CAULFIELD. 2001).

De acordo com o Código Penal, os elementos indispensáveis para a configuração do crime de defloração eram a sedução, o engano e a fraude. Nas indagações policiais e processos criminais analisados para a redação deste artigo, o item fundamental utilizado na distinção do delito foi sempre o de sedução via promessa de casamento; o não cumprimento desta promessa configurava, para os operadores da lei, prova de engano ou fraude. É o que se verifica no processo de Joanna Menegotti, de 21 anos, branca, que sabia ler e escrever, e que trabalhava com agricultura na propriedade da família, localizada no Potreiro Grande, local pertencente à Barra do Ribeiro.³ A menor acusava o noivo João Baptista Jardim – 22 anos, que sabia ler e escrever, jornalista, e morador da mesma localidade de Joanna – de tê-la seduzida e, posteriormente, deflorado-a.⁴

A queixa foi apresentada pelo pai da menor, de nome João Baptista Menegotti, na delegacia do 8º distrito. Entretanto, por razões que não ficaram claras na indagação policial e na denúncia oferecida pelo Promotor Público, a investigação policial correu na delegacia do 1º distrito. No dia 16 junho de 1915, compareceram na delegacia o pai da menor João Baptista Menegotti e duas testemunhas que foram trazidas pelo acusado.⁵ O pai da menor apresentou a seguinte queixa:

[...] que, tem uma filha de nome Joanna Baptista Jardim, menor, a qual era noiva de João Baptista Jardim; que, Joana, segundo ela própria

³ 8º distrito de Porto Alegre.

⁴ APERS. Comarca de Porto Alegre. Processo criminal, nº 752, maço 44, caixa 1991, 1916.

⁵ Não consta no relatório de polícia o interrogatório de João Baptista Jardim e das testemunhas trazidas por ele.

declarou, há três meses mais ou menos, que foi deflorada por João Baptista, seu noivo; que, ele declarante se não veio há mais tempo [...], foi por não saber, pois que Joanna, há poucos dias é que lhe contou; que, João Baptista, [...] negou-se a cumprir a sua palavra de casamento para com Joanna, alegando ser esta deflorada; que, por isto, é que vem recorrer a polícia, [...].

Em seguida, Joanna contou sua versão sobre o caso, dizendo ter sido seduzida por seu noivo, que prometera casamento:

[...] desde janeiro do corrente ano, com consentimento de seus pais, tratou casamento com um rapaz de nome José Baptista Jardim, que trabalhava junto com seu pai, que, em a noite de dezessete de março do corrente ano, estava ela declarante na cozinha de sua casa, quando ali entrou João Baptista, que depois de muita oposição por parte da declarante, deflorou-a, sob princípio de casamento; que, João Baptista, como já trabalhava e morava com seu pai, depois deste fato, ainda trabalhou por alguns dias, retirando-se após; que, como João Baptista não mais aparecesse em sua casa, ela declarante resolveu contar o ocorrido a seu pai; que, este indo falar a João Baptista o mesmo disse-lhe que não mais casaria com a declarante, alegando não sabe que motivos.

Na versão de Joanna, o relacionamento amoroso que ela mantinha com João Baptista Jardim era de conhecimento de seu pai. Ainda que Joanna não precisasse a data na qual fora deflorada, a partir de seu relato se pressupõe que havia sido recente. Ainda que, no exame de corpo de delito, o médico Jacintho Godoy considerou antigo o defloramento da menor.⁶

A denúncia do Ministério Público foi transformada em processo criminal de defloramento. O processo apresentou um lapso de quase dois anos sem qualquer trâmite legal, de modo que o primeiro interrogatório de João Baptista Jardim, que consta nos autos, foi feito apenas no dia 15 de janeiro de 1917. Nesse interrogatório, João contou que manteve relações sexuais com Joanna durante dois anos, período em que esteve trabalhando na casa do pai da menor.

⁶ Médico gaúcho formado pela Faculdade de Porto Alegre em 1911. Ele ocupou, com algumas interrupções, a função de médico legista entre os anos de 1913 e 1923. Posteriormente, veio a ser o idealizador e primeiro diretor do manicômio judiciário e da diretoria de assistência a alienados do Rio Grande do sul.

As duas testemunhas indicadas por João Baptista Jardim também foram ouvidas nessa data.⁷ Armando Rodrigues Salazar, 23 anos, jornalista, morador da Barra do Ribeiro, contou que há quatro ou cinco anos estivera empregado na casa do pai de Joanna, como “peão”. Nessa ocasião, Armando tornou-se namorado de Joanna, sem promessa alguma de casamento. Ele ressaltou que teve “relações sexuais com Joanna, três vezes, encontrando-a deflorada, isto na própria casa dela”. Armando lembrou que, no tempo em que namorava Joanna, “muita gente falava mal dela”. E finalizou o seu depoimento afirmando que “conhece há muito tempo o acusado, podendo atestar que é ele um bom rapaz, honesto e trabalhador.”

A segunda testemunha foi Crescencio Alves da Rocha, 48 anos, viúvo, lavrador, também morador da Barra do Ribeiro. Ele praticamente reiterara a versão de João e de Armando. Crescencio contou que também foi “peão” do pai da menor durante dois anos. Como dormia na mesma casa do proprietário, Crescencio observou, mais de uma vez, Joanna sair sozinha da casa e manter conversa com outros trabalhadores, quando todos da família estavam dormindo. Valendo-se do mesmo recurso adotado por Armando, a testemunha finalizou: “há muito tempo ouve dizer, naquelas redondezas, que a ofendida mantivera relações carnavais com outros, antes de tê-las com o denunciado.”

Joanna foi novamente ouvida pelo juiz. Diante da versão do acusado e das testemunhas, que a colocaram como uma mulher de comportamento suspeito, Joanna pareceu ter sido mais incisiva no que se refere ao elemento indispensável para a configuração do crime de defloração: sedução, engano ou fraude. Ela narrou que há quatro meses tinha acordado casamento com João, mas que “depois de a ter deflorado, declarara-lhe [João] que iria trabalhar, a fim de conseguir meios para realizar o casamento; passado um mês, sendo interrogado pela depoente declarara-lhe que não repararia o mal.; que, em vista disso, a declarante acompanhada de seu pai e sua mãe fez a denúncia [...]”. Há que se destacar, entretanto, que o texto penal não determinava o significado da sedução, do engano e da fraude. A determinação desses elementos estava ao encargo dos agentes policiais, dos advogados, dos promotores e dos juizes, que aproveitavam essa indefinição da lei para formular o entendimento particular a respeito dos termos.

⁷ Estas testemunhas serão novamente convocadas pelo juiz, comparecendo apenas Armando.

Nesse sentido, o advogado de João Baptista Jardim manifestou-se, sob a forma de petição, sobre a acusação de Joanna, a qual considerava “balela” e que “não encontra apoio” no processo; pelo contrário, “as duas testemunhas de acusação sustentaram, vitoriosamente, a inocência do meu constituinte”. O advogado sustentou, com base nas testemunhas, que não se podia pensar em sedução, engano ou fraude, porque Joanna adotava “comportamento duvidoso” e pouco usual para uma “mulher honesta”. Conforme Martha Abreu Esteves e Sueann Caulfield, “o estado anterior de virgindade, exigência básica para que fosse configurado um crime de defloração, só ficaria garantido com o exame do comportamento moral da pretensa ofendida” (ESTEVES; CAULFIELD, 1995: 26). Além disso, com apoio do exame de corpo de delito, o advogado adotou um tom abertamente ofensivo contra Joanna, argumentando que “o próprio corpo delito vem provar que a suposta vítima era useira já veseira [sic] no coito e prova a respeitável antiguidade do defloração [...]”. A argumentação adotada pelo advogado parece ter reverberado sobre o posicionamento do juiz. No dia 12 de fevereiro de 1917, o José Lucas Flores Filho julgou improcedente a denúncia de defloração contra João Baptista, considerando desnecessária a formação do júri. O juiz alegou que ficara “patente” a inexistência dos seguintes elementos: “a) Que haja cópula carnal; b) Que a mulher seja virgem; c) Que seja de menor idade; d) Que tenha sido seduzida”.

Mesmo considerando as informações dos médicos legistas, o juiz descartou qualquer possibilidade do uso da sedução por parte de João, formulando um entendimento particular sobre o termo. Ele argumentou que “a promessa de casamento para constituir um dos elementos do crime de quem se trata, torna necessário que seja formal e sério e anterior ao concubinato; dizendo até no pensar do eminente Carrara⁸ e sua comprovação pelo depoimento de suas testemunhas [...]”.

Outra indefinição do Código Penal de 1890 era em relação ao termo virgindade e honestidade. Em função dessa ambiguidade (virgindade física ou moral), a qual servia como base para determinação da honestidade da declarante, existia uma invasão da esfera privada dos envolvidos pela esfera pública, tornando difícil compreender até onde seria o campo de atuação do sistema penal

⁸ É bem provável que o juiz estivesse se referindo ao jurista italiano Francesco Carrara (1805-1888), que foi um dos principais estudiosos do direito penal.

judicial, enquanto conjunto de instituições públicas responsável pela conservação da ordem pública e das liberdades individuais. Essa imprecisão permitia que as liberdades subjetivas fossem constantemente violadas pelo próprio responsável pela sua manutenção – os agentes do sistema penal judicial. É o que se verifica na história de Gustavo e Helena.⁹ Eles se conheceram aproximadamente há um mês. Helena Domaraszha tinha 15 anos e era florista da loja “A Primavera”. Gustavo de Freitas e Castro, com idade de 20 anos, trabalhava em um escritório. O casal se conheceu num baile no arraial de São João e desde então passaram a namorar. Mas foi na madrugada do dia 13 de setembro que o namoro tomou novo rumo, quando Gustavo e Helena foram abordados pelo agente Marcílio Telles.

O delegado de polícia do 1º distrito narrou, no dia 23 de setembro, a cena na qual o jovem casal foi surpreendido pelo agente Marcílio:

Em a madrugada do 13 do corrente [setembro], a uma hora mais ou menos, o agente n.76, Marcílio Telles de Souza, de serviço na rua 7 de Setembro, foi surpreendido com a presença de um casal, muito jovem, que procurava entrar no prédio n.25, casa comercial daquela rua.

O sentimento de surpresa manifestado por Marcílio diz respeito ao comportamento suspeito de Gustavo e Helena. Em seguida, Marcílio tratou de observar com mais precisão o casal, para depois tomar as devidas providências:

Observando as maneiras tímidas da moça, para logo verificou o agente não tratar-se de uma meretriz que ali fosse com o intuito de pernoitar com o moço que a conduzira; antes, afagou a suposição, mais tarde verificada verdadeira, de que no caso tratava-se de uma menor seduzida; pelo que conduziu a ambos, a comparecerem a esta delegacia, a fim de prestar esclarecimentos, [...].

A decisão do agente em levá-los para a delegacia foi pautada por uma observação cuidadosa sobre a menor, estabelecendo uma

⁹ APERS. Comarca de Porto Alegre. Processo criminal, nº 599, maço 34, caixa 1978, 1915.

rede discreta de analogias entre lícito e ilícito, ingênuo e obsceno. A imagem que dela foi feita pelo agente, de uma mulher inexperiente e ingênuo, legitimou, aos seus olhos, a condução do casal para a delegacia. Para o jurista Francisco José Viveiros de Castro, no livro “Os delitos Contra a Honra da Mulher”, a honestidade era a “inexperiência e a ingenuidade das menores contra as seduções, os enganos e as fraudes” dos homens (CASTRO, 1942:60).

É importante salientar que essa vigilância era executada por inspetores e agentes, pertencentes à polícia administrativa. Conforme Cláudia Mauch, o regulamento lembrava que a função dos agentes era realizar o policiamento com o propósito de evitarem a prática de alguma contravenção ou crime. Entretanto, esse policiamento não estava habilitado para prender alguém, exceto se fosse pego em flagrante ou por ordem escrita de autoridade responsável (MAUCH, 2011:48-50) – o que não pareceu claro no caso do jovem casal. O flagrante exigido no regulamento da polícia administrativa não foi cumprido. O agente agiu tomado apenas por suspeitas que Gustavo tivesse cometido algum ato ilícito relacionado aos crimes sexuais, conforme artigo 93 do Código de Processo Penal sobre os procedimentos legais da polícia judiciária, e que pode ser estendido à polícia administrativa:

A indagação policial não está adstrita às formas peculiares ao processo penal.

Todavia, a polícia judiciária tem o dever de conformar-se com as regras que este Código prescreve para atos de corpo de delito, exames, buscas e prisão em flagrante (ABREU E SILVA, 1909:56).

A polícia administrativa era um poderoso auxiliar do Estado, mais precisamente da municipalidade, na manutenção da “ordem” e do “bem estar público”. Mas não tinha, nem podia ter, sem perigo de converter-se em instrumento de opressão, o poder de “julgar” e denunciar sem prévio mandado de autoridade judiciária competente – o que competia à polícia judiciária. Mas na prática policial, como assinala Cláudia Mauch (2004:176), o agente tornava-se “um intérprete das leis e um árbitro de normas morais e sociais”.

Levados pelo agente para a delegacia de polícia, de competência da polícia judiciária, o delegado tratou de interrogar Gustavo e Helena. A versão do casal não apresentou diferença. Ambos negaram terem mantido relação sexual. O único aspecto a

destacar é que a versão de Gustavo foi mais detalhada. Ele contou que:

[...] hoje foi com sua namorada a um baile nos Navegantes, realizado no salão Fritz, na Avenida Germânia; que ao terminar o baile vieram de bond para a cidade, tendo acompanhando-o até a casa Primavera até a casa Primavera onde bateu e como não lhe abrissem a porta, resolveram que ela pernoitaria em seu quarto, de rapaz, solteiro, na rua 7 de Setembro; que ali chegando um agente de polícia impediu-lhe a entrada, convidando-os a virem a Delegacia do 1º Distrito.

Após o interrogatório do casal, o delegado teceu algumas considerações acerca da versão da menor. Ele desconfiava que Gustavo tivesse exercido alguma influência no relato da menor. Segundo o delegado, todas as declarações de Gustavo foram “confirmada a princípio e com certa insistência pela menor que, perfeitamente instruída e quiçá, envergonhada de seu ato irrefletido, quis nega-lo perante a autoridade, nesta Delegacia”.

A investigação que começara aparentemente de forma irregular, sendo o casal conduzido para delegacia, com base num suposto defloramento, carecia de uma formalidade – a queixa. No dia seguinte, o delegado, não convencido da versão apresentada pelo casal, solicitou o comparecimento da mãe da menor. A viúva Rosalina contou ao delegado que empregara sua filha na loja “A Primavera”, em vista da sua condição pobre. A menor dormia na loja todos os dias da semana, exceto domingo, quando a visitava em sua residência.

O delegado, então, relatou o caso para a mãe de Helena. Rosalina demonstrou surpresa com a notícia de que Helena fora encontrada tarde da noite acompanhada de um moço. Contrariando a versão de Helena e de Gustavo, que alegaram ser namorados, Rosalina negou que “tivesse dado consentimento para que a sua filha saísse à rua fora das condições preestabelecidas quando a empregou, jamais para estar na companhia de um moço estranho, altas horas da noite”. E, mantendo o tom de indignação, ela exigiu que fossem tomadas as devidas investigações e que Helena se submetesse ao exame médico.

O delegado, já de posse do resultado do auto de corpo delito, formulou algumas considerações sobre o caso:

[...] mesmo em face da lógica convincente e irrecusável do auto de corpo de delito, persistia negando que houvesse tido relações sexuais com seu namorado Gustavo de Freitas Castro, com quem passara um dia inteiro, até altas horas da noite, a sós, sem a vigilância de pessoa alguma que tivesse autoridade para refreá-los, a ambos, nos desatinos que a perversidade de um homem e a inconsciência de Helena (14 ½ anos, apenas) fê-los praticar pois o mesmo não tem intenção alguma de reparar o mal pelo casamento.

Instruída perfeitamente por seu namorado, Helena que é órfã e de condição miserável, furtara-se à verdade julgando assinar uma prova de sinceridade ao autor de sua desonra em troca das promessas falazes que lhe fizera Gustavo quando foi para (ilegível) de seus hediondos fins.

O delegado parece manter o jogo sutil da ambivalência. Nos termos de Arlette Farge, a polícia era, ao mesmo tempo, o “pai” protetor e punitivo. Farge explica, ao falar da prática policial na Paris do século XVIII, que o “commissaire” separava aquele que julgava ser perigoso com maneiras tradicionalmente repressivas e arbitrárias, da mesma forma que abrigava com modos protetores e conselheiros as suas vítimas (FARGE, 1992:220-221). Além disso, o argumento escolhido pelo delegado estava marcado por questões econômicas. Na crítica dele, o condicionante econômico apareceu melhor demarcado pelo uso de termos desqualificantes, associando a condição econômica e o desregramento moral. O delegado também destacou a importância da mãe na resolução do caso: “E assim esta delegacia, em grado o esforço dispendido, não lograria aparar a criminalidade de Gustavo, se a palavra da mãe de Helena não viesse pedir a esta que confessasse tudo em troca do perdão materno, e em prol do seu próprio futuro”. Marcos Bretas (1997), na sua pesquisa sobre a polícia carioca, apontou para a existência de uma ação conjugada entre a polícia e as famílias das defloradas nos casos de defloração, no sentido de proteger as “virtudes das jovens”.

Helena, em novo depoimento, confirmou ter sido deflorada por Gustavo. A versão que a menor apresentou não se diferencia muito daquela contada no dia em que o casal foi abordado pelo agente. O grande diferencial foi o excesso de detalhes:

[...] que há um mês, mais ou menos, era namorada de Gustavo Castro, empregado em um escritório comercial na rua Sete de Setembro; que sendo a depoente empregada na loja de flores “A Primavera”, Gustavo ali ia seguidamente palestrar consigo;

Que a convite de seu namorado, no domingo doze do corrente, a depoente saiu com ele a passeio, às quatorze horas mais ou menos; Que da loja “A Primavera”, foram ao Coliseu, de onde saíram às dezoito horas e foram a um restaurante no fim da linha dos Navegantes; que dali dirigiram-se pela rua Sertório, até a sociedade TurnerBund, a rua Benjamim Constant, onde chegaram já às dezenove horas; que ao pé de uma pedra existente no campo da sociedade TurnerBund, Gustavo fez a depoente deitar-se e prometendo casar consigo, convidou-a para praticar o coito, o que a declarante só cedeu depois de muitas promessas feitas por seu namorado, que casaria consigo em seguida; que apesar de sentir dores, não gritou para não chamar a atenção de alguém; Que seu namorado praticou naquele local e na mesma ocasião, duas vezes o coito com a depoente; que sua camisa ficou um pouco manchada de sangue; que depois dirigiram-se ao centro da cidade, onde se recolheram ao escritório em que Gustavo é empregado e onde foram ambos presos pela polícia do primeiro Distrito; que do restaurante no fim da linha dos Navegantes a depoente queria voltar para casa, mas devido aos rogos de seu namorado, consentiu em acompanhá-lo.

O trecho acima nos conduz diretamente aos padrões de comportamento feminino no período estudado: a mulher modelo propalada pelos juristas e leis tinha como tributos a timidez, a ingenuidade, a prudência, a fragilidade e a abnegação. A versão de Helena parece mostrar como a repressão policial e materna engendrou uma reordenação dos episódios, cuja jovem se esforçou a aceitar o lugar que a representação da época reservava para ela, o lugar da passividade e subserviência.

Em suma, nos processos criminais de defloramento analisados acima, nota-se que o delegado (documento 2) e o juiz (documento 1) manifestavam impressões particulares sobre as pessoas que haviam deposto, fazendo considerações valorativas sobre os episódios narrados que, por sua vez, encontravam respaldo argumentativo sobretudo quando articuladas com a representação de mulher propalada pelos juristas – estes pareciam levar em alta conta as manifestações de timidez, ingenuidade e prudência das menores. Outro aspecto a se destacar é o de que a noção acerca de honra sexual não era a mesma para todos os operadores do sistema penal judicial. Os conflitos pela honra sexual das menores ganhavam contornos específicos, na interpretação dos policiais, delegados e juízes, de acordo com o comportamento da vítima.

REFERÊNCIAS

- ABREU E SILVA, Florencio Carlos de. **Código do Processo Penal do Rio Grande do Sul de 1898** – comentado. Porto Alegre: Typographia da Livraria Universal de Carlos Echenique, 1909.
- ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil**. São Paulo: Método, 2003.
- APERS. Comarca de Porto Alegre. **Processo criminal**, nº 599, maço 34, caixa 1978, 1915.
- APERS. Comarca de Porto Alegre. **Processo criminal**, nº 752, maço 44, caixa 1991, 1916.
- ARNAUD, André-Jean. Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit?, **Bibliothèque de Philosophie du Droit**, Paris, LGDJ, 1981.
- BRETAS, Marcos. **Ordem na cidade: o exercício cotidiano da autoridade policial no Rio de Janeiro (1907-1930)**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra: Moralidade, Modernidade e Nação no Rio de Janeiro (1918-1940)**. Campinas: Ed. UNICAMP, 2000.
- CASTRO, Francisco José Viveiros de. **Os delitos contra a honra da mulher**. Adultério. Defloramento. Estupro. A sedução no Direito Civil. 4 ed. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942.
- COIMBRA, Cecília; LEITÃO, Maria Beatriz Sá Leitão. Das essências às multiplicidades: especialismo psi e produções de subjetividades. **Psicologia & Sociedade**, v.15, n.2, p.6-17, jul./dez., 2003.
- ESTEVES, Martha de Abreu. **Meninas perdidas: os populares e o cotidiano do amor no Rio de Janeiro da Belle Époque**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- ESTEVES, Martha de Abreu; CAULFIELD, Sueann. 50 anos de virgindade no Rio de Janeiro: políticas de sexualidade no discurso jurídico e popular (1890-1940). **Caderno Espaço Feminino**, Uberlândia, v.2, ano II, n.1, 1995.
- FARGE, Arlette. **Vivre dans la rue à Paris au XVIIIe siècle**. Paris: Gallimard, 1992.
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: a vontade do saber**. Rio de Janeiro: Graal, 2011.
- IGNATIEFF, Michael. Instituições totais e classes trabalhadoras: um balanço crítico. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v.7, n.14, p.185-193, 1987.
- MAUCH, Cláudia. **Dizendo-se autoridade: polícia e policiais em Porto Alegre, 1896-1929**. 2011. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011.
- _____. **Ordem Pública e Moralidade: imprensa e policiamento urbano em Porto Alegre na década de 1890**. Santa Cruz: EDUNISC/ANPUHRS, 2004.

MATOS, Maria Izilda Santos. Delineando corpos: as representações do feminino e do masculino no discurso médico (São Paulo, 1890-1930). In: MATOS, Maria Izilda Santos; SOIHET, Rachel (Org.). **O corpo feminino em debate**. São Paulo: UNESP, 2003.

MENDONÇA, Joceli Maria Nunes. **Entre a mão e os anéis**: a Lei Sexagenários e os caminhos da abolição no Brasil. 2ed. Campinas: Ed. da UNICAMP, 2008.

PROSPERI, Adriano. **Dar a alma**: história de um infanticídio. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

REVEL, Jacques. **História e historiografia**: exercícios críticos. Curitiba: Ed. UFPR, 2009.

ROSEMBERG, André. **De chumbo e festim**: uma história da polícia paulista no final do Império. São Paulo: EDUSP, 2010.

SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil** – 1890 (comentado). Brasília: Senado Federal, 2004.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. **Cotidiano e cidade**: polícia civil e práticas policiais na São Paulo republicana (1889-1930). São Paulo: IBCCRIM, 2009.

ZAFFARONI, EUGENIO Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DA PEDOFILIA À LUZ DA LEI Nº 12.015/09

Ariane Fernandes de Oliveira¹

Andréa Grandini José Tessaro²

1 INTRODUÇÃO

A pedofilia é um transtorno de preferência sexual e possui classificação no Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM – IV, 2002). É um comportamento sexual compulsivo que, segundo Trindade; Breier (2010), pode decorrer de um estresse pós-traumático, bem como de causas biológicas, não sendo possível determinar sua natureza e predominância no indivíduo. A pedofilia é espécie do gênero das Parafilias, e estas são, segundo os autores,

caracterizadas por anseios, fantasias ou comportamentos sexuais recorrentes e intensos que envolvem objetos, atividades ou situações incomuns e causam sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas importantes na vida do indivíduo.” (TRINDADE; BREIER, 2010, p.32).

¹ Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade do Litoral Paranaense. Pesquisadora sobre Direitos da Criança e do Adolescente e Crimes Sexuais.

² Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade (UNIVILLE). Graduada em Direito pela Associação Catarinense de Ensino (2008) e em Pedagogia, pela Universidade do Estado de Santa Catarina (2004). Especialista em Direito Processual Civil (Universidade do Contestado) e Gestão da Modernização do Poder Judiciário (UNISUL). Oficiala da Infância e Juventude, lotada na Comarca de Garuva/SC. Professora das disciplinas de Direito Processual Civil, Direito da Criança e do Adolescente e Prática Jurídica na UNISOCIESC. Professor-tutora do Grupo Anima Educação.

Nas suas origens, a palavra pedofilia designava o amor de um adulto por crianças. Trindade; Breier (2010) aponta que o termo vem do grego *paídos*: criança, infante e *philia*: amizade, amor, afinidade. Entrementes, a palavra tomou outro sentido, passando a ser entendida como uma atração sexual por crianças, ou seja, é atualmente designada para caracterizar comportamentos sexuais inadequados.

A pedofilia é classificada no CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde) como doença e, possui como referência o Código F.65.4, sendo caracterizada como “preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade”. (CID-10 – item F 65.4).

É importante ressaltar que o Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais aponta fatores peculiares e determinantes para o diagnóstico clínico do agente pedofílico, quais sejam:

- a. Ao longo de período mínimo de 6 meses, ter fantasias sexualmente excitantes, recorrentes e intensas; impulsos sexuais ou comportamentos envolvendo atividade sexual com uma (ou mais de uma) criança pré-púbere (geralmente com idade inferior a 13 anos);
- b. As fantasias, impulsos sexuais ou comportamentos, causam sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo de funcionamento social ou ocupacional ou e outras áreas importantes da vida do indivíduo.
- c. O indivíduo tem no mínimo 16 anos e é, pelo menos, 5 anos mais velho que a criança do critério A. (TRINDADE; BREIER, 2010, p. 34).

A pedofilia ainda é classificada por Sanderson (2008) em duas espécies, a primeira como Tipo Não Exclusivo, em que o agente parafilico tem interesse sexual tanto por adultos quanto por crianças, e a segunda do Tipo Exclusivo, em que o adulto demonstra interesse exclusivo por crianças, havendo ainda complementações como as de ordem homossexual e heterossexual, que evidenciam a preferência por meninos ou somente meninas, ou ainda por ambos, sendo que o maior número de vítimas se encontra na faixa de etária dos cinco aos doze 12 anos.

A pedofilia não é um termo jurídico, utilizado como figura de tipos penais, mas um termo médico, caracterizado por um distúrbio ou desvio de comportamento do indivíduo, classificada pela OMS - Organização Mundial da Saúde- como espécie do gênero das parafilias. (PINTO, 2009). Faz-se necessário ressaltar, com isso, que não há na legislação brasileira tipificação específica de um delito que tenha o *nomem juris* de “pedofilia”, embora, segundo Fortes (2010, p. 3) o termo já tenha sido usado em documentos oficiais.

Nesse panorama, a pedofilia é a escolha de objeto de prazer diverso do comum, e por isso encontra-se no contexto das parafilias, de modo que para Trindade; Breier (2010), em conjunto com o fetichismo, exibicionismo, *voyeurismo*, sadomasoquismo, dentre outros, a satisfação sexual só acontece por meios considerados inadequados, ou seja, é considerado uma perversão sexual.

Ballone (2005) aclara que a pedofilia não é uma doença que retira a consciência do agente parafilico, já que permite que ele conduza uma situação prejudicial com o fito de obter prazer, mesmo sabendo da gravidade de sua conduta. Nesse caso, o agente, para alcançar seu objeto, promove, por meio de chantagens e ameaças, o acautelamento de si próprio. É importante esclarecer que o pedófilo pode, habitualmente, se encontrar presente na vida da criança e, eventualmente, conquista a confiança familiar, de modo que pode escolher sua vítima de acordo com o perfil mais adequado para satisfazer sua lascívia.

Não é possível, portanto, considerar a pedofilia um comportamento banal. Ao contrário, a pedofilia, por ser considerada uma expressão anormal da sexualidade, e pode, para Kaplan (1997), tornar-se um comportamento danoso e destrutivo tanto para suas possíveis vítimas quanto para o próprio agente parafilico, vez que o pedófilo sai da esfera do pensamento erótico e passa para a prática efetiva dos abusos. Por oportuno, cabe dizer que

na medida em que pulsões internas do indivíduo alteram condições de vida de outras pessoas, ou categorias de pessoas, tais como crianças e adolescentes, [...] cabe uma censura, um juízo de reprovabilidade, uma resposta social e jurídica. (TRINDADE; BREIER, 2010, p. 36).

Diante disso, impende destacar a relevância dessa abordagem voltada à compreensão jurídico-penal da pedofilia, de modo a permitir um recorte atual sobre a temática.

2 POSSÍVEIS CAUSAS DA PEDOFILIA

Estudiosos sobre o tema revelam que não há uma definição para as causas da pedofilia e muitas hipóteses são aventadas, desde aspectos biológicos ou naturais, até aspectos psicológicos consequentes de traumas sofridos pelo agente na infância. Não há, portanto, uma explicação definitiva para esse transtorno, assim como não há para as demais parafilias, podendo, conforme ensinam Trindade; Breier (2010) ter origem multicausal.

Sanderson aponta em seus estudos pedófilos abusadores do sexo masculino que foram na infância abusados sexualmente por parentes do sexo feminino. (SANDERSON, 2008).

As informações relatadas clinicamente por pedófilos, de que durante a infância foram vítimas de abuso sexual, dão conta que há por parte deles a invocação do abuso anterior como base da teoria da continuidade, ou seja, a vida adulta é uma consequência da vida infantil, chamada também de continuidade homotípica. (TRINDADE; BREIER, 2010).

Sobre a teoria da continuidade homotípica, é importante ressaltar que a porcentagem de homens pedófilos gira em torno de 91%, índice maior do que de mulheres com o transtorno, que se estima entre 20 % a 25%, explicando-se essa diferenciação em razão dos homens receberem mais incentivo, no sentido de revidar ou externar agressões contra eles perpetradas, enquanto que as mulheres são encorajadas a ignorar ou internalizar quaisquer atos de agressões desferidas contra elas. (SANDERSON, 2008).

Outra possibilidade analisada é a sexualidade reprimida (GUSMÃO, 2001), pois o pedófilo ao ver-se contido em relação ao parceiro sexualmente mais desenvolvido, sente que a relação sexual com crianças seria uma forma de obter êxito sexual.

Moscatello (2011) aponta que os pedófilos comumente demonstram sentimentos de inferioridade e baixa autoestima, são isolados e solitários, apresentam imaturidade emocional, dificuldade para se relacionar com pessoas de sua idade ou maduras e habitualmente apresentam outros transtornos mentais associados

como transtornos do humor, ansiedade ou de personalidade. Outrossim, foram descritas em exames laboratoriais e de neuroimagem a presença de anormalidades neuroendócrinas, neuroquímicas e cerebrais. O autor explica ainda que níveis de inteligência abaixo da média e alcoolismo também são comuns entre os pedófilos incestuosos. Ademais, fatores ambientais, sociais e psicológicos são outras possíveis causas da pedofilia, além da repetição de quem foi abusado sexualmente na infância.

Sanderson (2008), afirma que para haver o cometimento de abuso sexual em crianças, existem precondições próprias do indivíduo, adquiridas durante a infância e adolescência, dentre elas, a congruência emocional, sendo o abuso infantil uma forma de satisfazer uma necessidade emocional, tanto por sentimento de poder quanto por raiva; a excitação sexual em razão de experiências anteriores (durante a infância), levam o agente a crer que ficará sexualmente excitado através de práticas sexuais com crianças de forma não consensual; e ainda o último dos fatores: o bloqueio, vez que o adulto pedófilo é de alguma forma, bloqueado na sua capacidade em relacionar-se sexualmente com outros adultos e utiliza crianças como objetos de prazer e satisfação.

Outra possível causa, segundo Gusmão (2001, p. 20) é o transtorno sexual que acomete os abusadores e

[...] esses desvios anômalos da função sexual são a consequência dum dinamismo generalizado e produzidos por uma fraqueza inicial do impulso sexual em sua normalidade ou, antes por uma perturbação na integração da soma das atividades sexuais orgânico-individuais, na fase da puberdade, de forma que o mais forte dos componentes orgânicos continua sua atividade como perversão sexual.

Ballone (2005), por seu turno, salienta que há estatísticas clínicas demonstrando que 80% a 90% dos agentes pedofílicos não possuem nenhuma alienação mental e, portanto, são juridicamente imputáveis. (BALLONE, 2005).

Nesta senda, se a maioria dos pedófilos não possui doença mental que lhes acometa, há de se convir que lhes caberá o devido processo penal, bem como a aplicação dos tipos penais cabíveis. Sob outra perspectiva e, considerando a necessidade de salvaguardar a integridade física e psicológica da criança e do adolescente, bem

como tratar o abusador, o Estado deve oferecer ostensivamente tratamento psicológico e medicamentoso ao pedófilo, como forma de evitar a continuidade delitiva, posto que a compulsão e síndrome de adição são características notáveis da parafilia.

3 ADVENTO DA LEI Nº 12.015/09: “DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL” E A MUDANÇA DE ENFOQUE DO OBJETO JURÍDICO TUTELADO

O antigo Título VI do Código Penal, anteriormente intitulado como “Dos Crimes Contra os Costumes”, tutelava a moral da sociedade em relação às práticas sexuais consideradas graves e inaceitáveis, de modo que se protegia os fatos reprováveis e de maior gravidade que atentavam contra a moralidade pública, ou seja, de terceiros. Todavia, com o advento da Lei nº 12.015/09, o Estado passou a tutelar a dignidade da pessoa humana sob o aspecto sexual, enfatizando os ditames da Constituição Federal e elevando o bem jurídico a ser tutelado.

Considerando que o Título VI, da Parte Especial do Código Penal, estabelecido pela referida lei passou a proteger a dignidade sexual da pessoa humana, composta por uma dimensão física, o corpo material, e uma dimensão moral, sendo parte desta última o nome, a personalidade, a liberdade de expressão, consciência e crença e, por óbvio, a sexualidade e, sobretudo, a liberdade no que tange a ela. (GRECO; RASSI, 2010).

Desta forma,

no contexto normativo em que foi utilizado, o termo “dignidade” deve ser compreendido em conformidade com o sentido que lhe empresta a Constituição Federal, que prevê a “dignidade da pessoa humana” como conceito unificador de todos os direitos fundamentais do homem que se encontram na base da estruturação da ordem jurídica. Nesse sentido, dignidade não entendida como sinônimo de respeitabilidade ou aprovação social ou associada a um julgamento moral coletivo, mas sim como atributo intrínseco de todo indivíduo que decorre da própria natureza da pessoa humana e não da forma de agir em sociedade. (MIRABETE; FABBRINI, 2012, p. 388).

Sob o mesmo raciocínio, Capez (2012, p. 22) ensina que “a tutela da dignidade sexual, no caso, está diretamente ligada à

liberdade de autodeterminação sexual da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, de forma a manter íntegra a sua personalidade.”

Nessa toada, a lei passou a reconhecer e disciplinar o sadio desenvolvimento da sexualidade da sociedade moderna, buscando o tratamento igualitário entre homens e mulheres como sujeitos passivos dos crimes sexuais e disciplinou em capítulo específico a proteção dos menores de dezoito anos, e em especial dos menores de catorze anos, além de dar a devida importância aos demais vulneráveis como os portadores de enfermidades mentais, ou aqueles que no momento do abuso não possam expressar consentimento válido. (MIRABETE; FABBRINI, 2012).

A alteração do Capítulo II, do Título VI, do Código Penal, foi de grande importância, já que havia grande dificuldade de subsumir as condutas pedófilas aos tipos penais existentes, principalmente quando a vítima era menino, e quando ocorria a prática sexual, aplicavam-se figuras abstratas com pena muito aquém da conduta praticada. Com as mudanças da Lei nº 12.015/09, os preceitos secundários dos tipos incriminadores tornaram-se mais gravosos com o intuito de evitar as ações criminosas.

Houve, portanto, a mudança do bem jurídico penalmente tutelado, deixando de se proteger somente o interesse moral da sociedade para contemplar a dignidade sexual da pessoa humana, especialmente os vulneráveis, por meio dos tipos penais trazidos sob o tema “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável”, quais sejam, os artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B, todos concernentes ao abuso sexual infantil.

4 VIOLÊNCIA NO CRIME DE ESTUPRO ANTES DA LEI Nº 12.015/09

A violência em casos de estupro anterior à Lei nº 12.015/09 era presumida, vez que a aplicação do artigo 224 do Código Penal previa três hipóteses: em sendo a vítima menor de catorze anos, fosse alienada ou débil mental e o agente conhecesse tal condição, e por final que a vítima não pudesse oferecer resistência, contudo, havia a possibilidade de ser produzida prova em contrário. Com base nisso, criou-se uma presunção legal do emprego da violência, o que gerava incerteza por parte do judiciário frente aos casos concretos. (CAPEZ, 2012).

Ademais, com as alterações trazidas pela Lei nº 12.015/09, foi criado um tipo penal autônomo para dirimir tal presunção de violência, afirmando a incidência da violência como absoluta nos crimes contra vulneráveis, mantendo os mesmos sujeitos passivos, somente adequando o termo alienado ou débil mental antes utilizado no artigo revogado, para enfermo ou deficiente mental e sem discernimento, desse modo além de tutelar os vulneráveis, tanto do sexo masculino como feminino, o estupro de vulnerável passa a ser considerado como crime hediondo. (GRECO; RASSI, 2010).

A tipificação do crime de estupro ou atentado violento ao pudor contra pessoas que se encontravam nessas condições era feita pela extensão dos artigos 213 ou 214 combinado com o artigo 224, todos do Código Penal. (NAZAR, 2011).

É interessante perceber que a vulnerabilidade deriva da idade da vítima, tendo o legislador considerado que nessa idade não se tem maturidade sexual, ou seja, a vontade do menor de catorze anos não é válida por estar numa fase onde não se oferece qualquer tipo de resistência física ou psicológica para impedir o abuso sexual. (GRECO; RASSI, 2010).

Neste contexto, para Capez (2012, p. 81) salienta que “A lei não se refere à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica, etc.”

Desta forma, a legislação passou a determinar como absoluta a violência nos crimes sexuais contidos no Título VI do Código Penal.

5 FIGURAS ESPECÍFICAS PASSÍVEIS DE APLICAÇÃO PARA PEDÓFILOS ABUSADORES DE ACORDO COM A LEI Nº 12.015/09

A pedofilia como já explanado, é um termo utilizado pelo DSM-IV (2002), considerado como um transtorno de preferência sexual de um adulto por criança em idade pré-púbere. Neste diapasão, a lei brasileira não possui um tipo incriminador específico para a pedofilia, e nessa situação, as condutas sexuais compreendidas como crimes, cometidas por abusadores sexuais são subsumidos aos tipos existentes no Código Penal e naqueles contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei nº 12.015/09 elencou novos tipos penais, alterou e revogou outros, podendo ser aplicados os seguintes tipos do capítulo

II do Título “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual” às condutas pedófilas:

a) Artigo 217-A, Estupro de Vulnerável:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (PLANALTO, 2018).

O que visou o legislador com este tipo penal foi tutelar com maior zelo as pessoas incapazes de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena, priorizando os aspectos da dignidade sexual, o sadio desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica, em matéria sexual dos vulneráveis (MIRABETE; FABBRINI, 2012).

O referido crime constitui realização de qualquer ato libidinoso (contato sexual tendente à satisfação da lascívia), tais como conjunção carnal que é a cópula vaginica e ou atos libidinosos diversos da conjunção carnal, compreendendo outras formas de realização do ato sexual, como por exemplo, a cópula anal e oral, consensuais ou não com pessoas consideradas vulneráveis. (CAPEZ, 2012).

GRECO; RASSI (2010) explanam que são considerados vulneráveis os menores de catorze anos de idade, pessoas portadoras de enfermidades ou deficiência mental sem o necessário discernimento e, pessoas que por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência ao ato sexual.

O sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável pode ser tanto homem quanto mulher, já o sujeito passivo deve ser menor de catorze anos, e nesse aspecto, a idade deve ser incompleta, pois se for vítima na data de seu aniversário de catorze anos, o crime pode ser diverso do previsto no artigo 217-A do Código Penal. Ademais os portadores de enfermidade mental sem discernimento para o ato e as

peçoas que por qualquer outro motivo não possam oferecer resistência para o ato, serão assim considerados desde que detectadas essas condições por exame clínico pertinente. (MIRABETE; FABBRINI, 2012).

O estupro de vulnerável somente é punido a título de dolo, exigindo-se consciência por parte do agente das condições dos sujeitos passivos, considerados vulneráveis, para o ato sexual, posto que sem isso a conduta seria atípica, em razão do erro. (MIRABETE; FABBRINI, 2012).

O fato consuma-se com a prática do ato sexual, seja conjunção carnal ou atos libidinosos diversos, admitindo por sua vez à tentativa, quando o agente inicia a execução do delito com a prática de atos tendentes à sua consumação, exigindo-se, contudo, a comprovação do intento ao ato sexual em si para sua configuração. (CAPEZ, 2012).

O crime previsto no artigo 217-A tem previsão de figuras qualificadoras do tipo, presentes nos § 2º e 3º do mencionado artigo, que prevê a hipótese de violência física de natureza grave, em que a vítima fique incapacitada para suas ocupações habituais por mais de trinta dias, tenha perigo de vida, resulte em debilidade de membro, sentido ou função, enfermidade incurável, aceleração de parto, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, acabe em deformidade permanente ou aborto, ou ainda se resultar na morte da vítima (JESUS, 2011).

As penas cominadas no preceito secundário do tipo variam de oito a quinze anos, podendo no caso das qualificadoras, aumentarem de doze a trinta anos de reclusão.

A ação nesses casos é Pública Incondicionada, em razão do contido no artigo 225 do Código Penal, o que de certo modo realça discussões na doutrina sobre sua aplicabilidade. (CAPEZ, 2012).

O crime de estupro de vulnerável encontra-se elencado nos rol dos crimes hediondos, definidos pela Lei nº 8.072/90, de acordo com o artigo 1º, VI, da referida lei.

b) Artigo 218, Corrupção de menores: Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (PLANALTO, 2018).

A redação anterior do artigo 218 do Código Penal era “corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de catorze e

menor de dezoito anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo". Com o advento da Lei nº 12.015/09, a realização de atos de libidinagem com adolescentes maiores de catorze anos passou a ser fato atípico, culminado em uma verdadeira *abolitio criminis*. (JESUS, 2011).

O objeto da proteção penal é dignidade do menor de catorze anos levado a satisfazer a lascívia de outrem, além disso, procurou-se também evitar o desenvolvimento desenfreado da prostituição, por ferir em segundo plano, a moral do homem médio. (CAPEZ, 2012).

O núcleo do tipo é consubstanciado no verbo induzir, que é persuadir, inculcar, levar a vítima a satisfazer a lascívia de outrem; já o termo lascívia significa a sexualidade, libidinagem, luxúria, dentre outros. (MIRABETE; FABBRINI, 2012).

Qualquer sujeito pode praticar o delito em tela, podendo ser homem ou mulher, bem como os sujeitos passivos podem de ambos os sexos, sendo a pena aumentada quando a vítima for ascendente, descendente ou cônjuge. (CAPEZ, 2012).

O crime é punido a título de dolo, exigindo-se a vontade de induzir a vítima a satisfazer a lascívia de outrem e a consumação ocorre no momento em que a vítima inicia qualquer ato para satisfazer a lascívia de terceiro. (JESUS, 2011).

c) Artigo 218-A, Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente:

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. (PLANALTO, 2018).

O artigo 218-A incrimina o comportamento consistente na prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, na presença de menor de catorze anos ou no induzimento para presenciar esses atos. Anteriormente essa conduta era punida com o revogado texto do artigo 218, do Código Penal. (JESUS, 2011).

O que se pretende tutelar é o sadio desenvolvimento sexual do menor de catorze anos, contra a influência de ato de terceiro que

possa prejudicar a formação de sua personalidade nas futuras questões sexuais. (MIRABETE; FABBRINI, 2012).

O sujeito ativo deste tipo penal pode ser tanto homem quanto mulher, assim como o sujeito passivo também pode ser do sexo masculino ou feminino, porém menor de catorze anos (GRECO; RASSI, 2010).

A norma incriminadora possui dois verbos nucleares: praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso na presença de menor de catorze anos ou induzir que a vítima presencie atos dessa natureza praticados por outrem. (CAPEZ, 2012).

O tipo penal é punido somente a título de dolo, exteriorizado pela vontade de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso na presença de vítima menor de catorze anos ou induzir que a mesma presencie o ato (MIRABETE; FABBRINI, 2012).

d) Artigo 218-B, do Código Penal: Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável:

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. (PLANALTO, 2018).

O artigo 218-B pune o fato de o agente submeter, induzir ou atrair para a prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de dezoito anos, ou portador de enfermidade ou deficiência mental que não possua necessário discernimento para a prática do ato, e o objeto jurídico do tipo penal em questão é a proteção dos indivíduos considerados vulneráveis, a fim de resguardá-los de se

prostituírem ou se tornarem alvo de exploração sexual, além de proteger secundariamente a moral social. (JESUS, 2011).

As ações nucleares são os verbos induzir ou persuadir sobre o convencimento da vítima criando-lhe a ideia de se prostituir, atrair, seduzir, fascinar, facilitar o meretrício, impedir o abandono ou dificultar que alguém abandone a prostituição. (CAPEZ, 2012).

O crime do artigo 218-B é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa; o sujeito passivo é a pessoa menor de dezoito anos e os portadores de enfermidades mentais sem o discernimento para as práticas de natureza sexual, e nessa hipótese torna-se necessário o exame médico para a devida comprovação. O crime é punido a título de dolo, e se exterioriza quando o agente submete, induz ou atrai a vítima para a prostituição. (MIRABETE; FABBRINI, 2012).

Jesus (2011) explana que o delito se consuma quando do início da prostituição, não sendo necessário que a vítima realize atos sexuais, bastando sua permanência no local destinado à prostituição.

Nesse contexto, existem figuras típicas previstas no sistema jurídico atual que também corroboram com a proteção infantil contra o abuso sexual, exploração sexual e demais condutas relacionadas com a pedofilia, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre os quais os artigos 240, 241-A ao 241-E, que foram objeto de inserção pela Lei nº 11.829/2008, resultado do trabalho da Comissão Parlamentar de Inquérito, conhecida como CPI da Pedofilia, a qual apresentou o projeto de Lei nº 3773/2008 e artigo 244-B inserido pela lei nº 12.015/09. (REIS; BECKER, 2004).

Essa alteração buscou uma adequação da legislação brasileira no sentido de ratificar o protocolo facultativo à Convenção sobre Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição e pornografia infantil, assinado em Nova York no ano de 2000. (REIS; BECKER, 2004).

Ressalta-se que a doutrina entendeu que houve revogação tácita do artigo 244-A do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) em razão do contido no artigo 218-B do CP, inserido pela Lei nº 12.015/09, por ser o último mais abrangente do que o primeiro (FERREIRA, 2010).

Nessa perspectiva percebe-se que a legislação busca punir as condutas pedofílicas consideradas típicas, todavia, a repressão penal *de per si* não é capaz de solucionar esse problema, dada a

complexidade social do fenômeno da pedofilia, por isso são necessárias outras medidas que garantam a responsabilização e o tratamento de pedófilos, para que as crianças e adolescentes sejam protegidos das diferentes modalidades de abuso sexual existentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se aqui, demonstrar aspectos sobre pedofilia, vista sobre a perspectiva do ordenamento jurídico pátrio em consonância com a psicologia e a psiquiatria forense na busca de entendimento de sua possível natureza, bem como a possibilidade de subsumir as condutas dos pedófilos abusadores aos tipos incriminadores existentes atualmente na legislação brasileira.

Constatou-se, portanto, que a pedofilia é classificada pelo DSM – IV (2002) e pelo CID-10 como um transtorno de preferência sexual por crianças em idade pré-púbere (até 13 anos de idade) e está inserida no gênero das parafilias, e na maioria dos casos identificados, não está associada a qualquer tipo de doença mental.

As possíveis causas da pedofilia podem estar associadas ao abuso sexual sofrido na infância pelo pedófilo, à sexualidade reprimida, por questões naturais ou biológicas ainda não bem definidas e com o advento da Lei nº 12.015/09 houve a mudança de enfoque do objeto jurídico penalmente tutelado nos crimes sexuais, deixando de ser tutelada a moral social no aspecto sexual para proteger a dignidade sexual do indivíduo, em especial os vulneráveis.

A violência no crime de estupro deixou de ser presumida ou ficta para integrar um crime autônomo considerando a absoluta vulnerabilidade do menor de catorze anos, dos doentes mentais que não possuam discernimento ou qualquer pessoa que não possa oferecer resistência para o ato sexual.

Com as modificações da nova lei, foram inseridos, alterados e revogados tipos penais, que protegem com maior intensidade as crianças, além destes, existem outros muito importantes no Estatuto da Criança e do Adolescente que foram introduzidos pela Lei nº 11.829/2008, criada através do projeto de lei proposto pela CPI da Pedofilia.

Sob a perspectiva deste artigo, entende-se que a pedofilia deve ser tratada clinicamente, de modo pertinaz pelos órgãos públicos de saúde, com vistas à proteção infantil em sua totalidade e

de interromper um ciclo de pedofilia, notadamente porque somente a penalização, por meio dos tipos incriminadores existentes, não impedirão que pedófilos continuem a reincidir nos abusos após o cumprimento de sua pena.

REFERÊNCIAS

BALLONE, G.J. **Delitos Sexuais e Parafilias**. 2005. PisiqWeb. Disponível em <http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=20>. Acesso em 16 de agosto de 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de Direito Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria Editora Acadêmica. 62.p.

Brasil. Lei nº 12.015/09. PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 17 de agosto de 2018.

Brasil. Decreto Lei nº 2848/40. PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 17 de agosto de 2018.

Brasil. Lei n. 8.069/90. PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em 17 de agosto de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 3: Parte Especial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 17123 p.

CID -10. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde**. Disponível em <https://www.cid10.com.br/buscadescr?query=pedofilia>. Acesso em 18 de agosto de 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna. 2002. 8 p.

DSM-IV Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais. Porto Alegre: Artmed, 2002.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **Crimes Sexuais**. Breves considerações sobre os artigos 213 a 226 do CP, de acordo com a Lei nº 12.015/12. **Jus Navegandi**. Teresina, ano 13, nº 2247, 26 de agosto de 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13392/crimes-sexuais-breves-consideracoes-sobre-os-artigos-213-a-226-do-cp-de-acordo-com-a-lei-n-12-015-2009>. Acesso e 15 de agosto de 2018.

FIORELLI, J.O.; MANGINI, R.C.R. **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Atlas. 2009, 194 e195 p.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

- GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.20 p.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 119 a 193 p.
- KAPLAN, H. I.; SADOCK, B. J. **Compêndio de psiquiatria**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- KAPLAN, Harold I. **Compendio de Psiquiatria: Ciência do comportamento e Psiquiatria clínica**.7 ed.Porto Alegre: Artes Médicas.1997. 377p.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal: Parte Especial Arts.121 a 234-B do CP**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 385 a 431 p.
- MORAES, Bismael B. **Pedofilia não é crime. Boletim do IBCRIM**. São Paulo, nº 143.2004.
- MOSCATELLO, Roberto. **Transtornos comportamentais: pedofilia é doença passível de inimputabilidade. 2011**. Disponível em <http://www.douradosnews.com.br/especiais/transtornos-comportamentais-pedofilia-e-doenca-passivel-de-inimputabil/25655/> Acesso em 25 ago 2018.
- NAZAR, Ligia Maria de Oliveira. **O Novo Crime de Estupro em seus Principais Aspectos Penais**. 2011. 134 p. Dissertação de Mestrado. PUC-SP. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5524>. Acesso em 12 de agosto de 2018.
- PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Pedofilia: Uma abordagem essencialmente jurídica**. Recanto das Letras. São Paulo, 26 Jan.2009. Disponível em <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/1405178>. Acesso em 17 de agosto de 2018.
- SANDERSON, Christiane. **Abuso Sexual em Crianças: Fortalecendo pais e professores para proteger crianças contra abusos sexuais e pedofilia**. Reimpressão. São Paulo: M. Books do Brasil, 2008.
- TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: Aspectos Psicológicos e Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DIÁLOGOS POSSÍVEIS

ANTROPOLOGIA DO DIREITO E A PESQUISA JURÍDICA

Isis de Jesus Garcia¹

Numa ciência em que os objetos são também sujeitos, e cujo projeto de conhecimento implica a apreensão dos fenômenos estudados simultaneamente "de fora" e "de dentro", a experiência de pesquisa jamais se limita a procedimentos padronizados e automáticos de coleta de dados ou a médias estatísticas, devendo necessariamente incorporar a incidência subjetiva dos fatos observados (Lévi-Strauss)

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo, pretendo demonstrar como realizei uma análise qualitativa de documentos judiciais. Especificamente, os acórdãos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), que de alguma maneira discutiam a sua prática decisória.

¹ Possui graduação em Direito pela UNIRITTER (2004) e mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2008). Doutorado em Antropologia Social pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Atualmente é professora do Curso de Bacharelado em Direito da UniSociesc - unidade Joinville. Integrante do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do Curso de Bacharelado em Direito da UniSociesc. Desde 2017, atua como docente online para o Grupo Ânima. Coordena o Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero, Sexualidades e Direito - Maria Ninguém, vinculado ao Curso de Direito da UniSociesc. Pesquisadora associada do Laboratório de Estudos das Violências (LEVIS) da UFSC, sob a coordenação do prof. Theophilos Rifiotis, do Departamento de Antropologia. Integrante da Comissão da Diversidade Sexual e Gênero da OAB Joinville. Desde 2014 presta assessoria em projetos relacionados aos temas de violência contra a mulher, gênero, justiça criminal e delegacia das mulheres, tendo colaborado em pesquisas realizadas pela organização não governamental CEPIA - Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação, sob a coordenação da socióloga Wânia Pasinato. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria e Filosofia do Direito e Antropologia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: violência contra a mulher, direitos humanos, justiça criminal, operadores e operadoras do direito, judicialização, conflitos sociais e gênero.

Inicialmente, cataloguei 27 julgados publicados no *site* do STF, no período de janeiro de 1990 a janeiro de 2007. O recorte temático foi realizado através da busca no *site* com as palavras “*interpretação prox1 constitucional*”.

Advirto que meu objetivo não era avaliar se a decisão estava “correta”, “justa” ou “legalista”. O objetivo principal foi a reflexão acerca de como o STF interpreta a Constituição Federal.

Através dos documentos acima, busquei responder à seguinte questão: Qual o entendimento do STF acerca da sua atuação decisória?

Saliento que outras perspectivas poderiam ter sido apresentadas das que serão descritas. Por isso, só se pode dar aqui uma pré-orientação e só se pode redigir uma forma de apresentação do problema.

A partir dos dados gerados, pretendo problematizar e compreender as perspectivas do STF, com o intuito de analisar o que é interpretar a Constituição Federal e quais são as características do Direito brasileiro, através das decisões do Tribunal.

Inicialmente, aponto a metodologia de pesquisa utilizada e o porquê da sua escolha. O método de investigação vale primeiramente como descrição dos fatos, visto que busco um quadro de análise para compreender as decisões do STF. Logo após, pretendo responder à pergunta citada acima, descrevendo apenas três documentos.

2 UNIR A TEORIA À EMPÍRIA

Acredito que em toda a pesquisa deve-se evitar a mera descrição dos dados observados, para que não resulte em “[...] uma coleção de anedotas unidas por insinuações e um sentido de que, embora se toque em muita coisa, muito pouco é apreendido” (GEERTZ, 1989, p.136).

Por outro lado, também se deve evitar a simplória descrição teórica sobre o tema a ser examinado, a importação de doutrinas e seu acoplamento irrefletido diante dos dados empíricos.

O pesquisador, portanto, que visa a evitar ambos equívocos deverá, conforme Clifford Geertz (1989, p.136), “construir seu patíbulo teórico, enquanto leva a termo sua análise”. Mas esta tarefa não é das mais fáceis, já que uma questão acompanha o

pesquisador, qual seja: como compreender a realidade social, através dos indivíduos, sem mergulhar num relativismo sem retorno e sem cair numa abstração teórica?

Embora pareça que, ao se optar por uma alternativa, a outra seja excluída, isso não é correto, pois a pesquisa deve ser pautada tanto pela base teórica, quanto pela análise dos dados empíricos. Dessa forma, ao elaborar uma “descrição densa” (GEERTZ, 1989) dos documentos analisados, privilegiam-se suas singularidades e, ao mesmo tempo, verifica-se a integração entre eles.

À luz da antropologia interpretativa, portanto, busco compreender, analisar e descrever, através da leitura dos acórdãos², qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito de sua prática decisória, bem como quais são as características do direito contemporâneo.

Ao partir dos pressupostos destes textos, vistos nas entrelinhas, tem-se um conjunto de instrumentos semânticos aptos à verificação de quais são os significados informados por estes “saberes locais” (GEERTZ, 2006), ou seja, os sentidos de justiça dos magistrados.

Dessa forma, os documentos analisados serviram de auxílio para a compreensão da atuação do STF. Nesse sentido, os apontamentos de Geertz (1989, p.4) são relevantes:

[...] o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado. É justamente uma explicação que eu procuro [...].

Em meio a tantas outras áreas do conhecimento, o direito também pode ser considerado uma forma particular de se imaginar o mundo, mas com a prerrogativa de se tratar de uma representação normativa, regulada numa determinada maneira de imaginar como devam ser as coisas (a lei) e como elas são (o fato), desenvolvendo um “sentido de justiça” que é sempre específico e “local”,

² Talvez a melhor definição para um acórdão seja a de Geertz (2006, p. 262): “a marca simbólica que dá autenticidade à retórica jurídica”.

dependendo da relação entre fato e lei nos diferentes contextos (GEERTZ, 2006, p.260).

O direito é um “conhecimento local” a ser verificado e compreendido – seja por doutrinadores do direito, sociólogos, antropólogos, filósofos e/ou leigos – a partir do modo como se relaciona com a vida social que ele constrói e, isso, em um determinado contexto – no presente trabalho, verificam-se as decisões do STF.

Salienta-se que, para compreender e descrever os votos dos Ministros do STF, adotei uma metodologia que pudesse abarcar toda a complexidade do processo interpretativo, na tentativa de oferecer um entendimento das práticas decisórias do Poder Judiciário brasileiro. Dessa forma, a utilização do método qualitativo busca compreender e descrever os acórdãos do Supremo.³

Segundo Paul Ricoeur, um texto é compreendido como qualquer discurso fixado pela escrita. Assim, estas decisões são analisadas como textos (RICOEURS, 1983, p.53). Portanto, os dados empíricos analisados neste trabalho são verificados como o próprio discurso dos juízes.

A análise que se propõe focalizou determinadas características que emergiram dos documentos, em outras palavras, as reflexões que seguem foram feitas a partir dos dados empíricos. Nesse sentido, Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer 92002, p.153) enfatiza que:

[...] reaprendi uma lição básica - e difícil – de metodologia de pesquisa “anti-positivista”: focalizar um objeto e nele destacar o que interessa a um determinado recorte analítico é construir esse objeto. *Seus limites*, portanto, não são *seus*, mas os de quem o observa, competindo, portanto, ao observador, refletir sobre sua observação.

Assim, lembrado novamente Geertz (1989, p.18): “[...] o que chamamos de nossos dados são realmente nossa própria construção das construções de outras pessoas”. Dessa forma, ao interpretar

³ É importante mencionar que os resultados qualitativos que serão apresentados neste trabalho, ainda que não proponham generalizações e conclusões extensas acerca do entendimento do Supremo sobre sua prática decisória, bem como em relação ao paradigma atual do direito brasileiro, indicam a forma com que são produzidos.

características de uma cultura, efetua-se uma interpretação da interpretação de outras interpretações, ou seja, o que o autor havia descrito como uma interpretação de segunda ou terceira mão.

3 A COLETA DOS ACÓRDÃOS

Com a inquirição principal de ultrapassar a simples revisão bibliográfica e com o objetivo de ampliar o conhecimento da prática decisória do poder judiciário brasileiro, percebi a necessidade de refletir sobre os julgamentos do STF.

Após a familiarização com o *site* do Tribunal (<http://www.stf.gov.br>), selecionaram-se dois Ministros e as decisões que eles elegeram como as mais significativas de sua carreira. Com a leitura desses acórdãos, tentou-se verificar conceitos previamente selecionados, tais como: direito, norma, interpretação, responsabilidade, liberdade.⁴

No entanto, constatou-se que os magistrados, em sua grande maioria, não trabalhavam com definições conceituais e sim com os usos particulares das palavras. Dessa forma, a tarefa de descrever os conceitos acima, a partir do STF, seria difícil, bem como demandaria uma ampla pesquisa.

Logo após esta primeira dificuldade, utilizaram-se diversas ferramentas de busca no *site* do STF. Na seção “pesquisa de jurisprudência”, os acórdãos foram pesquisados a partir das seguintes expressões: “direito social”, “direito econômico” e “interpretação constitucional”, com a utilização do operador “*prox*”, ou seja, um instrumento de pesquisa que, ao ser colocado entre as expressões acima, possibilita que sejam delimitadas as distâncias entre as palavras.

Como resultado deste processo de busca e do recorte temporal, isto é, acórdãos publicados no período de janeiro de 1990 a janeiro de 2007, somaram-se 85 documentos⁵. Foi necessário optar

⁴ Importante destacar que esta tarefa de recorte dos acórdãos foi realizada pelo grupo de estudo de filosofia do direito, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) sob a coordenação da Professora Jeanine Nicolazzi Philippi, na qual todos os alunos realizaram buscas nos acórdãos, sendo que cada integrante se responsabilizou por verificar decisões de um Ministro específico.

⁵ O universo temporal justifica-se por se tratar de período posterior à Constituição Federal de 1988 e, também, pela implementação do projeto neoliberal no Brasil.

por apenas um recorte temático, tendo em vista alguns fatores como, por exemplo, o número elevado de documentos e o fato de que não seriam devidamente analisados.

Por fim, após muitas indagações, questionamentos e leituras dos julgados, decidi pela temática “interpretação constitucional”, visto que estes documentos, em princípio, pareciam os mais apropriados para responderem à pergunta acima.

Em momento posterior à catalogação e às leituras, como também de releituras incansáveis desses julgados, aproximando documentos que pareciam semelhantes, persistia, no entanto, uma dúvida: quais dados empíricos seriam fundamentais para a pesquisa?

A tarefa continuava árdua, pois na medida em que os julgados se tornavam mais familiares pareciam, também, indispensáveis para a composição do trabalho.

A impossibilidade de se analisar todas as situações que surgiam, visando a responder à pergunta: **qual o entendimento do STF acerca da sua atuação decisória?** levou à seleção dos documentos nos quais ocorre o controle concentrado do Supremo⁶, o que totalizou em 8 julgados.

⁶ Segundo a Constituição Federal, em seu artigo 102, é da competência do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Bem como, entre as suas principais atribuições esta a função de processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da CF e o julgamento em recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da CF, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF. (BRASIL, 1988). Salienta-se que desde a Constituição de 1891 o STF possui competência para exercer o controle difuso. O controle concentrado de constitucionalidade somente surgiu em 1965, através da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro daquele ano. Além disso, de acordo com o regimento interno do Tribunal, capítulo II, intitulado “Da interpretação de lei”, tarefa que não possui previsão constitucional, cabe ao STF o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual para que este lhe fixe a interpretação. Após a publicação do acórdão no diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos. Conforme o “Art. 187. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF2006.pdf>>. Acesso em: 15 de março de 2007. O exame de constitucionalidade via controle concentrado é dado através: (i) da ação direta de inconstitucionalidade -

Com o objetivo de se traçar as principais características da prática decisória do STF, optou-se por trabalhar com os fragmentos catalogados de todos os acórdãos (27 documentos), ou seja, frases e parágrafos, completos ou não, que abordavam questões referentes à prática decisória do Supremo. Nesse momento do trabalho, foram interpretados os conceitos de primeira ordem – o ponto de vista do STF. Conforme esclarece Lucena (2006, p.96),

[...] é importante apontar a informação coletada no campo de pesquisa como conceitos de primeira ordem, que são descrições e interpretações feitas pelos participantes, [...] e conceitos de segunda ordem, que são noções e interpretações feitas pelo pesquisador para explicar os padrões observados nos dados.

Nessa perspectiva, os votos dos Ministros do STF são considerados conceitos de primeira ordem, enquanto que a compreensão realizada pode ser considerada como conceitos de segunda ordem. Saliento que não trabalhei com categorias fixas, optei por uma reflexão maleável.

Essa reflexão, portanto, não pode ser somente a perspectiva do pesquisador, bem como uma análise imposta pela doutrina. Ela considera, também, o ponto de vista dos participantes, ou seja, uma análise êmica (LUCENA, 2006, p.92). Em outras palavras, procurei privilegiar a visão interna do observado, numa postura cultural, particular e analítica.

Ao seguir um método interpretativo e qualitativo, procurei, a partir da análise dos documentos selecionados, propor um quadro de análise que possibilite futuros questionamentos. A pretensão deste trabalho pode ser resumida nas seguintes palavras de Gilles Lipovetsky (2004, p.104):

[...] se o conhecimento do que é não determina o que deveria ser, ele pelo menos pode colaborar para, sabendo do que se fala, superar certas polêmicas estéreis e já resolvida. Parece-me que, ao propor

ADI (por ação ou omissão); (ii) da ação declaratória de constitucionalidade – ADC, ambas regulamentadas pela Lei nº 9.868/1999; (iii) Ação Declaratória por omissão – ADO - (iv) da representação interventiva e (v) da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Trata-se, portanto, do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, realizado por via de ação.

modelos interpretativos menos estereotipados, menos maniqueístas, mais complexos, eu participo, a meu modo, e modestamente, dos debates que a *polis* democrática exige.⁷

Por fim, deve-se ter claro que nesta pesquisa privilegia-se a descrição dos dados empíricos, pois através deles é que podemos problematizar a questão realizada acima. Dessa forma, o que se pretende com os julgados é demonstrar que as decisões expressam a forma como a Constituição é interpretada pelo STF.

4 UM VÊU “PUDICO” OCULTA A DECISÃO

Uma decisão judicial, em regra, encerra o que se pode chamar de juízo de subsunção, de uma norma geral ao fato. O julgador tem por função específica unir a norma jurídica abstrata e o caso concreto.

Muito embora pareça se tratar, a princípio, de um procedimento meramente mecânico, a compreensão de que a decisão resulta de um silogismo corresponde a uma simplificação da realidade, já que, ao decidir, o juiz pode formar seu convencimento “a priori”. As decisões judiciais, portanto, não possuem a lei como barreira intransponível.

Os enunciados normativos são interpretados segundo o contexto histórico, cultural e social, bem como a partir da história de vida de cada agente envolvido. Por outro lado, não se pode esquecer que, de acordo com o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, todo o julgador deve motivar sua decisão. A obrigatoriedade da fundamentação é uma garantia processual.⁸

Dessa forma, o direito é uma “maneira distinta de imaginar o real”, sendo que a dicotomia entre fato e lei, isto é, a subsunção,

⁷ “Si la connaissance de ce qui est ne détermine pas ce qui doit être, cela au moins peut-il contribuer à dépasser certaines polémiques stériles et convenues en sachant de quoi l’on parle. Il me semble qu’en proposant des modèles interprétatifs moins stéréotypés, moins manichéens, plus complexes, je participe, à ma manière et modestement, aux débats qu’exige la cité démocratique” (tradução nossa).

⁸ “Artigo 93 da Constituição Federal. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da magistratura, observados os seguintes princípios: [...] - IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...].” (BRASIL, 1988).

pode ser compreendida como uma estrada de mão dupla, na qual trafegam a língua do “se-assim” dos enunciados normativos, juntamente com a do “então-portanto”, do caso concreto, o que irá resultar em diferentes sensibilidades jurídicas (GEERTZ, 2006, p. 261).

A partir do momento em que se coloca a barreira simbólica entre o jurídico e o não jurídico, a instituição jurisdicional irá analisar o fato já digerido, no sentido de que este será reinterpretado a partir de uma tradução do que já ocorreu. Estes fatos, segundo Geertz, são “construídos socialmente por todos os elementos jurídicos” (GEERTZ, 2006, p. 268)

Assim, quando alguém ingressa com uma ação no Poder Judiciário, o seu representante irá fazer uma tradução do que ocorreu. Após, o fato sofre uma nova tradução, para ingressar no mundo jurídico, a partir da instituição judiciária que, por sua vez, irá analisá-lo segundo a sua visão, ou seja, segundo o local e o contexto histórico, quando a lei assim permitir. Nesse sentido, um sistema jurídico é viável quando possui a capacidade de:

[..] unir a estrutura “se-então” da existência, em sua visão local, com os eventos que compõe o “como-portanto” da experiência também segundo a percepção local, dando a impressão de que essas duas descrições são apenas versões diferentes da mesma coisa, uma mais profunda, a outra mais superficial (GEERTZ, 2006, p. 261).

No entanto, é preciso ir além deste conhecimento local, dito de outra forma, é necessária uma reflexão que possa clarificar as nuances apreendidas nos julgados. Nesse sentido, a pretensão desta pesquisa é salientar a forma pela qual o STF “traduz a linguagem da imaginação para a linguagem da decisão” (GEERTZ, 2006, p. 260), visando à compreensão da sua prática decisória.

A análise qualitativa do controle concentrado do STF foi realizada com base em quatro critérios.

No primeiro – “Relatório” – expõem-se as principais características constitucionais do julgado; no segundo – “argumentação do Tribunal” –, descrevem-se os argumentos fundamentais utilizados para a decisão, bem como se identificam as questões que podem ser levantadas a partir das decisões; no terceiro critério - “entendimento a respeito da atuação decisória do STF” –,

aponta-se a compreensão do Ministro acerca do papel do STF; no quarto e último – “compreensão das narrativas” –, problematizam-se as narrativas dos Ministros, apontadas no critério anterior, a fim de sinalizar qual o entendimento do STF quanto à sua prática decisória.

Em relação ao terceiro item, salienta-se que, hipoteticamente, ao serem manejados esses documentos, uma questão foi lançada aos Ministros: qual o seu entendimento a respeito da atuação decisória do Tribunal? Dessa forma, são apontados os fragmentos referentes à prática decisória do STF, apenas dos Ministros que de alguma maneira “responderam” a esta questão. Muito embora se busque o entendimento do STF a respeito da sua atuação decisória, são descritos os votos dos Ministros no desenvolvimento dos julgados, já que estas decisões não são formadas por um único parecer, mas por votos individuais.

5 ANÁLISE QUALITATIVA DAS DECISÕES

5.1 MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2010. JULGAMENTO: 30/09/1999. RELATOR: CELSO DE MELLO

5.1.1 Relatório

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com medida cautelar ajuizada na ação direta de inconstitucionalidade nº 2010, na qual se pediu a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.783 de 28/01/99, que trata da contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos e demais pensionistas dos três poderes do Estado (BRASIL, 1999).

Os autores da ação alegam que a referida lei está em desacordo com os artigos da Constituição Federal: artigo 67 (princípio da irrepetibilidade de projetos rejeitados na mesma sessão legislativa); artigos 149 e 146, III (exigência de lei complementar na instituição e majoração da contribuição da seguridade social); artigo 150, IV (transgressão da norma que proíbe tributo com efeito confiscatório); artigo 195, § 5º (ofensa ao princípio do equilíbrio atuarial); artigo 37, XV e 194 IV (violação da cláusula de irredutibilidade de vencimentos e proventos); artigo 5º, *caput*, e 150 (inconstitucionalidade da estrutura progressiva das alíquotas

pertinentes à contribuição de seguridade social); artigo 40, § 12, com o artigo 195, II (ilegitimidade constitucional da instituição da contribuição de seguridade social sobre aposentados e pensionistas) e artigo 5º, XXXVI (desrespeito ao direito adquirido).

A medida cautelar foi proposta visando à suspensão da eficácia da lei, ora impugnada.

O Ministro Relator decidiu pelo deferimento da medida cautelar. Os demais Ministros acompanharam o seu voto no deferimento da ação, para suspender a eficácia das expressões “e inativo, e dos pensionistas” e “do provento ou da pensão”. O Tribunal por maioria, com a exceção dos Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves, também deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender a eficácia do artigo 2º e seu parágrafo único da Lei nº 9.783/99 e, por unanimidade, para suspender a eficácia do artigo 3º e seu parágrafo único da referida lei.

5.1.2 Argumentação do Tribunal

Nesta ação, uma das discussões principais diz respeito à irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos. Nesse sentido, o Supremo descreve que a Constituição Federal tem o condão de disciplinar o exercício do poder impositivo estatal, devendo este, portanto, subordinar-se aos limites impostos pela Carta.

A Constituição da República, ao disciplinar o exercício do poder impositivo do Estado, subordinou-o a limites **insuperáveis, em ordem a impedir** que fossem praticados, em detrimento do patrimônio privado e das atividades particulares e profissionais lícitas, **excessos** que culminassem por comprometer, de maneira arbitrária, o desempenho regular de direitos que o sistema constitucional **reconhece e protege**.⁹

Há o entendimento de que a garantia da irredutibilidade dos vencimentos não é absoluta. Embora o artigo 37, XV da CF¹⁰, descreva o contrário, para o Ministro Celso de Mello:

⁹ MC-ADIN 2010, Celso de Mello, fls. 78, grifos do original.

¹⁰ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e

Em suma: a garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração devida aos servidores públicos em atividade **não se reveste de caráter absoluto**. Expõe-se, por isso mesmo, às derrogações instituídas pela própria Constituição da República, que prevê, relativamente ao subsídio e aos vencimentos [...] a incidência de tributos, legitimando-se, desse modo, quanto aos servidores públicos ativos, a exigibilidade das contribuições para seguridade social [...].¹¹

Por outro lado, em relação aos aposentados há entendimento diverso. Nesse sentido, são os argumentos do Ministro Maurício Corrêa, para quem aos aposentados não deve incidir nova lei que venha a tirar-lhes substancial valor de seus proventos.¹² Corroborando com esse entendimento a interpretação do Ministro Carlos Velloso para quem: “a conclusão, pois, é que não há autorização constitucional para a cobrança de contribuição de seguridade social dos servidores aposentados e dos pensionistas.”¹³

Nota-se que o entendimento majoritário deu-se no sentido de afastar o aumento da contribuição sobre os vencimentos dos servidores aposentados e dos pensionistas, em relação aos ativos a nova contribuição foi considerada constitucional.

No que diz respeito à possibilidade de diferenciação de alíquotas, para a incidência da contribuição previdenciária, o Ministro Néri da Silveira declara que se deve ter claro que a Constituição não faz referência à possibilidade de diferenciação. Dessa forma, não há dúvida de que as contribuições se fazem diferenciadas tendo em vista que a base da contribuição depende dos vencimentos do servidor, para o Ministro: “isso corresponde, exatamente, ao espírito da Constituição, já agora limitado ao âmbito dos servidores públicos, em que se prevê estar [...]”¹⁴

O Ministro Moreira Alves, ao fazer menção à defasagem dos vencimentos dos servidores públicos, salienta que argumentos de ordem econômica não podem ser utilizados para julgamentos neste Tribunal.

empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.” *In*: BRASIL. Brasil. **Constituição Federal**. Op. cit.

¹¹ MC – ADIN 2010, p. 67.

¹² *Ibidem*, p. 106.

¹³ *Ibidem*, p. 126.

¹⁴ *Ibidem*, p. 154.

Deixo de lado a questão de não haver, aproximadamente há cinco anos, reajuste de vencimentos, até porque argumentos de natureza meramente econômica não podem ser usados, por via de regra, para julgamento em ação direta de inconstitucionalidade.¹⁵

O Ministro Marco Aurélio sustenta que não há na CF justificativa para a majoração da citada contribuição. Para o Ministro, só há justificativas que tratam da política governamental do momento [...] tendo em conta até mesmo compromissos internacionais, compromisso assumido com o FMI, e, aí, vejo o quanto a soberania é fluída, dependendo, portanto, de questões econômica e financeiras.¹⁶

Prossegue o magistrado descrevendo que para ele a CF deve ser interpretada segundo o seu sentido literal e técnico, visando à busca de seus objetivos.

[...] Não posso colocar em plano secundário o sentido vernacular e o sentido técnico das palavras contidas na Carta, sob pena, então, de abandonar a busca do real objetivo dos preceitos nela inseridos. [...].¹⁷

Por outro lado, para o Ministro Carlos Velloso há conceitos indeterminados, devendo – nestes casos – o magistrado definir-lhe a abrangência: “qual seria o conceito de 'tributo com efeito de confisco?’ O conceito é indeterminado, caso em que o juiz laborará em área que chamaríamos de 'área cinzenta’”.¹⁸

Inicialmente, percebe-se a utilização de uma argumentação em favor do sentido literal dos enunciados normativos da CF. No entanto, há ressalvas, visto que há enunciados normativos indeterminados, momento em que o magistrado é quem deverá fixar-lhe o conceito. Salienta-se, porém, que neste julgado não há a definição do que sejam os conceitos discutidos, nem a forma como deveria o magistrado fixar-lhes os conceitos.

¹⁵ Ibidem, p. 157.

¹⁶ Ibidem, p. 144.

¹⁷ Ibidem, p. 145.

¹⁸ Ibidem, p. 163.

QUADRO 1 - ENTENDIMENTO A RESPEITO DA ATUAÇÃO DECISÓRIA DO STF

<p>Celso de Mello</p>	<p>[...] Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer, jamais, sobre o império da Constituição. Razões de Estado, por sua vez, não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e a valores essenciais que informa o nosso sistema de direito constitucional positivo. [...].</p> <p>O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, teve o ensejo de repelir esse argumento de ordem política [...].</p> <p>Nada compensa a ruptura da ordem constitucional.</p> <p>A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, por isso mesmo, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito.</p> <p>O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte, não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. Grifou-se</p> <p>O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.</p>
<p>Sepúlveda Pertence</p>	<p>[...] não quero comprometer-me com dogmas hermenêuticos tradicionais, qual o de que uma norma restritiva de poder se interpreta estritamente, quando isso possa servir de cobertura à fraude política à Constituição. A Constituição, para mim é, sobretudo, regra do jogo político, que não pode ser contornada pelo abuso de dogmas hermenêuticos clássicos.</p> <p>[...] dou prevalência ao compromisso, particularmente deste Tribunal, com a efetividade da Constituição – e com a efetividade da Constituição contra a fraude que esvazie o seu conteúdo, a finalidade de suas normas, pelo uso de artifícios de qualquer sorte, por qualquer dos Poderes.</p>

Marco Aurélio	[...] atuação independente, espontânea que se exige dos magistrados [...] precisamos evoluir, para tirar da Carta a maior eficácia possível. Qual o objetivo da norma, Excelência?
----------------------	--

5.1.3 Compreensão das Narrativas

A partir das narrativas acima, pode-se verificar um indício em afastar as influências políticas e econômicas das decisões dos Ministros. Dessa forma, o texto constitucional não pode ser interpretado para algum fim específico.

Para o STF o seu papel é o de Guardião da Constituição, devendo, pois, garantir a integridade do sistema político, proteger a estabilidade do ordenamento jurídico, bem como a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República; visto que o Poder Judiciário é um poder independente e tem consciência da sua alta responsabilidade.

Muito embora as narrativas acima descrevam um comprometimento com a Constituição Federal, note-se que o Supremo deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia das expressões “e inativo e dos pensionistas” do artigo 1º da Lei nº 9.783/99, bem como o parágrafo único do artigo 2º e do artigo 3º. Ou seja, em relação aos demais servidores não foi deferido o pedido de suspensão de eficácia da referida lei.

Salienta-se que, em 13/06/2002 em questão de ordem nº 2010 a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada parcialmente prejudicada, tendo em vista a perda superveniente de seu objeto, resultante da edição da Lei nº 9.998/2000, que em seu artigo 7º expressamente revogou o artigo 2º da Lei nº 9.983/99.

Verificou-se que o cerne da questão não era o referido artigo, e sim, a irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos ativos e inativos; no entanto, o STF julgou a ação prejudicada por perda de objeto. Esse mesmo Tribunal que se diz extremamente vinculado à “efetividade da Constituição contra a fraude que esvazie o seu conteúdo, à finalidade de suas normas, pelo uso de artifícios de qualquer sorte, por qualquer dos Poderes.”¹⁹

¹⁹ MC-ADI 2010, fls. 94.

Dessa forma, pode-se dizer que as descrições acima, que evidenciam o “grandioso” papel do Tribunal, comprometido com a eficácia da Constituição, expressam um exercício de retórica. Em outras palavras, as descrições em nenhum momento expõem a forma como a norma específica deveria ser interpretada.

Enfim, uma característica interessante desse julgado é o fato de que há o entendimento, em tese, do Tribunal, de que sua atuação decisória é caracterizada pela nobre função da garantia da integridade da ordem constitucional, bem como pelo afastamento de leituras, que possam esvaziar o sentido da CF. No entanto, após essas descrições que enaltecem a função desse Tribunal, a ação foi julgada prejudicada por uma questão meramente formal.

5.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2797. JULGAMENTO: 15/09/2005. RELATOR: SEPÚLVEDA PERTENCE

5.2.1 Relatório

A ação foi proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, na qual requereram a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, que acrescentou o parágrafo primeiro e segundo ao artigo 84 do Código de Processo Penal.²⁰

Segundo dispõe a referida lei, o foro especial por prerrogativa de função foi ampliado, a momento posterior à cessação da investidura na função. Em outras palavras, mesmo não estando mais na função o foro especial para os parlamentares ficara ampliado.

²⁰ Artigo 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Supremo Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. § 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para proceder e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º. In: Brasil. **Decreto-lei n.º 2.848, de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso: ago. 2007.

A autora invoca decisão do Supremo, na qual havia cancelado a Súmula 394,²¹ para afastar o suposto privilégio concedido aos ex-parlamentares.

O Ministro Relator julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, tendo sido acompanhado pelos demais Ministros, a exceção de Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

5.2.2 Argumentação do Tribunal

Nesse julgado, discute-se se poderia a lei ordinária contrariar a interpretação do STF. Percebe-se uma forte tensão entre o Poder Judiciário e o Legislativo. Apreende-se dos votos dos Ministros, que o Judiciário, em tese, está acima do legislador.

A Súmula 394 – na qual prorrogava a competência do Tribunal, ainda que o parlamentar não estivesse mais exercendo o cargo – foi publicada em 08/05/1964, sob a égide de outra Constituição. Ocorre que esta súmula manteve-se até 1999, ou seja, era aplicada ainda que a Constituição atual não prorrogasse expressamente a competência.

A mesma foi cancelada por decisão tomada pelo Supremo no Inquérito n. 687-QO, em 25/08/97, no qual os fundamentos a lei nova contraria. Há, portanto, uma divergência em relação à nova lei ordinária e a decisão do STF no citado inquérito.

Há contradições aparentes no posicionamento do Supremo, visto que neste julgado alega que as competências civis ou criminais dos tribunais são somente aquelas previstas expressamente na Constituição. Nesse sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence afirma: “o que se impugna, no caso, é a declaração por lei de competência originária não prevista na Constituição.”²²

Salienta-se que a competência havia sido prorrogada pelo próprio Supremo, com a edição da Súmula 394. Dessa forma, houve uma mudança no entendimento do Tribunal acerca da prorrogação da competência por prerrogativa de função.

²¹ Súmula 394: Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência por prerrogativa de função ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

²² ADI 2797, p. 40.

Para essa Corte, sua interpretação ocorre de forma **“direta e exclusiva da Constituição Federal”**, não podendo, portanto, o legislador impor uma interpretação diversa da Constituição.

Assim, a questão é de inconstitucionalidade formal, visto que a lei nova pretende interpretar a Constituição de forma contrária àquela realizada pelo STF, que nas suas próprias palavras trata-se do **“Guardião da Constituição”**.

Para o STF a lei ordinária não está autorizada a contrariar a sua interpretação. Já que, do contrário, a Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja,

Admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia-, só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.²³

A interpretação dada, pelo Supremo, à Constituição Federal **“[...] expressa a norma de decisão”**. Nesse sentido, o Ministro Eros Grau coloca a questão: **“seremos nós, os juízes em geral, os únicos intérpretes autênticos, no sentido de Kelsen, da Constituição?”**²⁴

Para o Supremo há dois intérpretes autênticos da Constituição: os magistrados de uma forma geral e os seus Ministros, que realizam o controle direto da constitucionalidade das demais normas. A interpretação do STF é realizada por intérpretes autênticos, assim, somente estas criam direito.

Vê-se para logo coexistirem, entre nós, no mínimo dois intérpretes autênticos da Constituição. Um, aquele que opera o seu controle difuso – os outros juízes e os juízes desta Corte. Outro, aquele que opera o controle direto da constitucionalidade, nós.²⁵

²³ Ibidem, p. 37, grifou-se.

²⁴ Ibidem, p. 48.

²⁵ Ibidem.

Aqui, há uma expressa adesão a teoria positivista do direito, influência de Kelsen, visto que, para este autor, os magistrados são os intérpretes autênticos das normas constitucionais. Segundo esta concepção, quando o juiz interpreta produz uma norma. Esta tem a capacidade de vincular o ordenamento jurídico como os demais enunciados normativos.

Partindo do texto da norma [e dos fatos], o intérprete autêntico, no sentido de KELSEN, alcança a norma jurídica, para então caminhar até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas **gerais nos quadros de solução de casos determinados**. A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta [a norma jurídica], que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é **definida a norma de decisão**, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem. [...].²⁶

Conforme a compreensão do Supremo, o magistrado ao solucionar uma determinada lide estabelece um diálogo entre a norma jurídica e o fato, para então concretizar o direito através de uma norma de decisão. Dessa forma, interpretar a constituição é concretizá-la, já que **“inexiste interpretação do direito sem concretização.”**²⁷

QUADRO 2 - ENTENDIMENTO A RESPEITO DA ATUAÇÃO DECISÓRIA DO STF

<p>Sepúlveda Pertence</p>	<p>[...] as decisões do STF que diretamente aplicam a Constituição aos fatos [...]. A jurisdição constitucional na democracia – e a afirmação tem hoje a força do óbvio – é um poder contra-majoritário: incumbe-lhe impor à maioria política da conjuntura as regras constitucionais do jogo político e as limitações substanciais da Constituição ao conteúdo das decisões legislativas e administrativas.</p> <p>Quando, ao contrário, a lei ordinária (ou o ato de governo) é que pretendem inverter a leitura da Constituição pelo órgão da jurisdição constitucional, não pode demitir-se este do seu poder-dever de opor o seu veto à usurpação do seu papel.</p>
----------------------------------	---

²⁶ Adi 2797, p. 47, grifei

²⁷ Ibidem.

	<p>[...] me parece um imperativo da sustentação do papel do Tribunal, "guarda da Constituição".</p>
Eros Grau	<p>O intérprete produz a norma jurídica não por diletantismo, porém visando a sua aplicação a casos concretos.</p> <p>Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar [=compreender] os textos normativos, mas também compreendemos [=interpretamos] os fatos.</p> <p>A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão.</p> <p>Isso se dá no bojo do controle difuso de constitucionalidade. O juiz apura a constitucionalidade da norma e, em seguida, decide um determinado caso a partir da consideração da norma jurídica geral --- não apenas do texto, pois. Isso é interpretar/aplicar o direito.</p>
Carlos Britto	<p>[...] sabemos ser regra elementar de hermenêutica que quando há uma colisão, uma fricção empírica de valores constitucionais, o intérprete deve optar por aquela saída que melhor prestigie os princípios de superior hierarquia constitucional</p>
Gilmar Mendes	<p>É de se ressaltar que, se de um lado, a Constituição atribui a este Supremo Tribunal Federal a tarefa da guarda da integridade da ordem jurídico-constitucional, de outro, é assente que o seu texto está sujeito a uma sociedade aberta de intérpretes (HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional)</p> <p>Esta Corte, portanto, jamais pode olvidar que a tarefa de interpretar a Constituição é inafastável da abertura procedimental. Essa constatação [...], ao meu entender, é crucial para que o papel institucional do Supremo Tribunal Federal esteja aberto não somente às mudanças legislativas, mas sobretudo, ao modo pelo qual essa legislação deve ser interpretada à luz de inovações ou alterações sociais, históricas e culturais.</p>
Carlos Veloso	<p>O Supremo Tribunal Federal é o intérprete maior da Constituição.[...] O § 1º do art. 84 do CPP, na redação da Lei 10.628, de 2002, afrontou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, afrontando, portanto, a Constituição. É que a revogação da Súmula 394, pelo Supremo, se fez mediante interpretação da Constituição pelo seu guardião-maior.</p>

5.2.3 Compreensão das Narrativas

Destaca-se que nesse julgado há referência às obras de Kelsen, autor considerado positivista, e em outras passagens há referência a Haberle, autor do paradigma neoconstitucional. Além disso, há momentos em que se descreve que a interpretação constitucional deve permitir a abertura procedimental, ou seja, o subsistema direito deve estar aberto às novas interpretações legislativas, bem como às mudanças sociais, históricas e culturais. Aqui, se extrai algumas características do direito reflexivo.

Em suma, não há como catalogar o julgado acima em algum paradigma do direito, de forma estanque. O que se percebe são características de mais de um modelo.

Outra característica, comum nesse acórdão, é o fato de que para os Ministros do STF a sua interpretação é que cria direito, ou seja, possui a capacidade de alterar o ordenamento jurídico. Tal descrição é compatível com o controle de constitucionalidade, já que ao Tribunal é conferida a função de declarar a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade das normas.

No entanto, para o STF o legislador não está autorizado a editar leis que contrariem a sua interpretação. Assim, é colocado o entendimento de que o Supremo está acima dos demais poderes, na função de dizer qual o significado das normas constitucionais; bem como que suas interpretações são a própria Constituição.

5.3 EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1289. JULGAMENTO: 03/04/2002. RELATOR: GILMAR MENDES

5.3.1 Relatório

Embargos infringentes impetrados pelo Procurador Geral da República contra a decisão do STF na ação direta de inconstitucionalidade nº 1289, na qual se questionava os cargos vagos de juizes do Tribunal Regional do Trabalho, para a composição da lista quádrupla, segundo o artigo 94 e 115 da Constituição.²⁸

²⁸ “Artigo 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório

Em decisão normativa, o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho autorizou a complementação da lista com membros do Ministério Público (MP), que não preenchessem o requisito temporal. Decidiu o STF pela inconstitucionalidade da referida decisão, tendo em vista que a Constituição Federal não disciplina as hipóteses de não haver membro do MP com aquele requisito constitucional temporal, de dez anos de carreira, para compor a lista.

O Tribunal por maioria, vencidos os Ministros Sydney Sanches e Moreira Alves, decidiu pelo deferimento dos embargos, declarando a constitucionalidade do ato impugnado.

5.3.2 Argumentação do Tribunal

Inicialmente, o Ministro Gilmar Mendes tece alguns comentários a respeito do quinto constitucional – artigo 94 da CF – elegendo-o à categoria de princípio. Visando a complementar sua argumentação, o Ministro cita a obra de Gustavo Zagrebelsky – autor neoconstitucionalista - para quem a Constituição, em sociedades caracterizadas por um acentuado grau de relativismo, não estabelece um projeto predeterminado de vida, mas coloca à disposição as condições de possibilidade.²⁹ Nesse sentido, Gilmar Mendes cita o referido autor.

[...]. No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: **a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente.** [...]. (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil.*, cit., p. 16).³⁰

saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o Tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação. Artigo 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de juizes nomeados pelo Presidente da República, observada a proporcionalidade estabelecida no § 2 do artigo 111. Parágrafo único. Os magistrados dos Tribunais Regionais do Trabalho serão: I – omissis; II – advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, obedecido o disposto no art. 94.”(BRASIL, 1988).

²⁹ ADI-EI, 1289, p. 10.

³⁰ Ibidem, p. 10. Grifou-se.

Conclui o Ministro que, em matéria constitucional a interpretação deve ser sempre a do “**pensamento do possível**”, ou seja, segundo Gilmar Mendes trata-se de: “[...] **expressão, consequência, pressuposto, limite para uma interpretação constitucional aberta.**”³¹ Posteriormente, faz referência à obra de Häberle, e descreve o conceito do “pensamento do possível.”

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro. É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 10).³²

Para o Ministro, a Constituição não deve ser compreendida como um texto “acabado ou definitivo, mas sim como projeto” em contínuo desenvolvimento.³³ Além disso, argumenta que uma decisão pode ser contrária ao texto constitucional, visto que uma lei sempre é feita para um período de tempo, devendo, portanto, ser adaptada às circunstâncias factuais. Já que, como obra do homem ela está sujeita à “**força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.**”³⁴

QUADRO 3 - ENTENDIMENTO A RESPEITO DA ATUAÇÃO DECISÓRIA DO STF

Gilmar Mendes	[...] parece legítimo admitir que a regra constitucional em questão contém uma lacuna: [...]. Não tendo a matéria sido regulada em disposição transitória, parece adequado que o próprio intérprete possa fazê-lo em consonância com o sistema constitucional [...].
Moreira Alves	[...] não sou daqueles que admitem que, por interpretação, possamos suprir lacuna, para o efeito de não se declarar a inconstitucionalidade. Aqui, não há lacuna, mas ocorre uma situação que deve ser resolvida por via de interpretação para se

³¹ Ibidem, p. 12.

³² Ibidem, p. 13. Grifou-se

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem, p. 16. Grifou-se.

	saber, dentre os princípios em choque, qual deles prevalece. Isso, aliás, é comum, em matéria de direitos e garantias fundamentais.
Marco Aurélio	[...]. Considero-me um entusiasta da interpretação ativista do texto , objetivando preservar a alma da própria Constituição Federal .

5.3.3 Compreensão das Narrativas

O Tribunal, ao alegar choque entre princípios, não descreve como ocorre essa suposta ponderação.

Ainda que não concordem a respeito dos instrumentos que deverão utilizar – choque de princípios ou supressão de lacuna –, os Ministros concordam que é a função do Tribunal dar o sentido aos enunciados normativos, através de atos interpretativos. Todavia, a forma como o Supremo dará o sentido às normas constitucionais não possui fundamentação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas descrições dos julgados acima pude perceber que os Ministros interpretam a Constituição Federal de forma aleatória, ou seja, em algumas passagens demonstram uma preocupação em aplicar a lei, por outro lado, em outras argumentações, colocam seus posicionamentos pessoais, e até mesmo divagam a respeito dos casos específicos.

Além disso, foi possível perceber que nas decisões do STF há características dos principais paradigmas do direito, como, por exemplo, o direito positivo, o neoconstitucionalismo, o direito reflexivo.

Assim, poderia arriscar dizer que as características do direito atualmente se somaram. Do positivismo jurídico herdaram-se os códigos, as constituições e os princípios; o neoconstitucionalismo e o direito reflexivo, por sua vez, influenciaram o surgimento de juízes que, a partir do direito constitucional e de um direito procedimental de urgência, passaram a interpretar as normas com uma ampla liberdade.

O modelo de direito verificado nos documentos analisados, a princípio, é inclassificável, visto que há um sincretismo paradigmático.

Há um direito “nosso”, caracterizado pela fluidez, liquidez, ou seja, um direito que de alguma forma transita entre uma corrente doutrinária e outra. Sua qualidade é não estar vinculado, restritivamente a nenhum paradigma.

Todas estas constatações só foram possíveis através das contribuições metodológicas advindas da antropologia. Entrecruzar o saber jurídico com o antropológico, nos permite olhar o direito sob outra perspectiva, e perceber nuances do poder judiciário que somente através de uma análise etnográfica é possível.

A pesquisa de campo nos proporciona vivenciar a concretização empírica do direito, afastando o que o mundo dos “códigos” prescreve, para mostrar o que de fato as pessoas vinculadas ao campo dizem e sentem a respeito do direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Danielle Silveira de. "**Vistos, relatados etc**": Uma interpretação de decisões do Tribunal de Justiça expressas em acórdãos acerca da dissolução da sociedade conjugal, em Florianópolis/SC, na década de 90. 2002. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm. Acesso: ago. 2007.

BRASIL. **Lei 4.737 DE 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm. Acesso em 22 ago. 2007.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 22 ago. 2007.

BRASIL. **Lei 9.504 de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm. Acesso em 22 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010. Relator: Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 30 set 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>, acesso em 22 ago. 2007.

BRASIL. **Lei 9.783 de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccil_03/Leis/L9783.htm. Acesso em 22 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Infringentes na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1289. Relator: Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 03 abril 2002. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>, acesso em 22 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797. Relator: Sepúlveda Pertence. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 15 set. 2005. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>, acesso em 22 ago. 2007.

CLIFFORD, James. “Sobre a autoridade etnográfica”. In: CLIFFORD, James. **A experiência etnográfica**: antropologia e literatura no século XX. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1998.

GARCIA, Ísis de Jesus. **Uma torre de babel chamada Constituição Federal**: reflexões a respeito do direito contemporâneo. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

GEERTZ, Clifford. **Interpretação das Culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

_____. **O saber local**. Novos ensaios em antropologia interpretativa. Petrópolis: Vozes, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Les Temps hypermodernes**. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Barueri: Manole, 2005.

LUCENA, Maria Inêz Probest. **Razões e Realidades no modo como as professoras de inglês como língua estrangeira de escola pública avaliam seus alunos**. 2006. Tese (Doutorado em Letras) – Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Controlando o poder de matar**: uma leitura antropológica do Tribunal do Júri – ritual lúdico e teatralizado. 2002. Tese (Doutorado em Antropologia) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da USP, São Paulo.

O RECONHECIMENTO DE UNIÕES POLIAFETIVAS COMO MEDIDA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS E LIBERDADES ESSENCIALMENTE HUMANAS

Andréa Arruda Vaz¹

Ariê Scherreier Feredax²

Thaís Martins Lourenço³

1 INTRODUÇÃO

Marisa Monte, em sua canção “Amar Alguém”, afirma que “amar alguém ou outro alguém também / é coisa que acontece sem

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário do Brasil - UniBrasil, turma 2013. Professora de direito e processo do trabalho, Prática Real e simulada III e professora tutora no Núcleo de Práticas Jurídicas no Centro Universitário UNIFACEAR. Diretora da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/PR - subseção Araucária; Professora convidada na pós-graduação, nos cursos de Gestão Administrativa e financeira e Gestão de Recursos Humanos na UNINTER. Professora convidada na pós-graduação em Direitos Humanos na PUC/PR. Professora no curso de Direito e na disciplina de História do Direito na Faesp. Advogada atuante nas áreas de direito e processo do trabalho, direito coletivo do trabalho, direito civil e direito administrativo. Autora de diversos artigos (em revistas nacionais e internacionais), capítulos de livros e do livro: Direito Fundamental a Liberdade sindical no Brasil e os Tratados de Direitos Humanos. Pesquisadora nas Áreas de Direitos Fundamentais, Direito Internacional do Trabalho, Direito Constitucional e Direitos Humanos. E-mail: andrea@andreaavaz.adv.br.

² Graduanda em Direito pela PUC/PR. Integrante do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico da PUC/PR. Bolsista de Iniciação Científica. E-mail: arieferedax@gmail.com.

³ Bacharel em Direito pelo UNIFACEAR. E-mail: thaisaml@outlook.com.

razão”. O amor, por sua vez, de acordo com a música “Amar É” da banda Roupa Nova, “surge no coração / sem ter licença para entrar”.

Nesse sentido, constituir uma família, ainda que composta por mais de duas pessoas capazes e conscientes, é uma prova manifesta do amor e da afetividade que as une. A problemática que surge diante da liberdade individual no que tange as formas de formação familiar, consiste no reconhecimento de uniões poliafetivas. A flexibilização das relações interpessoais, por sua vez, pode se manifestar de formas diversas àquelas ditadas pela monogamia nas relações familiares, existindo o poliamor, por exemplo.

Tendo isso em vista, o Direito não pode limitar a formação subjetiva do cidadão por meio de modelos engessados de família, embora a Constituição Federal de 1988 tenha ampliado as formas para sua constituição, de modo a reconhecer a família monoparental e a união estável.

Reduzir as possibilidades de formação de família a meros modelos exaurientes não atende satisfatoriamente aos interesses e necessidades sociais, bem como contraria alguns dos direitos fundamentais como a liberdade e dignidade da pessoa humana, tratando-se apenas de abstrações.

Por conseguinte, o presente artigo buscou identificar, por meio de pesquisas bibliográficas, as transformações históricas do Direito de Família, em especial a sua forma de constituição ao longo da história, para, então, analisar a dignidade da pessoa como forma de proteção à família, bem como a afetividade como pilar da constituição familiar. Enfim, foi analisada a flexibilização das relações interpessoais, além da possibilidade de reconhecer uniões poliafetivas como unidade familiar, tendo em vista que não se pode negar proteção jurídica àqueles que vivem sob padrões diversos daqueles considerados como tradicionais.

2 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Anteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988, a família era considerada como uma unidade econômica, religiosa e política, em que todos os seus integrantes estariam subordinados às ordens do *pater familias* (GONÇALVES, 2011, p. 31). Raras vezes a família era constituída por meio de laços afetivos, de modo que sua

principal função consistia na transmissão do *status* social e do patrimônio (RUZYK, 2005, p. 118, 119).

Do mesmo modo, o Código Civil de 1916, o qual teve grande influência do direito romano e canônico, considerava o marido como chefe da sociedade conjugal, responsável por decidir o futuro da família, conforme previsão expressa do artigo 233 do referido código. Ainda, até o início do século XXI, o ordenamento jurídico brasileiro admitia somente o matrimônio como forma de constituição de família (WALD, 1999, p. 35).

Embora ainda sejam evidentes alguns resquícios das contribuições romana e canônica no Direito brasileiro, as mudanças culturais, históricas e sociais ocorridas durante o século passado permitiram uma adaptação do mundo jurídico, a fim de atender os novos interesses e necessidades presentes em uma sociedade em constante transformação.

Surge assim, o fenômeno conhecido como repersonalização do direito, ou constitucionalização. Dessa forma, com a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988, homens e mulheres passaram a ser iguais em direitos e obrigações. O marido deixa de ser o único responsável por decidir o futuro da família e a família não mais se constitui somente através do matrimônio, bastando apenas vínculos afetivos, ou seja, o *affectio familiae*.

Percebe-se, portanto, que o conceito jurídico de família deixa de ser limitado e taxativo e passa a considerar a pessoa humana como o principal destinatário de proteção normativa. Desse modo, a família torna-se o principal ambiente social capaz de guiar e moldar a formação da personalidade de cada um dos indivíduos que a integram (ALVES, 2007, p. 132).

Por sua vez, o artigo 226 da Constituição prevê que a família possui especial proteção do Estado, sendo que alguns dos princípios constitucionais que regem o direito de família consistem na proteção de todas as espécies de família, bem como no reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar, ainda que não haja qualquer formalidade (VENOSA, 2005, p. 33).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em relação ao conceito de família à luz da Constituição de 1988, entende que, *in verbis*:

[...] a Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). [...] Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio político cultural. [...] (BRASÍLIA, STF, ADI 4277/DF).

Isto é, a família não pode ficar restrita às conceituações clássicas, devendo ser analisada como o primeiro e principal núcleo social responsável pela concreção de direitos fundamentais. Ademais, a formatação da família, assim como a definição ao longo da história é fruto de limitações e interesses humanos e sociais de acordo com a época em que foram impostas.

Claro, há que se ponderar, num âmbito aberto do conceito a liberdade individual. Ademais, se as pessoas que participam dessa relação se sentem felizes e realizadas, assim como não estão a descumprir a legislação no que concerne aos deveres legais, não pode o Estado interferir e proibir as pessoas do exercício de tal modalidade de relação afetiva.

Ainda, outro elemento histórico a se considerar é o fato de que tal discussão não é recente, ademais, desde os primórdios se admitia a poligamia e esse tema ao longo da história foi sofrendo restrições em função das formatações sociais e religiosas em geral. Tanto que em alguns países tal procedimento é extremamente natural e todos convivem de forma pacífica e harmoniosa. No Brasil esse tema ainda é um tabu e por conta da construção social pautada em elementos religiosos, certamente encontra barreiras para uma convivência harmoniosa e de forma a cada um respeitar o seu espaço. Ademais, o Brasil é um país extremamente cristão e com sua base social pautada no catolicismo e no protestantismo, em regra.

Não obstante isso, o conceito de família deve ser ampliado para que situações inusitadas sejam consideradas como novas possibilidades de constituição de grupos familiares, caracterizando, assim, um verdadeiro processo de evolução jurídica e também social. Ou seja, como base da sociedade, a família deve se repersonalizar

na medida em que surgem novas transformações sociais que a afetem (BRASÍLIA, STJ, REsp. n. 1217415/RS).

Ademais, Rodrigo da Cunha Pereira pontua que, *in verbis*:

A verdadeira liberdade é aquela em que os sujeitos de Direito não estejam assujeitados aos ordenamentos jurídicos excludentes das diferentes e diversas formas de constituições de família, ou nos ordenamentos jurídicos que sobrepõem a forma à essência e ainda não consideram o afeto como norteador e condutor da organização jurídica sobre família. A verdadeira liberdade e o ideal de Justiça estão naqueles ordenamentos jurídicos que asseguram um Direito de Família que compreenda a essência da vida: dar e receber amor. (PEREIRA, 2006, p. 200).

Por conseguinte, a verdadeira família se funda no amor e no afeto e não em imposições legais e estatais. O ordenamento jurídico, por sua vez, deve assegurar a proteção da família, sem o intuito de defini-la de maneira preconceituosa e estigmatizada.

Assim, percebe-se que o direito de família, especificamente, se modifica com intensidade, a fim de encontrar soluções aos eventuais litígios envolvendo questões extremamente particulares, inseridas no núcleo familiar, tendo como exemplos as famílias simultâneas, relações afetivas ou extraconjugais concomitantes, até mesmo as uniões poliafetivas, dentre outras controvérsias.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PROTEÇÃO DO CONCEITO MACRODE FAMÍLIA

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido o “valor-guia” dos mais variados setores do direito, assumindo, assim, uma nova posição frente ao ordenamento jurídico. Dessa forma, abandona-se o liberalismo e o materialismo antes existentes e passa-se a adotar uma postura mais humana e solidária no âmbito das relações jurídicas (SCHEREIBER, 2013, p. 7).

Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 223), ressalta que o princípio da dignidade humana é fundamental, pois, por meio dele impede-se que ocorra “a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da

empresa, da propriedade e da família”. Isto é, protege-se o indivíduo, considerado todas as suas peculiaridades e individualidades, em detrimento de qualquer estrutura institucional.

Verifica-se, ademais, que o princípio da dignidade da pessoa humana foi colocado como valor máximo do ordenamento jurídico, a fim de restringir o caráter patrimonialista das codificações. Entende-se que a pessoa deve ser apreciada a partir da sua inserção no meio social, e nunca como célula autônoma (MORAES, 2010, 248, 249).

Igualmente, segundo Gustavo Tepedino (2004, p. 398), “a família passa a ser valorizada de maneira instrumental, tutelada como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes”. Ou seja, a partir da dignidade da pessoa humana, o Direito adota uma postura instrumentalista, a qual considera a família como um lócus de promoção do desenvolvimento.

Ainda, a dignidade da pessoa humana é o maior princípio do Estado Democrático de Direito. É a partir dela que surgem os demais, tais como a liberdade, a autonomia privada, a igualdade, a solidariedade, entre outros. Em sua essência, portanto, a dignidade da pessoa visa proteger e promover os direitos humanos e a justiça social (DIAS, 2010A, p. 63, 64).

Por sua vez, houve uma escolha expressa em retirar do centro do direito a defesa do patrimônio e consagrar a dignidade da pessoa humana como valor fundamental. Tendo isso em vista, o Estado, por óbvio, não deve apenas proteger a dignidade da pessoa humana, como também deve promovê-la (DIAS, 2010A, p. 63, 64).

Do mesmo modo, Maria Berenice Dias (2010A, p. 63), ao analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, entende que ele também objetiva assegurar igual dignidade para todas as entidades familiares. A ordem constitucional deve proteger as múltiplas entidades familiares, independentemente de sua origem, preservando e desenvolvendo o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, para que, assim, ocorra o desenvolvimento pessoal e social de cada membro da família, com base em ideais pluralistas, solidárias, democráticas e humanistas (DIAS, 2010A, p. 63).

De acordo com a definição adotada por Paulo Lôbo (2011, p. 59), a dignidade da pessoa humana “é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como

membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.” Ou seja, o princípio da dignidade é essencial para todo o ordenamento jurídico, sendo reconhecido como núcleo fundamental de toda a sociedade. Ainda, requer-se o dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.

Assim, é a partir da Constituição Federal de 1988 que várias transformações referentes ao Direito de Família encontraram seu ápice. Raras vezes uma constituição trouxe em seu texto tantas modificações significativas na sociedade e na vida das pessoas. Ademais, se o núcleo existencial é a essencialidade comum para todos os seres humanos, se impõe pensar que para um existencialismo digno, se faz necessário o desenvolvimento de algumas habilidades, tais como a liberdade e felicidade em seus conceitos ampliados.

Ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o constituinte estabeleceu que nenhum valor ou instituição é mais importante do que a tutela da pessoa. Da mesma forma, eliminou várias diferenciações e discriminações ora existentes, bem como conduziu e reforçou a existência de uma sociedade democrática livre (DIAS, 2010A, p. 41).

Nesse sentido, Maria Berenice Dias aponta que, *in verbis*,

[...] está ocorrendo uma verdadeira democratização dos sentimentos, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados. As novas famílias buscam construir uma história em comum, na qual existe comunhão afetiva e cuja ausência implica a falência do projeto de vida. (DIAS, 2010A, p. 44).

Por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio norteador dos demais princípios constitucionais, além de possuir um caráter essencial à proteção da pessoa humana, bem como da família.

Dessa forma, ressalta-se que cada indivíduo deve ser livre para escolher a forma que considera adequada para a constituição de sua família, devendo o Estado assegurar o seu direito fundamental, sem limitações ou restrições, observando, ainda, o requisito essencial que caracteriza a família moderna, qual seja, o afeto.

4 AFETIVIDADE COMO REQUISITO ESSENCIAL PARA A CONSTITUIÇÃO FAMILIAR

O princípio da afetividade é essencial ao direito de família, tendo em vista que fundamenta as relações socioafetivas na comunhão de vida, de modo a priorizá-las em detrimento do caráter patrimonial ou biológico (LOBO, 2011, p. 70).

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 70, 71), este princípio se especializa no âmbito familiar juntamente com os demais princípios constitucionais, a fim de ressaltar a natureza cultural, social e afetiva da família. Ademais, há que se ponderar que ainda um dos elementos e maior relevância quando o assunto é a constituição de uma família, são os laços de afetividade que envolvem os integrantes desse núcleo.

De acordo com Lévi-Strauss, citado por Paulo Lôbo (2011, p. 71), “a evolução da família expressa à passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade”. Assim, abandona-se a ideia da consanguinidade e a afetividade passa a ter um valor fundamental para a família. Constata-se, portanto, que o afeto torna-se uma importante característica da evolução da família, considerado como um de seus pilares (DIAS, 2010A, p. 70, 71).

Igualmente, Maria Berenice Dias, ao se referir à família, assegura que, *in verbis*:

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família [...]. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. (DIAS, 2010A, p. 71, 72).

Isto é, a família apenas se torna um núcleo plural, democrático e que preza pela busca da concreção de direitos e da felicidade de cada um de seus membros, quando é unida por laços sentimentais, bem como através da valorização do afeto existente, considerando-o como pressuposto mínimo de convivência e como elemento necessário para o alcance da felicidade.

Do mesmo modo, a autora e ex-magistrada afirma estar ocorrendo uma verdadeira democratização dos sentimentos na medida em que o respeito e a liberdade individual são garantidos,

bem como que “as novas famílias buscam construir uma história em comum, na qual existe comunhão afetiva e cuja ausência implica a falência do projeto de vida” (DIAS, 2010A, p. 44).

Esclarece-se, ainda, que o princípio da afetividade pode ser verificado através da solidariedade e da cooperação, da concepção eudemonista e da funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, entre outras formas (LOBO, 2011, p. 70-73). Ademais, a afetividade deve ser estimulada e disseminada na sociedade, de modo que a sociedade pratique mais a afetividade e o desenvolvimento solidário, humano e respeitoso.

Em contrapartida, Paulo Lôbo afirma que:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. (LOBO, 2011, p. 70-73).

Ou seja, a afetividade não pode ser confundida com o afeto, pois, a afetividade pode ser constatada mesmo quando não existir afeto nas relações familiares. Assim, presume-se que a afetividade é dever dos pais para com os filhos, dos filhos para com os pais, mesmo que não haja amor entre eles (LOBO, 2011, p. 70-73).

Por seu turno, como expressão da constitucionalização do direito, “a função básica da família é a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade.” Isto é, a unidade familiar deixa de ter função econômica ou procracional, e passa a ter uma única e principal função que é a realização da afetividade no ambiente familiar (LOBO, 2011, p. 18).

Não obstante isso, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, com excelência ensina que, *in verbis*:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e

a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. - Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. (BRASÍLIA, STJ, REsp. n. 1026981/RJ).

Ora, frente à necessidade de reconhecimento de novas entidades familiares baseadas no afeto e de manifestações de intolerância ou discriminação, o Estado-juiz não pode se omitir diante do novo, devendo apresentar possíveis soluções, sem prejuízo de garantir a efetivação do Direito, considerando a dignidade da pessoa, bem como sua liberdade de escolha. Diante disso, percebe-se a essencialidade do afeto nas relações familiares. Defende-se, portanto, a existência do afeto, do amor, do respeito entre os membros de uma família.

Por seu turno, no que concerne às mudanças ocorridas na sociedade, considerando as profundas modificações ocorridas na estrutura familiar, bem como em sua função, natureza, composição e concepção, é notório que, atualmente, a família está matizada na afetividade (LOBO, 2011, p. 17), sendo que sua função social consiste em promover a dignidade humana e a concreção de direitos por meio da afetividade, em especial.

5 FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES INTERPESSOAIS

Através das novas tecnologias, da liberdade de ir e vir, bem como a maior facilidade de obtenção de informações, entre outras mudanças sociais e tecnológicas, as relações interpessoais tendem a se tornar mais flexíveis.

Hoje, marcar um encontro amoroso tornou-se uma tarefa fácil. Basta um clique em um aplicativo de celular. Caso o encontro não seja satisfatório, no dia seguinte o aplicativo mostrará centenas de outros pares. Tal demonstra que ao Estado não cumpre a proibição,

pois isso sequer seria possível, mas sim cancelar direitos e liberdades para todos, de forma a proporcionar uma sociedade mais afetuosa e pautada no amor, no respeito e na tolerância.

Ainda, grande parte dos seriados e telenovelas difundidas por grandes emissoras de televisão são capazes de disseminar modelos. A mídia, por sua vez, tende a criar referências do que seria o ideal para as famílias brasileiras.

Ou seja, tramas retratados em telenovelas cujas histórias são recheadas de traições conjugais ou mesmo mudanças rápidas de parceiros, podem criar tendências, já que elas criam “a ilusão de sermos familiares a tudo que está acontecendo” dentro delas (CAMPOS, 2013, p. 12).

Assim, diante da flexibilização das relações interpessoais, não é mais necessário, tampouco obrigatório, que as pessoas permaneçam engessadas em conceitos clássicos ou antigos. A busca pela felicidade tornou-se a máxima, a realização de sonhos pessoais é prioridade e a sensação de ser livre não tem preço.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias ensina que:

As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, por se sentirem mais livres, buscam a realização do sonho pessoal sem se sentirem pressionadas a ficar dentro de estruturas preestabelecidas e engessadoras. Ocorreu uma verdadeira democratização dos sentimentos, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual foram preservados. (DIAS, 2010B, p. 1).

Ou seja, não se admite mais que a união entre duas pessoas ocorra somente através do matrimônio. Basta, como já visto, a relação de afeto que as une. Entretanto, o referido afeto não precisa ser objeto apenas de um relacionamento bilateral, cujo fim é a formação de uma unidade familiar. O indivíduo pode oferecer o seu afeto a mais de um destinatário e, com isso, formar mais de um núcleo familiar ou um único composto por mais de duas pessoas.

No mesmo sentido, Ana Naves assevera que, *in verbis*:

Hoje, ao contrário do que foi no passado, a família expressa, por assim dizer, um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou de outros, e não mais uma estrutura em que os

indivíduos estejam submetidos a fins do entorno social que os envolvia, particularmente o Estado e a Igreja. (NAVARES, 2002, p. 298).

Desse modo, o conceito atual de família busca em sua essencialidade a realização dos indivíduos que a ela pertencem, afastando a ideia de família clássica, cuja constituição somente ocorre por meio de modelos, por vezes antiquados e engessados, impostos pelo Estado.

Além disso, a função econômica da família deixa de ter sua relevância, bem como a função procracional, posto que o Direito passa a contemplar as uniões nas quais a procriação não é mais essencial, tendo em vista a existência de famílias formadas por meio da adoção, por exemplo. Desse modo, fortalece-se a função social da família, bem como sua natureza socioafetiva (LOBO, 2011, p. 19).

De acordo com Camila Salgueiro da Purificação Marques e Renata Ovenhausen Albernaz:

A relação familiar, como a relação humana mais íntima, não pode desconhecer ou atentar contra essa essencialidade da relação humana. Não se pode prescrever um tipo enrustido com valores que a tornem, em vez de uma matriz fundamental de encontro e autenticidade, uma das principais prisões do “eu” e do “outro”. (MARQUES, ALBERNAZ, 2009, p. 10393, 10394).

Assim, pode-se observar que não se deve entender como família apenas os modelos que estão explicitamente regulados pela Constituição Federal ou por qualquer outra codificação.

A família é o lugar em que cada indivíduo busca a sua realização pessoal por meio dos outros e de si mesmo e, por isso, é considerada como essencial ao ser humano. Ela deve ser um lugar de encontro e autenticidade, e não objeto de limitações, de prisão ou de infelicidade de seus integrantes (MARQUES, ALBERNAZ, 2009, p. 10393, 10394).

Ademais, Maria Celina Bodin de Moraes (2010, 208) entende que a ideia de ambiente familiar experimenta, atualmente, um momento de esplendor, justamente, pelo desejo generalizado das pessoas de fazer parte de relacionamentos baseados no afeto recíproco.

Ainda, de acordo com Paulo Lôbo (2011, p. 20), o afastamento da ideia de família como sendo a base do Estado para se tornar espaço de realizações existenciais, contribui para que os indivíduos busquem mais autonomia e liberdade e menos intervenção estatal na vida privada.

Assim, a partir das diversas mudanças sociais, da maior disponibilidade do acesso à informação e da garantia dos direitos inerentes à essência humana, as pessoas se sentem livres para reivindicar direitos das mais variadas espécies, de se relacionar com quem elas quiserem, bem como de constituir uma família da maneira como acharem mais adequado, sem que o Estado interfira diretamente em uma esfera extremamente particular do indivíduo, a menos que seu intuito seja protegê-la.

6 RECONHECIMENTO DE UNIÕES POLIAFETIVAS

A partir da concepção da pessoa como o núcleo de proteção do ordenamento jurídico, Eduardo Kataoka (2002, p. 324) leciona que “os conceitos jurídicos dos respectivos vínculos familiares [...] ganham uma maior flexibilidade para incluir situações que antes estavam à margem do Direito, no campo do não jurídico”. Assim, o Direito passa a incluir novas configurações familiares na medida em que adaptações jurídicas se revelam necessárias.

As formas de constituição familiar não podem ser reduzidas àquela relacionadas com valores convencionais de autoridades públicas ou religiosas, mas devem ter sua base fundada em valores constitucionais, de maneira objetiva e democrática, a fim de efetivar a realização da pessoa humana, bem como sua dignidade, sem prejuízo do reconhecimento de novas entidades familiares (TEPEDINO, 2009, 262, 263).

Por sua vez, Maria Berenice Dias (2010A, 67) ensina que “o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares”. Isto é, o princípio do pluralismo das visa reconhecer a existência das mais variadas formas de constituí-las.

O texto da Constituição de 1988, por sua vez, procurou abranger o espaço das liberdades e afastar o das imposições. De acordo com os artigos 226 e 227 da Magna Carta, os quais privilegiam a solidariedade e a independência, há o reconhecimento

de novas relações de família, tais como, uniões estáveis, uniões livres, famílias monoparentais (LEITE, 2003, p. 17). Entretanto, ainda não se reconhece expressamente as uniões poliafetivas, em especial, como opção de constituição familiar.

Por outro lado, as uniões poliafetivas se diferenciam da família simultânea ou paralela. Nesse sentido, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2005, p. 6) explica que a “simultaneidade familiar diz respeito à circunstância de alguém, ao mesmo tempo, se colocar como componente de duas ou mais entidades familiares diversas entre si”. Trata-se, portanto, de núcleos familiares diversos que possuem um membro em comum.

Por seu turno, Paulo Iotti (2016, p. 2) afirma que “na união poliafetiva temos apenas um núcleo familiar, no qual três ou mais pessoas mantém uma comunhão plena de vida entre si”. Ou seja, uniões paralelas são aquelas constituídas por dois ou mais núcleos familiares, ao passo que as poliafetivas são formadas apenas por um núcleo.

Esclarecidas as ideias iniciais, constata-se que a discussão sobre o reconhecimento de uniões poliafetivas é relativamente recente e ainda não encontra qualquer previsão no ordenamento jurídico.

Igualmente, apesar de ter ocorrido de maneira lenta, o ordenamento jurídico pós Constituição Federal de 1988 começou a despertar nova consciência jurídica nacional. Novas decisões relacionadas às uniões livres, antes não permitidas, passaram a reconhecê-las como realidade fática, de modo a promover a proteção e regulamentação, como é o caso das uniões homoafetivas, as quais abriram precedentes às novas possibilidades de formação familiar, dentre elas a união poliafetiva.

Por seu turno, o primeiro fato noticiado no Brasil sobre a união poliafetiva ocorreu em 2012 no estado de São Paulo, em que foi lavrada escritura de união estável entre um homem e duas mulheres. Na ocasião, a Tabeliã considerou “a ausência de proibição legal e a influência dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade para justificar a juridicidade de tal escritura” (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2012).

Por óbvio, não há qualquer nulidade no ato de lavratura da escritura, tendo em vista a expressão da vontade das partes

envolvidas, o objeto determinado da relação, bem como a inexistência de vícios, excluindo-se, então, as nulidades previstas no artigo 166, II, do CC/2002 (TARTUCE, 2017). Ademais, a possibilidade de união poliafetiva trata-se de uma lacuna legislativa, considerando que não há norma expressa que proíba a prática.

Além disso, tendo em vista que a lavratura de escritura reconhece a união estável entre mais de duas pessoas, são necessários alguns requisitos para que a escritura tenha, de fato, eficácia. Os requisitos objetivos da união estável são (GONÇALVES, 2011, p. 615-625): a) notoriedade, ou seja, é preciso que a união seja pública; b) estabilidade ou duração prolongada; c) continuidade, sem interrupções; d) inexistência de impedimentos matrimoniais, exceto quando se tratar das causas suspensivas.

Presentes os elementos necessários à união estável, não há qualquer previsão que impeça a união poliafetiva. Por outro lado, a diversidade de sexos já não é mais requisito natural para a união entre pessoas.

Há, ainda, quem afirme ser impossível a união poliafetiva considerando o princípio da monogamia. De fato, o CC/2002 estabelece, em seu artigo 1.521, inciso VI, como um dos impedimentos para o casamento que a pessoa casada não pode constituir novo matrimônio.

Porém, o CC/2002 nada prevê sobre a impossibilidade de união entre mais de duas pessoas, desde que obedecidos os deveres de lealdade e respeito, entre outras obrigações, conforme prevê o artigo 1.724 do referido diploma legal. Ora, não há desrespeito algum, nem mesmo violação da lealdade diante da manifestação expressa da vontade de três pessoas capazes em oficializarem sua união.

Igualmente, acerca do princípio da liberdade ou da não intervenção da família, Daniel Sarmiento explica que, *in verbis*:

[...] esse princípio tem como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter a liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes para a comunidade. (SARMENTO, 2005, p. 188).

Ou seja, cada indivíduo deve ter liberdade para decidir sua própria vida, sem que o Estado interfira diretamente, em especial, em sua forma de constituir família, desde que sua liberdade não viole direito de terceiros ou valores relevantes.

Nesse sentido, o maior valor para uma comunidade é o respeito e a dignidade, sem as quais não existe convivência pacífica. Entretanto, diante de eventuais conflitos valorativos, há que se ponderar a dignidade da pessoa humana e a violação do que a comunidade considera como ético. Por óbvio, o fundamento da República Federativa do Brasil tende a vencer.

Reconhecer a possibilidade de união poliafetiva significa garantir e concretizar a proteção da família, bem como a dignidade e liberdade daqueles que escolheram viver de forma diversa daquela considerada como “ideal” ou “normal”, conforme os padrões ditados por uma sociedade que se afirma democrática.

Igualmente, é inaceitável que um ser humano seja privado de buscar sua felicidade, bem como suas realizações pessoais a partir de um núcleo familiar, tendo em vista que é direito de qualquer pessoa constituir uma família (FARIAS, 2004, p. 115). Sua principal função é proporcionar os meios capazes de realizar os anseios e pretensões de seus integrantes, sem distinção (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 98).

Ainda, o argumento de que permitir a união poliafetiva, ou mesmo a homoafetiva, desvirtue a família tradicional brasileira não encontra qualquer fundamento legal, social, ético ou moral. Família é a entidade em que cada indivíduo encontra o respeito por sua dignidade, liberdade e por suas escolhas individuais, sem, necessariamente, possuir um vínculo sanguíneo ou de parentesco.

Eventual norma de caráter privado terá seus efeitos verificados apenas na relação jurídica em que ela se aplicar. Faz-se analogia, então, ao próprio impedimento matrimonial, ou seja, não pode se casar a pessoa já casada. Outro exemplo ocorre em relações contratuais, isto é, de acordo com o princípio da relatividade, o contrato produz efeitos apenas entre as partes envolvidas. Do mesmo modo, as consequências da união poliafetiva se aplicarão somente àqueles que manifestem vontade de celebrá-la.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça começou a discutir a possibilidade de lavrar escritura de união poliafetiva com o fim de orientar os tabelionatos brasileiros (INSTITUTO BRASILEIRO

DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2018), tendo em vista a requisição da “proibição das lavraturas de escrituras públicas de “uniões poliafetivas” pelas serventias extrajudiciais do Brasil”.

De acordo com o Ministro João Otávio de Noronha, o qual é relator da matéria, “ninguém é obrigado a conviver com tolerância de atos cuja reprovação social é intensa. [...] E aqui ainda há intenso juízo de reprovação social. [...]” (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2018). De fato, em uma sociedade intolerante, a união poliafetiva deve ser uma proibição perpétua. Assim o era também em relação às uniões homoafetivas.

Embora hoje seja uma união permitida, há pessoas que ainda resistem em aceitar e discriminam a realidade fática por considerarem uma prática reprovável. Nem por isso, casais homoafetivos deixam de ser felizes juntos, enquanto determinada parcela da população se ocupa em dizer o que o outro deve ou não fazer.

Reconhecer a união poliafetiva é, portanto, o mesmo que reconhecer as faces da dignidade da pessoa humana, as liberdades individuais e outros direitos fundamentais inerentes à condição humana. É permitir que cada indivíduo esteja certo de que, em um Estado Democrático de Direito, sua decisão íntima e extremamente pessoal seja reconhecida e protegida diante do preconceito e discriminação, os quais são encobertos por um discurso demagogo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise histórica do direito de família e da repersonalização do Direito, constata-se que todo o ordenamento voltou-se à proteção do indivíduo tal como está inserido na sociedade. Abandonou-se o caráter patrimonialista das relações jurídicas e a dignidade da pessoa humana encontrou sua máxima ao ser positivada como fundamento da República Federativa do Brasil.

Ainda, a partir do reconhecimento da família como primeiro e principal lócus social em que o indivíduo sem encontra, bem como diante da atribuição de especial proteção pelo Estado, as novas configurações familiares devem ser respeitadas e reconhecidas como expressão da dignidade de cada um de seus integrante e como manifestação da autonomia privada das relações familiares, tendo em vista o artigo 1.513 do CC/2022.

Do mesmo modo, quanto mais respeito à liberdade individual alheia, mais democrática se torna a sociedade. É inadmissível que se deixe de reconhecer e conferir proteção às novas configurações familiares, como é o caso das uniões poliafetivas, porque a sociedade não é obrigada a tolerar práticas que não consideram como corretas. Não é certo que famílias fiquem desamparadas porque não são constituídas da forma como Deus e o Estado estabeleceram.

Da mesma forma que se reconhecem uniões homoafetivas, antes consideradas como práticas abomináveis, pode-se também reconhecer uniões entre mais de duas pessoas. A referida escolha, como visto, não encontra qualquer óbice perante o ordenamento. Por seu turno, ao interpretar a CRBF constata-se que, a partir da dignidade da pessoa humana e do princípio da afetividade, o qual norteia a organização familiar, é possível o reconhecimento da união poliafetiva.

Deve-se deixar de lado o preconceito, a discriminação e a intolerância diante da vida alheia. Ninguém está autorizado a interferir numa esfera tão particular da pessoa, como é o caso da família, exceto quando há violação ao direito de terceiros, o que não se verifica frente à união poliafetiva.

O respeito pelo diferente, de fato, é quase inalcançável em uma sociedade intolerante e discriminatória. Negar reconhecimento e proteção ao novo significa conduzir a sociedade a um poço de intolerância do qual é extremamente difícil sair. Trata-se de um verdadeiro “tiro no pé”.

Entretanto, uma solução possível para controvérsias do gênero é reconhecer devidamente o direito daqueles que escolheram viver de forma diferente e que desejam regularizar uma união de fato sem causar perturbações à vida de terceiros, da mesma forma que uma família monoparental, hetero ou homoafetiva almeja. Ademais, se o amor é o esteio de sustentação da composição legal de família, não se pode a legislação impedir composições familiares diversas daquelas ditas como tradicionais, ademais, a dignidade humana não socorre somente humanos dotados de determinada tradicionalidade. O amor é o elemento central da dignidade e da felicidade humana, logo, um direito a ser exercido por todos, em sua plenitude!

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A Função Social da Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese IBDFAM, v. 8, n. 39, dez./jan. p. 131-153, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil- 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18/05/2018.

BRASIL. **Código Civil. Lei 10.406/2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 18/05/2018.

BRASÍLIA. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1026981/RJ (2008/0025171-7), Terceira Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. em 04/02/2010.

BRASÍLIA. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF; Rel. Ministro Ayres Britto; Tribunal Pleno; j. em 05/05/2011.

BRASÍLIA. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Nº 1217415/RS (2010/0184476-0); Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 19/06/2012.

CAMPOS, Juan de Oliveira Salomão. **A influência da telenovela na moda brasileira**. 2013, 48 f. Monografia (Conclusão de curso de especialização em moda, cultura de moda e arte). Universidade Federal de Juiz de Fora. 2013. Disponível em <http://www.ufjf.br/posmoda/files/2013/05/A-Influencia-da-telenovela-na-moda-brasileira.pdf>. Acesso em 15/01/2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010A.

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. 2010B. Disponível em: <http://mariaberenicedias.com.br/uploads/4_-_adult%E9rio,_bigamia_e_uni%E3o_est%E1vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf> Acesso em 21/05/2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. VI – Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6: direito de família. 8. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Escritura reconhece união afetiva a três**. Publicado em 21/08/2012. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>> Acesso em: 03/05/2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **CNJ começa a debater a possibilidade das escrituras públicas de união estável poliafetiva**. Publicado em 25/04/2018. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6600/CNJ+come%C3%A7a+a+debater+a+poss>>

ibilidade+das+escrituras+p%C3%BAblicas+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+poliafetiva> Acesso em 18/05/2018.

IOTTI, Paulo. União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. **Revista Libertas**. Ouro Preto/MG, n. 2, v. 2, jul./dez., 2016. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/418-693-1-pb.pdf>> Acesso em: 03/05/2018.

KATAOKA, Eduardo Takemi. O tempo da família: notas sobre o tempo como elementos da fatispecie família. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Berenice Dias (Coords.). **Diálogos sobre Direito Civil: Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 317-326, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Recompostas: A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação; ALBERNAZ, Renata Ovenhausen. Relação Humana e Direito de Família: Em busca da expressão de uma relação humana constitutiva da experiência familiar. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo, p. 10392-10414, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/sao_paulo/2271.pdf>. Acesso em: 03/04/2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: Críticas à concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Berenice Dias (Coords.). **Diálogos sobre Direito Civil: Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 291-316, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 58, p. 195-201, maio/ago./2006. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273602760.pdf> Acesso em: 01/05/2016.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHEREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/3219574/direitos-da-personalidade-anderson-schreiber>>. Acesso em: 21/05/2018.

TARTUCE, Flávio. **Da escritura pública de união poliafetiva - Breves considerações**. 2017. Disponível em <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos>> Acesso em: 18/05/2018.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. **Temas de Direito Civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**, v. 6. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 12. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

A (IN) EFETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESARIAL POR DANOS AMBIENTAIS NO BRASIL

Júlia Michels¹

Patrícia S. Rodrigues²

1 INTRODUÇÃO

Diante da crescente preocupação com o Meio Ambiente, muitas empresas têm se focado em criar produtos ecologicamente corretos ou de qualquer forma colaborar com o tema.

A título de ilustração, cita-se o caso da empresa Bombril que recentemente criou uma linha de produtos de limpeza, natural, biodegradável, menos agressiva ao Meio Ambiente, bem como, o caso da empresa Faber Castell, com a linha “Eco”, que utiliza madeira plantada, possuindo cerca de 11 parques florestais só no

¹ Acadêmica do Curso de Direito da UniSociesc, em Joinville-SC. Estagiária do Ministério Público de Santa Catarina.

² Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, na linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade (2015-2). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, na linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade (2014). Mestre do Máster en Derecho Ambiental y de La Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha (2014). Pós-graduada em Meio Ambiente pela Faculdade de Jandaia do Sul - FAFIJAN (2008). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1999). Atualmente é professora do curso de Direito do Centro Universitário da Sociedade Educacional de Santa Catarina (UNISOCIESC), bem como ocupa o cargo de Técnico Judiciário Auxiliar no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), com lotação em gabinete e, ainda, exerce a função de Juíza Leiga. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

Brasil, contando com mais de 9 mil hectares onde é produzida a madeira, matéria prima para produção dos lápis da marca.

No entanto, essa nem sempre foi uma prática em nível nacional, tal matéria começou a ganhar espaço principalmente na década de 80, quando promulgadas as primeiras leis com a temática. Após, em 1988 a Carta Magna dedicou um capítulo ao Meio Ambiente, o qual Czapski (1998) aponta que, entre outros avanços na área ambiental, tornou a educação ambiental obrigatória em todos níveis de ensino, sem, no entanto, tratá-la como uma disciplina em si.

O referido capítulo é composto de apenas um artigo, o qual aduz em síntese que todos têm direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, sendo dever do Poder Público e também da coletividade de modo geral, defendê-lo e preservá-lo.

Em uma rápida leitura do artigo 225 da Constituição Federal, mais precisamente de seu § 3º, extrai-se que “as pessoas físicas e jurídicas ficam sujeitas a sanções penais e administrativas quando praticadas condutas lesivas ao Meio Ambiente, independente da obrigação de reparar os danos causados”.

Para Figueiredo (2011), trata-se de um regime de tríplice responsabilidade por condutas lesivas ao Meio Ambiente, onde uma lesão na esfera ambiental pode ser considerada um crime, uma infração administrativa ou um dano. Embora a Constituição preveja três possibilidades de punir aquele que de alguma forma cause prejuízos ao Meio Ambiente, o que se pretende discutir é o dano e a efetividade em responsabilizar o agente degradante.

Contudo, ainda existem diversas empresas que buscam o lucro a todo custo, sem se preocupar com qualquer impacto que possa vir a causar no Meio Ambiente.

Diante desse panorama, emerge o objeto desta pesquisa, notadamente a busca pela efetividade ou não da responsabilização civil das empresas poluidoras do Meio Ambiente em nível nacional, principalmente quando se trata de danos irreversíveis.

2 EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Antes de mais nada, faz-se necessário verificar ou compreender de que maneira foi e é tratado o meio ambiente no meio em que se vive. É primordial para o resultado que se busca na

presente pesquisa, principalmente, conceber de que forma a Educação Ambiental evoluiu no Brasil.

Para fins de conceituação, é possível extrair do artigo 1º da Lei n. 9.795/99 que a Educação Ambiental é o processo pelo qual o indivíduo constrói valores sociais, voltados para a conservação do Meio Ambiente. E embora já se discutisse o tema em diversos países, foi nas décadas de 80 e 90 que o movimento se intensificou no Brasil, tendo em vista que nesse período surgiram leis e programas de grande impacto para a caminhada ambiental do país.

Ressalta Pedrini (1997) que assuntos que envolvem Meio Ambiente não devem ser abordados apenas em sua dimensão local, por isso se realizará uma breve linha do tempo, iniciando nos anos 70 onde o mundo ficou marcado por conferências que foram primordiais para se chegar ao conceito de proteção ao Meio Ambiente que se tem atualmente.

Em 1972 a Organização das Nações Unidas (ONU) convocou a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, mais conhecida popularmente por Conferência de Estocolmo. A Declaração resultante da Conferência de Estocolmo, assinada pelo Brasil contém 19 princípios, de onde se extrai a importância em realizar um trabalho voltado para a Educação Ambiental entre jovens e adultos, a fim de lhes introduzir um senso de responsabilidade sobre a proteção e melhoramento do Meio Ambiente.

Posteriormente a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) promoveu três conferências, sendo que a primeira, como reporta Pedrini (1997), foi a Conferência de Belgrado, que ocorreu em 1975, e gerou uma carta, a qual aconselhava uma nova ética planetária para erradicação da pobreza, analfabetismo, fome, poluição, exploração e dominação humana, além disso Pedrini destaca que a presente carta repreendia o desenvolvimento de uma nação às custas de outra.

Cinco anos após Estocolmo, em 1977 aconteceu a segunda conferência promovida pela UNESCO, sendo Tbilisi o palco daquilo que se tornaria referência para a Educação Ambiental. Sobrevêm da Declaração resultado da conferência (TBILISI, 1977) a ideia de levar a Educação Ambiental às comunidades, de uma maneira que pudesse despertar o interesse daqueles indivíduos em participar ativamente dos processos resolvendo problemas reais da própria localidade. Método este que ratifica a proposta da Conferência de

Estocolmo, ao ponto que estimula um senso de responsabilidade para construir um futuro melhor.

Por fim, a terceira conferência foi realizada em Moscou no mês de agosto de 1987. Díaz (2002) realça que os trabalhos realizados, naquilo que ele chama de congresso, foram organizados em torno de elementos que haviam sido definidos em Tbilisi, formulando estratégias para introduzir a Educação Ambiental nos países, na década de 90.

Entretanto, voltando ao plano nacional, é importante destacar que muito antes de se tornar um assunto popular no Brasil, a Educação Ambiental já dava seus primeiros passos. De fato, os casos apontados pelo Ministério da Educação na obra *A Implantação da Educação Ambiental* (CZAPSKI, 1998), onde o Professor Carlos Nobre da Rosa na década de 50 tirou os alunos do conforto da sala de aula, levando-os a observar o ambiente à volta e realizar coleta de materiais. Outro exemplo citado faz referência ao Professor Vasconcellos Sobrinho, que em 1972 iniciou uma campanha para trazer de volta o pau-brasil, possibilitando uma expressiva produção e distribuição da planta, que já era considerada extinta em 1920.

Retomando a linha do tempo, na década de 80 crescia no Brasil a busca por integrar desenvolvimento e Meio Ambiente, tanto é que em 1981 duas importantes leis foram promulgadas, uma estabelecendo novos tipos de áreas de preservação, sendo a Lei nº 6.902/81 e a outra instituindo a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, esta última destacada por Figueiredo (2011), como sendo a mais importante lei ambiental do Brasil.

Alguns anos mais tarde, mais em outubro de 1988, era promulgada a Constituição Federal, que dedicou um breve espaço ao Meio Ambiente num capítulo composto por um único artigo e 6 parágrafos. Após, em 1992 ocorreu a Rio-92, no Rio de Janeiro, Brasil, um dos mais importantes eventos sobre o desenvolvimento sustentável, realizado no país, do qual resultou a Agenda 21, que resgatou pontos importantes de conferências anteriores, promovendo um programa recomendado aos governos para ser colocado em prática ao longo do século 21.

Um dos principais documentos resultantes do evento foi a Agenda 21, que se constitui em um programa recomendado aos governos, agências de desenvolvimento, órgãos das Nações Unidas, organizações não governamentais e sociedade civil de um modo geral,

para ser colocado em prática a partir de sua aprovação, em 14 de junho de 1992, e implementado ao longo do século 21 (VIANA, MEC, p. 07).

É possível perceber com a trajetória exposta, que o Meio Ambiente começa se tornar uma preocupação real, estando cada vez mais em evidência.

Em 1999, colocando em prática aquilo que a Constituição de 88 previa em relação ao Meio Ambiente, e levando em consideração as propostas principalmente da Conferência de Tbilisi, a Lei nº 9.795/99 foi promulgada, dispondo sobre a política nacional de educação ambiental, da qual.

A pretensão, como bem já expunha a Conferência de Tbilisi, não era de que fosse criada uma disciplina de educação ambiental, tal como português e matemática, mas sim trabalhar a educação ambiental de forma extracurricular, como projetos de extensão, por exemplo, visto que o objetivo era o aluno vivenciar na prática a Educação Ambiental, desenvolvendo uma conduta ética em relação ao assunto. Quase vinte anos após Estocolmo, o Brasil integrava ao ensino regular a prática Ambiental, assim buscando conscientizar um maior número de pessoas a esse respeito.

Calcula-se, portanto, que os primeiros jovens a receberem de fato esse tipo de educação no âmbito escolar, possuem hoje não mais do que 30 anos de idade.

O mundo estava despertando para um problema que começava a afetar a saúde das pessoas e do próprio planeta, o qual precisava de remédios urgentes para garantir a existência das futuras gerações. Nesse sentido, além de educar para prevenir, seria preciso estabelecer normas para coibir o uso irresponsável de recursos naturais, por exemplo. À luz do exposto, amplia-se o estudo com intuito de se aprofundar na área do Direito Ambiental.

2.1 DIREITO AMBIENTAL

Para Rech (2015, p. 78) instalada a percepção de crise ecológica, surgem questionamentos, como por exemplo: de que maneira seria possível conciliar o desenvolvimento com a proteção ambiental? O mundo está em constante evolução, contudo não se

pode permitir que isso se torne justificativa para degradação ambiental a ponto de se tornar insustentável a vida na Terra.

Ante as questões levantadas no decorrer dos anos em busca da proteção ao meio ambiente, o referido autor nota que a partir da década de 80 houve uma evolução na busca por respostas, visto que começam a surgir um maior número de legislações preocupadas em impor limites ao homem naquilo que toca o meio ambiente.

Entre as quais, como já mencionado anteriormente, a Lei n. 6.938/81 que dispõem sobre a política nacional de Meio Ambiente, sendo a mais importante lei ambiental do Brasil, sendo também considerada um marco histórico para o Direito Ambiental Brasileiro. Nessa perspectiva Figueiredo (2011, p. 53) explica que “Ela introduziu em nosso ordenamento os conceitos basilares de nossa disciplina: meio ambiente, degradação da qualidade ambiental, poluição, poluidores e recursos ambientais.”

O Direito Ambiental é o ramo do Direito que busca proteger o Meio Ambiente, no entanto, engana-se quem supõe que o bem jurídico tutelado seja apenas o Meio Natural. Muito além disso, esse segmento do Direito engloba o Meio Ambiente como um todo, seja ele natural ou artificial.

Para Fiorillo (2012), Meio Ambiente Natural é aquele constituído pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas, pelo solo e subsolo, pela fauna e flora. Ao Meio Ambiente Artificial compreende o espaço urbano construído, que consiste no conjunto de edificações, de um modo geral é aquilo que se chama de cidade. Nesse ponto o autor faz referência à Constituição Federal, lembrando que o meio ambiente urbano está elencado também no artigo 182 o qual trata da instituição de desenvolvimento urbano, saneamento básico e transporte urbano.

Contudo, as bases do Direito Ambiental vêm de uma ideia de ecologia e sustentabilidade do Meio Ambiente Natural, como bem se viu no tópico anterior. Compreensível, portanto, que ao abordar a presente temática vincule-se a ideia de proteção à fauna e flora.

Figueiredo (2011) explana que ao contrário do que se pensa o Direito Ambiental pode ser muito abrangente, competindo em sua esfera legislações diversas, tais quais o Código Florestal, o Código das Águas e o Estatuto de Proteção ao Patrimônio Cultural, por exemplo. Ainda de acordo com o autor, ao adentrar no campo legal dessa espécie do Direito, é relevante destacar que antes mesmo de

existir uma significativa preocupação com o Meio Ambiente em si, no sentido de sustentabilidade e ecologia, as citadas normas já existiam, visto que o primeiro Código Florestal, e também o Código das Águas, foram promulgados no ano de 1934.

Todavia, naquele momento ainda não se imaginava um ramo do Direito que pudesse abarcar temas aparentemente, distintos. Somente anos mais tarde, com a chegada da mencionada Lei nº 6.938/81 que se passa a ver o bem jurídico tutelado de maneira mais ampla.

Com o advento da Lei 6.938/81, ocorre uma radical reorientação de rumo na proteção do meio ambiente, passando a ser adotado em nosso país um enfoque holístico, de superação do modelo fragmentário até então vigente. É neste momento que “o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, vale dizer, como um sistema ecológico integrado (resguardam-se as partes a partir do todo), com autonomia valorativa (é, em si mesmo, bem jurídico) e com garantias de implementação (facilitação do acesso à justiça) (FIGUEIREDO, 2011, p. 62).

Nesse mesmo sentido, Amado (2016) compreende que “a “certidão de nascimento” do Direito Ambiental no Brasil foi a edição da Lei nº 6.938/1981, pois se trata do primeiro diploma normativo nacional que regula o meio ambiente como um todo, e não em partes”.

O estudioso Frederico Amado (2016) afirma que se trata de Direito Ambiental de “disciplina transversal”, uma vez que toca diversos ramos do direito, dos quais destaca o Direito Civil, o Direito Administrativo, o Direito Constitucional e o Direito Penal. Tomando como válida essa afirmação, Amado (2016) assevera que no Brasil toda a base do Direito Ambiental se encontra “cristalizada” na Lei Maior:

Competências legislativas (artigos 22, IV, XII e XXVI, 24, VI, VII e VIII, e 30, I e II); competências administrativas (artigo 23, III, IV, VI, VII e XI); ordem econômica ambiental (artigo 170, VI); meio ambiente artificial (artigo 182); meio ambiente cultural (artigos 215 e 216); meio ambiente natural (artigo 225), entre outras disposições esparsas não menos importantes, formando o denominado Direito Constitucional Ambiental (AMADO, 2016, p. 23).

O referido autor considera o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado formal e materialmente fundamental, não só por estar previsto na Lei Maior, que seria o aspecto formal, mas também por ser condição indispensável na realização da dignidade da pessoa humana, que é o aspecto material.

De modo geral, a presente pesquisa permite afirmar que o Direito Ambiental é um ramo do Direito de extrema relevância, e que tem percorrido um longo e árduo caminho para se chegar numa posição de destaque, a fim de ser lhe dado o valor que de fato merece, afinal, não existirá Direito algum se não houver um planeta.

Sobre normas jurídicas, Leite (2011, p. 18) afirma que são divididas em regras e princípios, onde “as regras são normas jurídicas que preveem uma hipótese fática (conduta ou fato abstrato), impondo-lhe uma determinada consequência jurídica”, e os princípios “são normas jurídicas que contemplam os principais valores da sociedade, e nessa medida, exigem seu mais alto grau de realização, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas”. Leite (2011) salienta que os princípios atestam ao ordenamento jurídico e as decisões jurídicas, harmonia e unidade.

2.2 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO AMBIENTAL

Quando nasce uma norma, nascem também princípios orientadores, e não seria diferente no Direito Ambiental. De acordo com Leite (2011), os princípios de Direito Ambiental no Brasil, são encontrados essencialmente na Constituição Federal, nos tratados e documentos internacionais assinados pelo Brasil, e também na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente.

A seguir se fará um estudo individual dos princípios de Direito Ambiental relevantes e alinhados com esta pesquisa, de forma meramente teórica.

2.2.1 Princípio do Desenvolvimento Sustentável

A ideia de desenvolvimento sustentável surge na Conferência de Estocolmo e aparece na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225, *caput*, de forma implícita, em conformidade com o que leciona Fiorillo (2012).

Considerando que os recursos ambientais são finitos, Fiorillo (2012) julga inconcebível que as atividades econômicas se desenvolvam sem qualquer preocupação com esse fato, de maneira que se deve buscar harmonia entre economia e Meio Ambiente, assim permitindo o desenvolvimento de forma sustentável e planejada para que os recursos existentes não sejam integralmente consumidos.

Frente a isso, Fiorillo (2012) afirma que o princípio do desenvolvimento sustentável conserva as “bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente” desse modo conseguindo que as gerações futuras possam usufruir dos recursos naturais que hoje se dispõe.

Como se vê, trata-se de um princípio de suma importância para o Direito Ambiental, e levando em consideração todo o conteúdo até já narrado, pode-se afirmar que desde o início a preocupação estava em integrar desenvolvimento e sustentabilidade.

Nesse prisma, para ampliar a discussão, Fiorillo (2012) aponta que o legislador constituinte elevou a preservação do Meio Ambiente a outro patamar, uma vez que sua ininterrupta degradação provocaria diminuição da capacidade econômica do país, além de impedir que se pudesse desfrutar de uma vida com qualidade, assim, para este especialista “a livre iniciativa, que regre as atividades econômicas, começou a ter outro significado”.

Portanto, Fiorillo (2012) defende que “a liberdade de agir e dispor tratada pelo Texto Constitucional (a livre iniciativa) passou a ser compreendida de forma mais restrita” isso porque não há que se falar em “liberdade a livre iniciativa” no tocante ao meio ambiente equilibrado, o autor fundamenta essa teoria utilizando-se do artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal.

Possível assim absorver a ideia de que o presente princípio procura balancear crescimento econômico e desenvolvimento com preservação ambiental, de forma que possam andar juntos, sem que um prejudique o outro.

2.2.2 Princípios da Precaução e da Prevenção

Embora possa existir confusão ao utilizar os termos “precaução” e “prevenção”, onde muitas vezes são vistos como sinônimos, a Doutrina os trata como princípios distintos.

Sob a ótica de Milaré (2015), recorre-se ao Princípio da Precaução, quando da incerteza científica sobre determinado tema, do qual possa resultar perigo ao nível de proteção escolhido.

Acerca do princípio da Precaução, Leite (2011) ensina que devem ser eliminados previamente quaisquer perigos ao Meio Ambiente, mesmo antes da existência de comprovação quanto ao nexo causal entre risco e dano ambiental. O autor nesse ponto faz menção ao artigo 15 da Declaração da Rio-92, o qual em síntese aduz que não se pode utilizar da incerteza científica para justificar inércia quando houver sinais de ameaça de dano irreversível ao Meio Ambiente.

Leite (2015, p. 20) entende que “a fundamentação jurídica desse princípio baseia-se na insuficiência, na imprecisão, e na inconclusão dos dados científicos da cognição do risco, e, ainda, na convicção do acentuado potencial de perigo (risco de risco)”. Assim, sempre que se estiver diante de uma situação de risco provável, e mesmo que haja dúvidas em relação à causa, deve-se agir em proteção do Meio Ambiente.

Ao contrário do que se viu no princípio anterior, no que se refere o Princípio da Prevenção não existe um elemento desconhecido ou duvidoso, é o que doutrina Milaré (2015, p. 263) quanto ao uso do princípio da prevenção, ao afirmar que “aplica-se esse princípio, [...], quando o perigo é certo e quando se tem elementos seguros para afirmar que uma determinada atividade é efetivamente perigosa”.

Outro aspecto destacado por Milaré quanto ao princípio da prevenção diz respeito ao seu objetivo, que visa inibir a ocorrência de danos ambientais, utilizando-se para tanto de medidas protetivas.

Nesse mesmo sentido, Leite (2011, p. 20) afirma que “o princípio da prevenção atua quando existe certeza científica quanto aos perigos e riscos ao meio ambiente, determinando obrigações de fazer ou não fazer”. Pode-se afirmar, então, que frente a situações de risco iminente, cientificamente comprovadas, invocar-se-á o princípio da prevenção para coibir a possível ocorrência de Danos Ambientais.

Antes disso, porém, é necessário a organização das informações, tendo em vista que para Machado (2014) não existe prevenção sem informação organizada e sem pesquisa. De modo que para esse estudioso, o princípio da prevenção abrange doze itens:

- 1) Identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza;
- 2) identificação das fontes contaminadas das águas e do ar, quanto ao controle de poluição;
- 3) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico;
- 4) planejamento ambiental e econômico integrados;
- 5) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão;
- 6) estudo de impacto ambiental;
- 7) prestação de informações contínuas e completas;
- 8) emprego de novas tecnologias;
- 9) autorização ou licenciamento ambiental;
- 10) monitoramento;
- 11) inspeção e auditoria ambientais;
- 12) sanções administrativas ou judiciais (MACHADO, 2014, p. 120).

De fato, os elementos destacados pelo autor são essenciais para que se possa agir antecipadamente. Conhecer por exemplo os animais que vivem em determinada região, permite que se explore apenas atividades que não exponham em risco aquelas espécies. Por fim, o Machado (2014) destaca que a prevenção não pode ser algo fixo, devendo estar sempre atualizada e fazendo reavaliações, para que seja possível formular e influenciar novas políticas ambientais.

2.2.3 Princípios do Poluidor-Pagador

A ideia central do presente princípio, para Leite (2011), é a exigência que o poluidor incorpore em seu processo produtivos, os custos imprescindíveis para diminuir ou eliminar o dano gerado.

Nesse ponto, Milaré (2015, p. 269) assevera que “o princípio não objetiva, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compensar os danos causados, mas sim, precisamente, evitar o dano ao ambiente”. O autor ainda pontua a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (nº 6.938/1981) que destaca a obrigação do poluidor recuperar ou indenizar quando houver causado algum dano, por fim, lembra que a Constituição também reforça esse conceito, prevendo a possibilidade de aplicar sanções às pessoas físicas ou jurídicas quando das condutas lesivas ao meio ambiente.

2.2.4 Princípios do Usuário-Pagador

A orientação feita por este princípio é no sentido de que o simples fato de se utilizar recursos naturais implicaria cobrança, não importando para tanto a ocorrência ou não de dano, conforme se extrai da obra de Amado (2016, p. 72). Reforçando essa ideia, Milaré (2015, p. 269) faz alusão à Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, a qual já demonstrava preocupação não só com o poluidor, mas também com quaisquer usuários de recursos naturais com fito econômico, lhes impondo contribuições.

2.2.5 Princípios do Protetor-Recebedor

Antes de iniciar a discussão em relação ao princípio em si, Milaré (2015, p. 271) faz uma breve crítica ao egocentrismo humano ao apontar que [...] “no apoderamento dos bens da natureza, o homem busca a si próprio, sem preocupar-se com as necessidades dos demais seres, nem com a perpetuação de tais recursos”. Tem-se assim o ponto de partida para a compreensão do princípio do protetor-recebedor, ao passo que mais efetivo que punir as condutas ambientalmente danosas, seria recompensar as virtuosas, conforme orienta Edis Milaré (2015).

Ainda de acordo com o estudioso Milaré (2015, p. 271), o princípio traz a ideia de que ao invés de coibir a formação de “externalidades negativas”, deve-se incentivar as positivas, utilizando-se para tanto, normas promocionais. Nesse sentido, a lógica do mecanismo, como bem aduz Milaré (2015), consiste em incentivos de origem pública ou privada, para aqueles que utilizam em sua produção insumos advindos da natureza.

Amado (2016) explica que os incentivos dispensados às pessoas físicas ou jurídicas por suas condutas colaborativas ao meio ambiente, além de financeiros pagos em espécie, podem consistir em créditos, redução de base de cálculos e alíquotas de tributos, ou isenções instituídas por normas específicas.

Nota-se que ainda são tímidas as medidas nesse sentido, mas o autor lembra que a Lei nº 9.393/96 (dispõe sobre o imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR) excluiu da área tributável alguns espaços ambientais especialmente protegidos. Outros exemplos identificados por Amado (2016), ficam por conta do Decreto nº 45.113/09, e a Lei Estadual nº 3.135/07. No primeiro caso, o

estado de Minas Gerais criou o Programa Bolsa-Verde, que consiste no pagamento de incentivos financeiros aos proprietários que prestam serviços ambientais. As bolsas variam entre R\$110,00 (cento e dez reais) e R\$300,00 (trezentos reais) por hectare preservado de reserva legal ou área de preservação permanente.

O Programa Bolsa Floresta foi instituído pela Lei n. 3.135/07 do Estado do Amazonas. O objetivo do programa é promover uma alternativa econômica ao desmatamento, transferindo recursos diretamente para famílias residentes em algumas Unidades de Conservação no Amazonas. São realizados pagamentos para associações comunitárias presentes nessas unidades, além de promover capacitação para atividades econômicas sustentáveis, como o extrativismo vegetal manejado e o artesanato. Em contrapartida, as famílias devem firmar um compromisso de não desmatar, e o controle é feito via satélite (AMADO, 2016, p. 81).

Frederico Amado (2016) menciona também a Lei n. 12.512 que instituiu o Programa de Apoio à Conservação Ambiental, onde a União foi autorizada a transferir recursos para famílias em situação de extrema pobreza que desenvolvem atividades de conservação aos recursos naturais no meio rural.

Ante ao elucidado, verificou-se uma maior procura por alternativas que se mostrem mais eficazes quanto à preservação ambiental.

3 DANO AMBIENTAL

O doutrinador Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2012, p. 107), em sua obra ensina que “dentro da teoria da responsabilidade civil, não há como falar em dever de indenizar sem a ocorrência do dano”, sendo imprescindível, portanto, que se proceda à definição de dano antes de adentrar na esfera da responsabilidade civil em si.

Ainda de acordo com o estudioso, a responsabilidade civil não está ligada apenas à existência de um ato ilícito, havendo, pois em sua concepção a ocorrência de um dano mesmo que não decorra de um ilícito.

Assim, Fiorillo (2012) conceitua dano como sendo a lesão a um bem jurídico, e acrescenta que “ocorrendo lesão a um bem ambiental, resultante de atividade praticada [...] que direta ou indiretamente seja responsável pelo dano, não só há a caracterização

deste como a identificação do poluidor, aquele que terá o dever de indenizá-lo” (FIORILLO, 2012, p. 108).

Seguindo a ideia de Fiorillo, o autor Morato Leite (2011) aponta a necessidade de se fazer distinção entre ilícito e dano. Leite aduz que o ilícito seria a violação de uma norma, o que não implica obrigatoriamente em dano, que é um potencial efeito do ilícito. Já o dano, Leite (2011, p. 64) conceitua como “[...] prejuízo causado a um bem juridicamente tutelado” podendo decorrer ato ou fato contrário ou não, ao ordenamento jurídico.

Ao conceituar Dano Ambiental, Leite o considera um dano complexo, primeiro por não existir um conceito legal que o defina, depois, tem-se a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de retornar ao estado anterior, mas além disso, o Dano Ambiental apresenta particularidades temporais (tendo em vista o intervalo entre a causa e a manifestação do dano), espaciais (efeitos que ultrapassam fronteiras) e causais (diversidade de causadores e cumulatividade de efeitos).

Apesar de inexistir conceito legal, destaca-se que a doutrina define Dano Ambiental como “a alteração indesejável de quaisquer dos recursos naturais, afetando a natureza e o próprio homem, à medida que viola o direito fundamental de todos ao ambiente equilibrado” (Leite, 2011, p. 65).

Por outro ângulo, Édis Milaré (2015), acredita que não se tem um conceito fechado para “Dano Ambiental”, e isso porque a própria Constituição Federal não fornece uma noção técnico-jurídica de Meio Ambiente. Milaré (2012) entende que o fato de Meio Ambiente ter conceito aberto, permitindo que seu preenchimento seja efetuado caso a caso, o mesmo se deve fazer quando se tratar de Dano Ambiental.

Contudo, Milaré (2015, p. 318) destaca que a Lei nº 6.938/81, embora também tenha deixado de conceituar “Dano Ambiental”, define degradação do Meio Ambiente e poluição:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou

sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (BRASIL, 1981).

Verifica-se, portanto, que o legislador deixou uma sutil diferença entre degradação do Meio Ambiente e poluição, tendo em vista que para o primeiro limitou-se a dizer que se trata de “alteração diversa das características do Meio Ambiente”, enquanto no segundo incluiu requisitos a serem atingidos.

Buscando orientação em normas de outros Estados, Milaré (2015, p. 319) encontra nas legislações da Argentina, Chile e Itália amparo para realizar sua própria noção de Dano Ambiental, assim entendendo que é dano ambiental toda interferência humana aplicada ao patrimônio ambiental (natural, cultural, artificial), capaz de desencadear, imediata ou potencialmente, perturbações desfavoráveis ao equilíbrio ecológico, à sadia qualidade de vida.

No entanto, Milaré considera importante esclarecer alguns elementos que integram o conceito por ele apresentado para que se faça uma correta compreensão, e o primeiro ponto destacado por ele, é em relação à interferência infligida aos bens ambientais, que deve estar relacionada com a ação do homem, e não com eventos naturais.

Patrimônio Ambiental é o segundo item destacado, o qual explicita a abrangência e a complexidade do Meio Ambiente, lembrando que não são apenas os elementos naturais que devem ser considerados, tendo em vista que todo recurso natural é ambiental, mas nem todo recurso ambiental é natural. Por consequência, Milaré (2015) alude que a noção de Dano Ambiental não pode estar alheia à essa visão ampla de Meio Ambiente, de maneira que também abarcará elementos naturais, artificiais e culturais.

O terceiro ponto de destaque fica por conta da relação causal, a qual Milaré (2015) ensina que não resulta apenas do nexo causa-efeito, que se pode constatar imediatamente, mas engloba também causas com antecedentes remotos.

Por último, o estudioso enfatiza que qualquer interferência ou perturbação prejudicial ao Meio Ambiente deve ser considerada, tendo em vista que aquilo que parecia inofensivo no início, pode se apresentar no futuro como extraordinário potencial poluidor.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

Na concepção de Rui Stoco (2013) a expressão responsabilidade possui sentido amplo, levando a mais de um significado, pode ser sinônima de diligência e cuidado, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam no plano jurídico. De acordo com Stoco (2013), a responsabilidade no direito, significa o dever jurídico de um sujeito obrigar-se a responder por algo que fez ou deixou de fazer quando devia agir. Em casos de ação ou omissão o agente será responsabilizado, seja perante padrões de condutas estabelecidas como crime, ou por ofender à legislação não penal, tendo como finalidade a obrigação de reparação do dano material ou moral causado à terceiro.

Para Stoco (2013) a responsabilidade civil é uma instituição que garante direitos, para aonde correm os insatisfeitos, os injustiçados, aqueles que sofrem dano por comportamento de terceiros. Em vista disso, é considerada por Stoco (2013) uma consequência e não uma obrigação original, considerando que esta última é constituída por um dever jurídico originário, ao passo que a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou consequente.

Por outra ótica, Fábio Ulhoa Coelho (2012) leciona que a responsabilidade civil é a obrigação onde o sujeito ativo pode exigir de um sujeito passivo o pagamento de indenização por ter sofrido prejuízo causado por este. No entanto, esclarece que se trata de uma obrigação não negocial, isso porque sua constituição não deriva de negócio jurídico, de um contrato, pelo contrário, advém de um ato ilícito ou um fato jurídico.

Fernandes (2013), por sua vez, alude que o homem ao conviver em sociedade assume as responsabilidades correspondentes às suas ações, colhendo os bônus e arcando com os ônus. O autor concebe a ideia de que, para se chegar a uma ordem social justa é preciso construir uma estrutura formada por bases constitucionais ou infraconstitucionais, mas sempre partindo da premissa de não lesar ninguém.

Gonçalves (2014) remete seu conceito de responsabilidade civil ao artigo 186 Código Civil, de onde se extrai “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). Nesse sentido, Gonçalves (2014) compreende

que aquele que de alguma forma causar dano à terceiro fica obrigado a repará-lo.

Stoco (2013) afirma que para existir obrigação de indenizar, é preciso a ocorrência do dano, o estudioso esclarece que na esfera da responsabilidade civil, é essencial a presença dos elementos formadores da obrigação: um comportamento do agente (ação ou omissão), o elemento subjetivo (dolo ou culpa), o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e a ocorrência de um dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, ratificando a noção anteriormente apresentada por Gonçalves.

O Código Civil em seu artigo 927 expõe que “Aquele que, por ato ilícito [...], causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002), se relacionado intimamente com o artigo 186, visto que esse último estabelece o sentido de ato ilícito. No entanto, o parágrafo único do mencionado artigo 926 exclui o elemento culpa de determinadas situações “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002), é o que a Doutrina reconhece como teoria do risco.

4.1 TEORIA DO RISCO

Considerando o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil verifica-se que a lei estabelece em algumas ocasiões a obrigação de reparar mesmo estando ausente o elemento culpa. Gonçalves (2014) ensina que quando ocorre tal situação diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, isso porque se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. De acordo com Gonçalves (2014), para a teoria objetiva, ou também chamada teoria do risco, todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por nexo de causalidade.

Apropriando-se do conceito estabelecido por Cavalieri Filho (2012, p. 152), “risco é perigo, é probabilidade de dano, importando isso dizer que, aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente”. Tal autor (2012) especifica que enquanto a culpa é subjetiva e vinculada ao homem, o risco é pessoal e objetivo, ligado ao serviço, à empresa, à coisa.

Dentro da teoria do risco, encontram-se subespécies, das quais Cavalieri Filho (2012) destaca:

- a) Risco proveito: nessa subespécie é considerado responsável aquele que tira proveito da atividade danosa, ou seja, deve reparar o dano quem colhe os frutos da atividade perigosa.
- b) Risco profissional: essa teoria sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial for em decorrência da atividade ou profissão do lesado. É aplicada em casos de acidente de trabalho, independente de culpa do empregador.
- c) Risco criado: se diz daquele que em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, estará sujeito à reparação; assim sendo, se alguém põe em funcionamento uma atividade responderá pelos eventos danosos gerados por tal. Se distingue da teoria do risco proveito, pois na teoria do risco criado não se cogita o fato do dano ser relacionado com um proveito ou vantagem.
- d) Risco integral: considerada uma modalidade extremada, pois objetiva indenizar até em casos que não há nexo causal. É utilizada em casos excepcionais.

Feito um breve estudo das subespécies existentes na teoria do risco, Cavalieri Filho (2012), aponta, no entanto, que existe grande crítica a esta teoria, pois aqueles que defendem a teoria subjetiva acreditam que se está negando o princípio da justiça social, impondo o dever de reparar.

Contudo, o mencionado autor afirma que as críticas não procedem. Cavalieri Filho (2012) explica que se risco é perigo existe apenas uma probabilidade de dano, e não basta o risco para gerar o dever de indenizar. Enfatiza que ninguém responde por exercer atividade de risco pura e simplesmente, precisa haver um dano. Conforme os ensinamentos do referido autor, risco e segurança andam juntos, pois onde há risco deve haver segurança e quanto maior for o risco, maior deverá ser a segurança.

Em resumo, Cavalieri Filho (2012) conclui que quem se dispuser a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que responder por ele, independentemente de culpa.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

No capítulo anterior, discutiu-se a responsabilidade civil e dentro desta a teoria do risco, o que torna mais acessível a compreensão de responsabilidade civil ambiental, conforme se observará na sequência.

De acordo com Figueiredo (2011), no Brasil, desde 1981 quando ocorre um dano ambiental aplica-se a regra da responsabilidade civil objetiva, de modo que não é necessário apurar se o ato lesivo foi praticado com dolo ou culpa, bastando que se comprove o nexo de causalidade entre o fato e o dano. Para o Autor, o tema está intimamente ligado ao princípio do poluidor-pagador.

Fundamentando o exposto, extrai-se da redação do artigo 14, § 1º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente que o poluidor independente de sua culpa, será obrigado a indenizar ou reparar os Danos Ambientais que sua atividade por ventura causar

Em concordância Machado (2014) ensina que, a responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo, acrescenta ainda que, não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar ou reparar.

No mesmo sentido, Gonçalves (2014) afirma que independe de culpa a responsabilidade civil por danos ambientais, tendo por fundamento a ideia de que aquele que cria o risco deve reparar os danos advindos de seu empreendimento, sendo suficiente para tanto a comprovação de uma ação ou omissão, um dano e um nexo causal. Complementa esse pensamento destacando que numa ação civil pública, não necessariamente se discute a legalidade do ato, mas sim a potencialidade do dano que o ato possa trazer.

Indo além, Figueiredo (2011) aponta que o Brasil adota a teoria do risco integral, tendo em vista que o fato de exercer atividade potencialmente lesiva ao Meio Ambiente, torna o empreendedor responsável civilmente por qualquer prejuízo que tal atividade venha a causar, não se admitindo causas de excludente de responsabilidade, como por exemplo caso fortuito ou força maior.

Sobre a teoria do risco integral, Leite (2011) ensina que tem caráter excepcional, aplicando-se a hipóteses de alta potencialidade de risco, de maneira que, nos casos fortuitos ou de força maior que

puderem ser considerados riscos inerentes da atividade, não terão condão de excluir a responsabilização civil.

E nesse sentido, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que na ocorrência de dano ambiental, aplica-se a teoria do risco integral.

Ampliando ainda mais os estudos para uma melhor compreensão da matéria, é importante destacar as formas de reparação compreendidas na responsabilidade civil por danos causados ao Meio Ambiente, desse modo, Leite aponta como formas de reparação, a recuperação da área degradada e/ou da compensação ecológica, e para tanto apresenta o seguinte quadro hierárquico:

- a) Restauração *in situ* ou restauração natural; b) Compensação ecológica *latu sensu* (dano extrapatrimonial ou imaterial): b.1) substituição por equivalente *in situ*; b.2) substituição por equivalente em outro local; b.3) indenização pecuniária. Ressalta-se que pode haver cumulação da restauração natural com a compensação ecológica (LEITE, 2011, p. 68).

Observa-se, portanto, que dentro da hierarquia apresentada, prevalece a restauração natural. Ademais, Leite destaca que são cumuláveis as formas de reparação pois se busca reparar integralmente o Meio Ambiente. O que se confirma na leitura, é que a responsabilidade civil por danos ambientais busca sobretudo, a reparação ao estado anterior à existência do dano.

Entretanto, levando em consideração o dispositivo constitucional em seu artigo 225 § 3º o qual aduz que “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”. De modo que, para se ter um completo entendimento a respeito desse assunto, será necessário realizar um breve estudo da responsabilidade por danos ambientais, nas esferas administrativa e penal. Antes disso, porém, serão apresentados de forma bastante sucinta, dois institutos inerentes à responsabilidade civil ambiental, relevantes para o resultado que se busca com a presente pesquisa.

4.2.1 Ação Civil Pública

Segundo Figueiredo (2011, p. 42), a Ação Civil Pública tem por objetivo “a responsabilização civil por danos morais e materiais causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, por infração da ordem econômica e da economia popular, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico” bem como a outros interesses difusos e coletivos.

A Ação Civil Pública é aquela, segundo leciona Sirvinskas (2005), que tem por fim a defesa dos interesses transindividuais ou metaindividuais, que o Autor chama de zona nebulosa, pois encontra-se entre o interesse público e o privado.

Ainda considerando a narrativa de Sirvinskas, são considerados interesses difusos os de natureza indivisível, e que tenham como titulares pessoas indeterminadas, ou seja são os interesses que não se pode determinar a quem pertencem. Já os interesses coletivos são aqueles de natureza indivisível que seja titular, um grupo, uma categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, de modo simplificado, são interesses pertencentes às pessoas determinadas ou determináveis. Esclarecidos esses aspectos, retoma-se às noções de Ação Civil Pública.

Ao que tange à expressão “Ação Civil Pública”, Sirvinskas nota a existência de uma impropriedade terminológica, visto que toda ação é pública, no entanto, a expressão pública foi utilizada para indicar que a ação tinha natureza pública, sendo apenas o Ministério Público legítimo para promovê-la.

Nesse sentido, é importante frisar que o Ministério Público não é o único com autenticidade para propor Ação Civil Pública, considerando que o artigo 5º da Lei n. 7.347/85 legitimou para propor esse tipo de Ação: “I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – a associação [...]”

Em relação a competência, Sirvinskas ensina que em regra essas ações poderão ser ajuizadas na Comarca onde o dano ocorreu, facilitando a produção de provas. Esclarece no entanto, que sendo mais de uma Comarca atingida pelo dano, será competente aquela que primeiro tiver conhecimento do fato, mas se forem atingidos dois ou mais estados ou houver interesse nacional, a competência poderá ser do juízo federal ou estadual.

4.2.2 Termo de Ajustamento de Conduta

Termo de Ajustamento de Conduta ou Compromisso de Ajustamento de Conduta, como prefere Édís Milaré, nada mais é do que uma espécie de acordo realizado entre o Órgão fiscalizador, e o responsável pelo ato danoso.

De acordo com Milaré (2015) a indisponibilidade dos interesses e direitos transindividuais impede, em princípio, a realização de transação, contudo, diante de uma situação concreta de dano iminente ou consumado, onde o responsável concorda em adequar-se à lei ou em reparar a lesão, não seria inteligente recusar um acordo apenas para obedecer a conceitos. Para Milaré (2015, p. 1465), nesses casos “[...] mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”.

De forma mais aclarada, Fiorillo (2012) ensina que a transação é figura característica do direito civil, que tem por base um sistema individualista, de modo que seria incompatível com o direito coletivo, o qual se discute. No entanto, a ideia de celebrar um acordo, é de se garantir o mínimo em prol do grupo. Fiorillo destaca que se trata de *Ajustamento de Conduta*, e que condutas são previstas por lei, portanto o objetivo é adequar o infrator às leis.

O Ajustamento de Conduta é uma opção mais célere e mais econômica, isso porque as ações civis públicas geralmente se arrastam por anos nos Tribunais, enquanto esses acordos podem ser realizados entre as partes interessadas de forma extrajudicial.

Nesse ponto, Milaré esclarece que podem ser realizados Ajustamento de Condutas dentro do inquérito civil ou em procedimento avulso, o que não impede de ser levado para homologação judicial. Se o procedimento for realizado dentro do inquérito civil, implicará em seu posterior arquivamento, devendo ser homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público, nos casos em que o Ministério Público dos Estados tiver atribuição, ou pela câmara de Coordenação e Revisão, quando for matéria de competência de um dos ramos do Ministério público da União, restando assim um título executivo extrajudicial. Na hipótese de homologação realizada pelo juiz, obtém-se um título executivo judicial.

Trata-se o Termo de Ajustamento de Conduta de um negócio jurídico bilateral, em que, segundo Milaré, ambas as partes precisam

manifestar sua vontade, devendo ser coincidentes, recíprocas e concordantes.

Por fim, ressalta que para a validade do Ajustamento de Conduta é preciso que os fatos estejam devidamente esclarecidos, e o tomador deve ser um ente público com legitimidade para propor Ação civil pública.

5 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

Diante da previsão constitucional da incidência cumulativa das sanções administrativas e penais para aqueles que cometem danos ao Meio Ambiente, independentemente da reparação civil dos danos, Amado (2016) alude que uma conduta poderá gerar responsabilidade nas três esferas, que em regra são independentes, podendo existir previsão expressa em sentido contrário.

Tendo em vista o caráter impessoal do Meio Ambiente, e por não poder gerir-se por si mesmo, ele carece de proteção, segundo ensinamentos de Édis Milaré (2015). Desse modo, sua defesa vem do Poder Público, reconhecido por Milaré como tutor do Meio Ambiente, visto se tratar de patrimônio público.

Milaré esclarece que como entidade tutelar, pode ele próprio (Poder Público) ser responsabilizado por ações e omissões lesivas ao meio ambiente, além de poder impor medidas preventivas, corretivas, inspectivas e substitutivas ou supletivas.

A fim de melhor elucidar a presente matéria, Figueiredo (2011) anota que a responsabilidade administrativa é resultante de uma infração de norma administrativa, a qual sujeita o infrator a sanções de natureza igualmente administrativa, podendo ser uma advertência ou até mesmo a interdição das atividades de uma empresa.

E para conceituar infração administrativa, utiliza-se a Lei de Crimes Ambientais (n. 9.605/98), artigo 70 “Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente” (BRASIL, 1998).

Relevante ressaltar, como bem aponta Amado (2016), que não depende da ocorrência de um dano para consumir a infração administrativa, haja vista que basta o agente por ação ou omissão

infringir a legislação administrativa ambiental, existindo infração de dano e de perigo.

Com o fito de ilustrar de que maneira ocorre a responsabilidade administrativa, extrai-se do artigo 72 da Lei n. 9.605/98, as sanções cabíveis quando das condutas infracionais contra o Meio Ambiente:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, [...] I - advertência; II - multa simples; III - multa diária; IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; V - destruição ou inutilização do produto; VI - suspensão de venda e fabricação do produto; VII - embargo de obra ou atividade; VIII - demolição de obra; IX - suspensão parcial ou total de atividades; [...] XI - restritiva de direitos (BRASIL, 1998).

Amado, ressalta que para aplicar tais sanções, é preciso observar o artigo 6º da mesma Lei, o qual observará a gravidade do fato, os antecedentes do infrator e a sua situação econômica, e ainda, que o cometimento de mais de uma infração implicará na cumulatividade de sanções.

6 RESPONSABILIDADE CRIMINAL AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA

Ao abordar a responsabilidade penal ambiental, Milaré (2015) escreve que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o que justifica a imposição de sanções penais às agressões contra ele (Meio Ambiente) cometida. No entanto, o Estudioso destaca que a responsabilidade penal deve ser invocada apenas em última instância, em casos que as agressões ao Meio Ambiente alcancem pontos intoleráveis.

Frederico Amado (2016), por sua vez, elucida que a tutela penal do Meio Ambiente tem o núcleo na Lei n. 9.605/98, que revogou quase todos os tipos do Código Penal, e regulamentou o previsto na Constituição Federal, artigo 225 § 3º (já transcrito anteriormente).

A mencionada legislação previu em seu artigo 3º a possibilidade de se ter uma pessoa jurídica no polo ativo da relação processual penal quando dispôs “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas [...] penalmente [...] nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade” (BRASIL, 1998).

Com base no disposto, Amado compreende que para que seja a pessoa jurídica penalmente responsabilizada, deverá comprimir dois requisitos “a infração penal seja cometida por decisão de seu representante ou órgão colegiado; a infração penal seja cometida no interesse ou benefício da sua entidade” (AMADO, 2016, p. 646). Desse modo, complementa que, se um funcionário sem poder de gestão, por si só, comete delito ambiental no exercício do trabalho, não seria possível responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica.

A respeito do artigo 3º da Lei n. 9.605/98, Milaré acredita que o interesse do legislador era punir o criminoso certo, tendo em vista que em regra, o verdadeiro delinquente ecológico é a pessoa jurídica, que quase sempre busca o lucro como finalidade primordial, pouco se importando com os prejuízos causados à coletividade.

Em relação as penas possíveis de aplicação à pessoa jurídica que tenha cometido crime ambiental, têm se que:

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade. Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: I - suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. [...] (BRASIL, 1998).

Nessa perspectiva Fiorillo (2012) ressalta que o Código Penal prevê como espécies de pena as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a pena de multa, sendo que a Constituição Federal estabelece as espécies de penas aplicáveis sem limitar a responsabilidade penal à imposição de pena privativa de liberdade, sendo nesse caso, plenamente cabíveis as penas estabelecidas pela lei de crimes ambientais.

Na visão de Fiorillo as penas previstas na referida legislação são bastante eficazes e aterradoras para as grandes empresas, e embora haja divergências na Doutrina quanto a possibilidade de responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas, o Autor entende correta a posição do legislador ao permitir a punição delas, seja por atender à tendência mundial de responsabilização, seja porque boa parte dos delitos ambientais são praticados por pessoas jurídicas ou em benefícios destas.

Como bem aduz Milaré, fechou-se o cerco contra o poluidor, frente a isso, passar-se-á para análise de um caso concreto, com o intuito de verificar na prática se há efetividade ou não na responsabilização da empresa que comete dano ao Meio Ambiente.

7 CASO CISER E A (IN) EFETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS

A maior cidade do estado de Santa Catarina, Joinville, hoje com cerca de 500 (quinhentos) mil habitantes, foi colonizada por imigrantes alemães no ano de 1851, os quais se instalaram às margens do rio cachoeira. A cidade começou a se desenvolver nos arredores do rio, cresceu e se desenvolveu sem nenhum tipo de planejamento urbano. Construções que na época foram realizadas praticamente dentro do rio cachoeira, hoje são consideradas irregular, à exemplo disso a Companhia H. Carlos Schneider – CISER.

A empresa se instalou na cidade de Joinville em 1881, na ocasião era conhecida por Fundação da Casa do Aço e vendia produtos importados, somente no ano de 1959 teve início a fabricação de parafusos e porcas, passando a se chamar Companhia H. Carlos Schneider – CISER apenas em 1968. Localizada na região central de Joinville, a empresa está instalada parcialmente sobre o rio cachoeira, área de manguezal e por consequência, área de preservação ambiental, em terreno de marinha.

Como se vislumbrou no decorrer desta pesquisa, o campo do Direito Ambiental é bastante “jovem”, sendo as principais legislações que regem esse Direito posteriores ao ano de 1980. Foi então na década de 80 que se iniciou uma batalha para retirar, ou pelo menos reparar, os danos até então causados pela CISER no local onde se encontra até os dias atuais – ao lado do rio.

Consta no inteiro teor do acórdão da apelação cível n. 1998.04.01.051900-5/SC que o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou Ação Civil Pública, buscando a reparação de Dano Ambiental em área de preservação permanente de propriedade da União, visto que se trata de terreno de marinha. O MPF alegou que a empresa estava instalada em área que ocupa parcialmente terreno de marinha e que, já no ano de 1984 quando a empresa solicitou parecer ambiental para uma construção, foi possível constatar que se tratava de área de mangue e que a empresa inclusive já teria aterrado parte do local. A obra foi embargada e a CISER pagou a multa estipulada e posteriormente teve seu novo pedido negado. Pouco tempo depois a empresa voltou a aterrar área proibida, e novamente foi autuada.

Por fim, a sentença julgou procedente o pedido do MPF, condenou a ré a reparar os danos causados, fixou multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) para o caso de haver novo descumprimento. A empresa recorreu da decisão ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), que manteve a sentença de primeiro grau com acórdão assinado em 2002.

Já no ano de 2004 o MPF moveu nova Ação Civil Pública (n. 0004821-87.2004.4.04.7201) contra a CISER, pleiteando a condenação da empresa para regularizar sua atividade e recuperar os danos causados sob pena de não ter suas licenças renovadas. O pleito resultou em Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre as partes no ano de 2005, que devido questões técnicas foi homologado apenas em 2009.

No referido TAC ficou acordado que a CISER tomaria diversas medidas a fim de diminuir os impactos ambientais por ela causados, pagaria a quantia de R\$ 908.519,02 (novecentos e oito mil, quinhentos e dezenove reais e dois centavos) a título de indenização à ser investido no Meio Ambiente da região de Joinville, bem como a empresa mudaria seu parque fabril num prazo de 40 (quarenta) meses para outra localização de modo a cessar os danos na região onde se encontra, tendo em vista tratar-se de área de preservação permanente.

Contudo, em 2013 o Ministério Público Federal (MPF) propôs execução de sentença em face da CISER, ante o não cumprimento do acordo firmado, alegando em síntese que a empresa só poderia manter as atividades no atual parque fabril sem a adequação ambiental plena, com o compromisso de que haveria mudança para

um novo parque fabril, devidamente licenciado, no prazo de 40 (quarenta) meses.

O MPF Requereu o pagamento espontâneo da multa estipulada no TAC e a paralisação do parque fabril até adequação integral ou sua transferência, o que foi prontamente acatado pelo juízo que fundamentou sua decisão no princípio da precaução e alegou que o interesse meramente patrimonial não pode prevalecer sobre o interesse público e ao direito ao Meio Ambiente equilibrado.

A empresa recorreu da decisão e teve seu pedido liminar parcialmente deferido para manter as atividades pelo prazo de 6 (seis) meses, com o objetivo de cumprir o TAC já firmado. Por fim, no ano de 2014 as partes firmaram um novo acordo, onde, entre outros, a CISER se comprometeu a doar uma área destinada a tornar-se um parque público, o qual será mantido com recursos da própria CISER por um prazo de 48 (quarenta e oito) meses.

Atualmente ainda se discute no processo os imóveis que serão doados para construção do referido parque. São cerca de 34 (trinta e quatro) anos discutindo questões ambientais com a mesma empresa, a qual ainda permanece operando em área de preservação ambiental.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se dizer que o Direito Ambiental é um dos ramos mais completos e também mais eficazes do ordenamento, isso porque o Meio Ambiente é uma preocupação global e que tem estado cada vez mais em evidência.

Ante essa perspectiva, verificou-se que o assunto foi e é amplamente debatido na esfera internacional por meio de conferências que resultam em tratados, os quais são aplicados na esfera nacional, assim como a noção de proteção ambiental que chegou às escolas por meio de programas de Educação Ambiental, além disso, diversos princípios orientadores buscam proteger o Meio Ambiente, bem como coibir a sua degradação e, por fim, no campo da responsabilidade, o Direito Ambiental atinge as áreas administrativa, cível e penal.

Com todo esse aparato, seria de imaginar que homem e natureza estivesse em perfeita harmonia, desenvolvendo-se de maneira sustentável sem maiores dificuldades, afinal tem-se

educação para atuar de maneira preventiva, programas para incentivar a proteção e a preservação e, se nada funcionar, existe ainda a apreensão para aqueles que destroem.

Então por qual motivo as demandas ambientais não param de crescer? Parece não fazer sentido, mas o que se vê na prática é a busca pelo crescimento e desenvolvimento a qualquer custo, prova disso é o caso prático anteriormente narrado, onde por mais de 30 (trinta) anos uma empresa permanece descumprindo normas ambientais, estando de forma irregular em área de preservação, causando diariamente danos ao Meio Ambiente. Não se trata o exemplo de um caso isolado, sendo frequentemente transmitidos pela mídia casos bastante similares.

Parece inconcebível que com tantos meios o Direito Ambiental, não seja efetivo ao ponto de frear a degradação ambiental, todavia o poluidor parece desafiar as leis ao colecionar multas e notificações, e isso porque, ao se colocar numa balança, para a grande maioria o Meio Ambiente ainda fica em segundo plano.

Contudo, levando em consideração que o Direito Ambiental ainda é bastante novo, há esperança que esse cenário mude, passando a ser muito mais efetivo e eficaz ao longo do tempo, isso porque a sociedade de um modo geral está gradativamente mudando seus hábitos em relação ao Meio Ambiente, em especial as gerações que tiveram algum contato com as políticas de Educação Ambiental promovidas nas escolas, prova disso é que muitas pessoas admitem que separam seu lixo por exemplo, por causa dos filhos ou netos que aprenderam na escola.

Ainda que seja um processo moroso, a sociedade tem mudado e aquilo que parecia certo no passado, hoje pode ser inaceitável, e assim o mundo vive, numa constante transformação, é preciso adaptar-se. “O mundo é grande o suficiente para satisfazer as necessidades de todos, mas sempre será muito pequeno para a ganância de alguns” (Mahatma Gandhi).

REFERÊNCIAS

- AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquematzado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2016.
- BRASIL. **Código Civil** (2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso: em 19 de maio de 2018
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Lei de Crimes Ambientais (1998)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm. Acesso em: 07 de julho de 2018
- BRASIL. **Política Nacional de Educação Ambiental (1999)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm Acesso em 18 de abril de 2018
- BRASIL. **Política Nacional do Meio Ambiente (1981)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm Acesso em 18 de abril de 2018
- CARVALHO, Isabel Cristina de. **Educação Ambiental: a formação do sujeito ecológico**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CZAPSKI, Silvia. **A Implantação da Educação Ambiental no Brasil**. Brasília: Publicação de responsabilidade da Coordenação de Educação Ambiental do Ministério da Educação e do Desporto, 1. ed., 1998.
- DÍAZ, Alberto Pardo. **Educação Ambiental como Projeto**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2013.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purin de. **Curso de Direito Ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LEITE, José Rubens Morato. PILATI, Luciana Cardoso. **Direito Ambiental Simplificado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PEDRINI, Alexandre de Gusmão. **Educação Ambiental: reflexões e práticas contemporâneas**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

PORTAL CISER. **Histórico**. Disponível em:
<http://www.ciser.com.br/sobre/historico> Acesso em: 24 de agosto de 2018.

PORTAL MARIACRISTINADIAS. **Joinville – Uma historia repleta de detalhes**. Disponível em: <http://mariacristinadias.com.br/historias/joinville-uma-historia-repleta-de-detalhes/> Acesso em: 24 de agosto de 2018.

PORTAL MMA. **Conferência de Tbilisi**. Disponível em:
<http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/deds/pdfs/decltbilisi.pdf> Acesso em: 10 de março de 2018.

Declaração da Conferência da ONU no Ambiente Humano. Disponível em:
www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc Acesso em 10 de março de 2018.

_____. **Legislação Ambiental Básica**. Disponível em:
http://www.mma.gov.br/estruturas/secex_conjur/_arquivos/108_12082008084425.pdf Acesso em 12 de maio de 2018.

PORTAL ONU. **A ONU e o Meio Ambiente**. Disponível em:
<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/> Acesso em: 05 de março de 2018.

_____. **Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

RECH, Adir Ubaldo. **Direito Ambiental e Sociedade**. Livro Eletrônico. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2015.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VIANA, Lucila Pinsard. **Educação Ambiental: políticas de melhoria da qualidade da educação**. Relatório eletrônico. Disponível em:
<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Relat.pdf>. Acesso em: 05 de março de 2018.

CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO POR MEIO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR COM ENFOQUE NO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADQUIRIDO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO *NON BIS IN IDEM*

Izabella Karoline Figueirêdo da Silva¹

Rogério Bernardi²

1 INTRODUÇÃO

Após ampla pesquisa teórica, percebeu-se que muitas são as teorias que norteiam o surgimento da aposentadoria no Brasil, entre elas, àquela que determina seu início com a Lei Eloy Chaves em 1923 que, com o advento da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, deu origem ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, também à Previdência e, à Seguridade Social que, ganharam vez e voz quanto aos direitos do cidadão, após a concessão de um singelo, porém muito importante, capítulo sobre o tema no texto constitucional.

¹ Bacharel em Direito. Advogada.

² Mestrando em Direitos Humanos e Políticas Públicas na PUC/PR. Pós-graduação em Direito pela Faculdade Metropolitana Londrinense e Especialista em Direitos Humanos e Direito Constitucional Fundamental e em Ministério Público pela UNOPAR, convênio com FEMPAR. Analista Jurídico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Professor universitário das disciplinas de Direitos Humanos, Direito Administrativo e Direito Internacional Público na Faculdade do Litoral Paranaense.

Apresenta ademais, os princípios constitucionais do direito adquirido, do *Non Bis in Idem*, da dignidade da pessoa humana, do ato jurídico perfeito, da segurança jurídica, da isonomia, da proporcionalidade, da razoabilidade, entre outros. Por outro lado, investiga o princípio da supremacia do interesse público, fundamento central de diversos recursos impetrados junto as cortes superiores, nos casos em que o servidor comete falta grave passível de gerar dano à Administração Pública.

O método utilizado para realização do PAD está fulcrado em regimento interno, que dispõe sobre a instauração de inquérito administrativo para apuração de falta disciplinar, quando da suspeita de infração cometida pelo servidor público, onde se apuram os fatos para, com base em sua conclusão, determinar através de um relatório indicativo se a infração de fato ocorreu, quem cometeu, os motivos, recomendando a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, ou, conforme o caso, requerendo o arquivamento do inquérito administrativo.

Se o caso for de instauração do PAD, o resultado deste, na maioria das vezes, acaba por ser demasiada e perpetuamente danoso para o servidor que por anos a fio, laborou em prol do serviço público, contribuindo aos cofres públicos para garantir sua tão desejada aposentadoria, por um erro, as vezes muito simples e de fácil resolução, como se verá adiante, perdendo sua aposentadoria e sua chance de uma vida minimamente digna para sobreviver. Perde anos de esforço em um piscar de olhos.

Percebe-se que, quando o caso for de demissão e cassação de aposentadoria do servidor público por meio do processo administrativo disciplinar, aplica-se a regra imposta pelo artigo 41, §1º da Constituição Federal de 1988, que restou inserido pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998 que, deu origem também ao artigo 127, inciso IV da Lei 8.112 de 1990. Contudo, é justamente a criação destes artigos que violam, segundo a doutrina majoritária, os direitos e garantias constitucionais dos servidores públicos, conquistados desde antes da promulgação da Constituição Federal vigente em nosso ordenamento jurídico.

Deste modo, ainda que o art. 41, §1º da CF/88 pertença a Carta Magna, acredita a boa doutrinária que sua inserção foi inconstitucional, não respeitando os princípios do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88, do *Non Bis in Idem*, entre outros princípios garantidores no ordenamento jurídico

pátrio que determinaram e mantiveram até hoje o controle da moral e da ordem entre os homens.

Como resultado deste conflito normativo, a ADI nº 4.882/DF, busca a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 41 da Constituição Federal de 1988 e, por consequência o inciso IV, do art. 127 da Lei 8.112/90 que permitem a cassação de aposentadoria do servidor público através do processo administrativo disciplinar concomitantemente à demissão, pois, sua aplicação violam os princípios garantidores anteriormente expostos, além de acarretar graves e irremediáveis danos a dignidade humana do servidor público pela inércia da Administração Pública em apurar os fatos imputados ao ex-servidor quando de sua atuação no serviço público.

O fato é tão complexo que carece de resolução até o presente momento, tendo em vista que, a ADI 4.882/DF aguarda decisão em controle concentrado de constitucionalidade, do Ministro Relator Gilmar Mendes desde maio de 2017, onde somente se manifestou, até o momento, o Procurador Geral da República Rodrigo Janot, de modo que permaneceremos aguardando desfecho do assunto para que, então, seja possível uma análise da imputação da lei a partir da decisão que manterá a aplicação da lei como é hoje ou, mudará o modo de análise e aplicação desta.

2 APOSENTADORIA NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – LEI 8.213/91

A discussão envolve a cassação de aposentadoria de servidor público por Processo Administrativo Disciplinar onde, de um lado, o texto da lei aponta a legalidade da punição e, do outro, fere um princípio fundamental e direito básico constitucional, de modo a causar um conflito de leis, e preceitos mandamentais.

Teixeira (2015, p. 38) destaca a criação da Lei Eloy Chaves em 1923, que nos trouxe pela primeira vez o conceito de previdência, onde a proposta era a de garantir uma reserva aos empregados das ferrovias do país.

Martins (2014, p. 3) vai além do superficial buscando uma origem mais antiga da história da aposentadoria e do surgimento da previdência social, determinando sua origem na Grécia, em que as “Hetairas” e os “Eranos”, sociedade de “burgueses” estabeleciam uma assistência mútua obrigatória entre eles com fins de garantir

seus entes quando de sua morte mas, também, prestavam esta assistência a seus servos e clientes associados, calçando os demais quando de uma situação de necessidade. Assim também foi com os militares, que ao se aposentarem recebiam aquilo que haviam economizado e um pedaço de terra.

De acordo com Martins (2014, p. 6), no Brasil o surgimento da aposentadoria e da seguridade social ocorreu em 1543 com o plano de pensão criado por Braz Cubas para os empregados da Santa Casa de Santos, mas, somente em 1821 Dom Pedro de Alcântara, concedeu a aposentadoria aos mestres e professores que cumprissem alguns requisitos e, após algumas constituições e, pouco se falar sobre o assunto da aposentadoria e previdência, veio a Constituição da República Federativa de 1988, que nos trouxe um capítulo inteiro, ainda que curto, tratando da questão da seguridade social em seus artigos 194 a 204, o que representou grande conquista para os trabalhadores de todo o país.

Com o advento da Constituição de 1988, o assunto foi ampliado de tal forma que se fez necessário a divisão de segurados por meio de regimes sociais, capazes de igualá-los através de classificações distintas. Assim, surgiram os três regimes da previdência social que serão posteriormente esmiuçados, conforme determina o site Funpresp (2017), quais sejam, o RGPS – Regime Geral de Previdência Social, o RPPS – Regime Próprio de Previdência Social, e, o RPC – Regime de Previdência Complementar, com regras próprias que

As regras constantes do Regime Próprio da Previdência Social - RPPS, se assemelham bastante as do Regime Geral - RGPS, e diferem-se basicamente quanto a forma de aplicação e ao ente gestor da contribuição. Enquanto o RPPS é gerido pelos entes públicos da Federação (União, Estados, DF e Municípios) sendo assegurado exclusivamente aos servidores públicos titulares de cargo efetivo, com suas regras básicas pautadas no art. 40 da Constituição Federal de 1988 e na Lei 9.717/98 – esta regula a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social –, o RGPS, é mantido pela autarquia federal Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, abrangendo todos os demais trabalhadores do Regime Geral que possuam renda, tornando obrigatória sua filiação, e suas normas básicas se encontram no art. 201 da CF/88 e nas Leis 8.212/91 – Organização da Seguridade Social e Plano de Custeio, e, Lei 8.213/91 – Planos e Benefícios da Previdência Social.

Contudo, insta frisar que o tema proposto, guarda seu enfoque no Regime Próprio da Previdência Social, e suas normas básicas no que diz respeito à aposentadoria do servidor público federal, formas de colaboração, custeio, e o pagamento àquele que têm garantido o direito ao benefício, após cumpridos todos os requisitos exigidos.

2.1 SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL

De acordo com Martins (2014, p. 03), a Constituição Francesa de 1973, já previa a assistência pública como uma “dívida sagrada”, onde os mais abastados, obrigatoriamente, sustentariam os “infelizes”, garantindo a estes, a subsistência ou os meios para tal. Já a Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 194, nos traz um conceito de “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e, à assistência social.” Contudo, o que a CFRB/1988, define como um conjunto integrado de ações, Martins (2014, p. 21) define como um conjunto de princípios e regras, mas, ambos se destinam a proteção comum de um sistema social que garante direitos daqueles economicamente hipossuficientes em prover o próprio sustento e dos seus.

Martins (2014, p. 300), dispõe que, Previdência Social é um segmento da Seguridade Social, onde este, abrange aquele como uma de suas espécies, estando, portanto, interligadas diretamente, de modo a confundir os conceitos destes dois institutos.

Assim, conforme o site da Previdência Social, “o Regime Próprio da Previdência Social foi instituído aos servidores públicos, titulares de cargo efetivo, mantido pelos entes públicos da Federação (União, Estados, DF e Municípios), com normas previstas no art. 40 da CF/88 e na Lei 9.717/98”. Ainda, conforme o site, o RPPS assegura ao servidor público os benefícios do art. 40 da CF/88 no que diz respeito à aposentadoria e pensão por morte, vedando porém, a constituição de mais de um RPPS por servidor do ente federativo, sendo este, administrado por uma única unidade gestora, que deve centralizar de maneira direta ou indireta, a concessão, o pagamento, a manutenção dos benefícios de aposentadoria e pensão, de todos os poderes, órgãos e entidades do ente. Desta forma, o ente federativo que possuir o RPPS, passa a ter obrigações junto ao órgão do Ministério da Previdência Social – MPS, devendo

prestar toda e qualquer informação que lhe for requerida, no que tange o RPPS de seus servidores.

A Seguridade Social e a Previdência Social se diferenciam quanto ao regime, onde segundo o site Funpresp (2017), a primeira é operada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, e abrange todo o cidadão que, de modo geral lhe sejam aplicadas as normas da CLT, aufera renda de forma direta ou indireta desde que de natureza salarial, restando obrigado à contribuir em solidariedade para a manutenção do sistema previdenciário, com o fim de garantir seu direito ao recebimento de aposentadoria pelas mais diversas circunstâncias, na proporção de seus direitos e deveres contributivos. Já a Previdência Social trata-se de regime de contribuição dos servidores públicos titulares de cargo efetivo, também obrigatória para estes, mas com regras específicas, também regidos por entidade pública única que pode ser Instituto de Previdência ou Fundo Previdenciário, porém, informa que o RPPS é específico e exclusivo aos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, pois, como requisito do RGPS, o servidor de cargo comissionado não pode estar vinculado ao RPPS, bem como, o servidor vinculado ao RPPS, não deve estar vinculado ao RGPS.

2.2 REGIMES PREVIDENCIÁRIOS E O RPPS

A seguridade social encontra-se regulada especificamente pela Lei 8.212 de 1991, em que seu artigo 3º elenca a previdência social como um dos três segmentos da seguridade social. Contudo, a seguridade é conceituada como um conjunto de ações integradas, que abarca os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 1º da L. 8.212/91). No caso da previdência, tem a finalidade de assegurar os indispensáveis a manutenção do desempregado ou incapacitado ao trabalho, momentânea ou definitivamente, bem como aos familiares do segurado quando de sua morte (art. 1º da Lei 8.213/91).

Segundo o site Funpresp–Exe – Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo, atualmente no Brasil, existem três tipos de regimes, quais sejam:

- I - Regime Geral de Previdência Social (RGPS): operado pelo INSS, uma entidade pública e de filiação obrigatória para os trabalhadores regidos pela CLT; nesse regime,

qualquer pessoa que constitua uma renda, seja com CTPS assinada ou não, está obrigado a contribuir para garantir o direito à aposentadoria após o cumprimento dos requisitos impostos pelo regulamento do INSS.

- II - Regime Próprio de Previdência Social (RPPS): instituído por entidades públicas – Institutos de Previdência ou Fundos Previdenciários e, de filiação obrigatória para os servidores públicos titulares de cargos efetivos, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; este regime, é exclusivo dos servidores públicos detentores de cargo efetivo, não sendo possível a filiação ao servidor em cargo comissionado, vez que este resta obrigatoriamente filiado ao RGPS.
- III - Regime de Previdência Complementar (RPC): operado por Entidades Abertas e Fechadas de Previdência Complementar, de regime privado, com filiação facultativa, criado com a finalidade de proporcionar uma renda adicional ao trabalhador, que complemente a sua previdência oficial; este regime é opcional a todo o trabalhador de empresa pública ou privada, pois sua finalidade é a de complemento da renda quando da aposentadoria.

Como já brevemente elucidado no tópico anterior, os dois principais regimes do RGPS e RPPS, far-se-á breve exposição do não menos importante RPC para fins de firmar a diferença entre eles. Para tanto, Santos (2014, p. 551), conceitua a previdência complementar da seguinte forma:

Estruturalmente, cuida-se de um conjunto de operações econômicos-financeiras, cálculos atuariais, práticas contábeis e normas jurídicas, empreendidas no âmbito particular da sociedade, inserida no Direito privado, subsidiária do esforço estatal, de adesão espontânea, propiciando benefícios adicionais ou assemelhados, mediante recursos exclusivos do protegido (aberta e associativa), ou divididos os encargos entre empregado e o empregador, ou apenas de um deste último (fechada).

O art. 202 da CF/88 determina o conceito do RPC evidenciando o seu caráter privado, complementar, autônomo e facultativo de contribuição, ou seja, o servidor que desejar incrementar sua renda decorrente de aposentadoria pode aderir ao

regime privado de previdência complementar, para garantir que sua estabilidade financeira não sofra grande impacto no momento em que o servidor tiver que se aposentar.

No que se refere ao caráter complementar do RPC, ainda que caminhe em paralelo com a previdência social, o RPC destina-se a cobrir a diferença de valores necessárias para a manutenção do padrão de vida do segurado que, não se satisfaz com o oferecido pelo RPPS. Santos (2014, p. 552), subdivide o RPC em implementar e suplementar, definindo que o primeiro é oferecido por entidades abertas que dispõem de planos de natureza implementar, separando-o do RPPS. E o segundo, é ofertado por entidades fechadas com planos de natureza complementar que vincula o benefício do RPC com o do RPPS, sendo considerado um fundo de pensão.

Em relação à autonomia, em conformidade com os ensinamentos de Santos (2014, p. 552), além de ser facultativo, o RPC tem administração, gestão, cobertura próprios e, a concessão de seus benefícios também são próprios, não vinculados ao RGPS de adesão pública e obrigatória. Quanto ao seu caráter facultativo, este se dá pela opção que o indivíduo tem de filiar-se ou não ao RPC, de modo que, esta é a sua principal característica, a livre manifestação da vontade de contratar.

2.3 APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL

Urge ressaltar que o conceito de aposentadoria abordado em conjunto com a especificidade da cassação de aposentadoria por PAD em vista do Princípio garantista do Direito Adquirido, tem caráter objetivo não afeto a possível reforma previdenciária, perfazendo a discussão que paira nas Cortes Superiores aguardando decisão uniforme.

A Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990 – Lei dos Servidores Públicos Federais, que aponta um conceito simples e objetivo do que é servidor e cargo público, em seus artigos 2º e 3º, além dos preceitos que embalam os direitos e garantias do servidor público, estando, pois, em conformidade com as normas do INSS e principalmente pela lei maior que é a Constituição Federal de 1988.

Observa-se então, um aparente conflito de normas, pois, independentemente da espécie de aposentadoria a ser concedida ao servidor público, seja ele federal, municipal ou estadual, os requisitos

para garantia do direito, norteia-se basicamente por duas circunstâncias: **tempo de contribuição e idade mínima**. Ressalvadas as exceções e as especificidades de cada caso, esses dois requisitos são essenciais para determinar quando e como o servidor obterá a constituição da aposentadoria, isto, em consonância com as regras do Instituto Nacional de Previdência Social, da Lei 8.112/90 – Lei dos Servidores Públicos Federais, e até mesmo com os ditames constitucionais. Portanto, cumpridos os requisitos básicos de tempo de contribuição e idade mínima do indivíduo, sob o prisma de quaisquer destas normas legais, tem-se o DIREITO ADQUIRIDO constante do texto legal, art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988, onde determina que: “A lei não prejudicará o direito adquirido, nem o ato jurídico perfeito (...).”

Em contrapartida, no que tange o tema proposto, a mesma norma constitucional dispõe em seu art. 41, § 1º, inciso II da CF/88 – parágrafo inserido na Constituição Federal por meio da EC nº 19/98 -, que, mesmo após três anos ou mais de árduo trabalho, o servidor poderá perder seu cargo por PROCESSO ADMINISTRATIVO. Ainda, o art. 127, incisos III e IV da Lei 8.112/90, apresenta a cassação de aposentadoria do servidor como uma penalidade disciplinar, o art. 132 traz um rol taxativo dos casos em que deve ser aplicada a demissão do servidor, também o art. 134 da mesma lei corrobora com a penalidade.

Assim, debruçando-se sobre o possível conflito de normas, eis o entendimento do Rel. Min. Sepúlveda Pertence, que determina a prevalência e supremacia da Carta Republicana, em RHC 79.785-7/RJ do STF (2000) sobreposta sobre todas as demais normas internas, sendo, entretanto, tal entendimento consolidado pelo Ministro Gilmar Mendes em RE 466.343-1/SP/2008. (STF)

Parecer do Ministro Sepúlveda Pertence:

II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. (...) 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, (...)

Entendimento consolidado pelo Ministro Gilmar Mendes, p. 55:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...)

Nas palavras de Di Pietro (Conjur, 2015) o argumento utilizado pela EC nº 3/1993 no tocante ao regime previdenciário foi que, havendo o servidor contribuído regularmente para a previdência social no mínimo de 180 contribuições e, preenchido o requisito de idade, 65 anos para homens e 60 anos para mulheres, aplica-se o princípio do direito adquirido, que conforme o disposto no art. 5º, inciso XXXVI da CF/88, não lhe pode mais ser diminuído, pois, além deste, atinge o ato jurídico perfeito.

De tal modo, vários foram os recursos ao STF pleiteando a nulidade da punição que, não restou acolhida sob fundamento embasado na letra da lei, constante do art. 41, §1º da CF/88, justamente o dispositivo que se busca a nulidade, é o que embasou o fundamento para o não acolhimento dos recursos, em que prevê a demissão, inclusive a cassação de aposentadoria do inativo, quando da apuração posterior a aposentadoria pela prática de ato ilícito disciplinar grave na esfera administrativa. Este foi o entendimento do Relator Ministro Sepúlveda Pertence, perseguido por maioria da casa, porém, sem unanimidade de votos.

Di Pietro (Conjur,2015) alega que, os incisos III e IV do art. 127, da Lei 8.112/90, quando aplicados em conjunto, além de caracterizar uma penalidade permanente, vedada no ordenamento jurídico brasileiro, podem configurar-se também em dupla punição ao indivíduo, pois, como se depreende do referido artigo, que trata de seis penalidades disciplinares, no caso de cassação de aposentadoria decorrente de PAD que resulte a demissão, aplicam-se duas penalidades concomitantemente, portanto, caracterizando dupla punição, o que é conflitante com o princípio garantista e cláusula pétrea do *non bis in idem*, também com aplicação vedada pelo ordenamento pátrio, trazido ao ordenamento jurídico brasileiro através de Tratados Internacionais, conforme o descrito no 7º

Protocolo À Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) em seu art. 4º. (GDCC, 2014)

As regras aplicam-se igualmente aos servidores celetistas e temporários, no entendimento de Di Pietro (Conjur, 2015), porém, quando se trata dos servidores detentores de cargo público efetivo, regidos pelo RPPS, a questão é tratada com o rigor excessivo, de modo a prejudicar direitos fundamentais do cidadão.

Di Pietro (Conjur, 2015) acredita que “qualquer outra interpretação leva ao enriquecimento ilícito do erário e fere a moralidade administrativa”, pois, sendo a contribuição obrigatória, não faz sentido a frustração do direito em razão de demissão.

Sendo assim, é direito do indivíduo o recebimento do benefício, cumpridos os requisitos para adquiri-lo, não lhe pode ser retirado em qualquer hipótese, sob pena de causar-lhe grandes danos patrimoniais, morais, psicológicos, também aqueles afetos a saúde física do cidadão, ferindo-o no mais profundo do seu íntimo, a sua dignidade humana, sua honra, e seu direito nos mais diversos aspectos.

3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O Processo Administrativo Disciplinar é, segundo Meirelles (2011, p. 761), um meio formal e solene de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos, e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração, sendo este, portanto, essencial para a imposição da pena de demissão do servidor público.

Gasparini (2012, p. 1.103) ensina que são dois os fundamentos que permitem à Administração Pública a instauração de PAD, sendo eles constitucional e legal. O primeiro encontra-se disposto no art. 5º, inciso LV, da CF/88, que assegura ao servidor o direito ao contraditório e a ampla defesa. O segundo, está elencado no art. 41, §1º, II, da CF/88, que determina o processo administrativo para fins de apurar e demitir servidor público. Ademais, o PAD encontra também respaldo na Lei 9.784/99 – Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PAD

No entendimento de Carvalho (2012, p. 923) as sanções administrativas têm o objetivo de inibir condutas transgressoras por parte dos servidores públicos. Assim, tais penalidades têm o condão de proteger e garantir a aplicabilidade dos princípios norteadores da Administração Pública, tais como, a moralidade e eficiência, bem como a reputação dos órgãos públicos que, estariam ameaçados, caso as condutas ilícitas dos servidores não fossem punidas a rigor. Todavia, deve-se sempre analisar com demasiada cautela a proporção da punição a ser imposta, a fim de, aplicar outros princípios pátrios com razoabilidade, na medida do dano causado.

Inicialmente, Carvalho (2012, p. 74) elenca o Princípio Administrativo da Estabilidade do Servidor Público concernente na Segurança Jurídica, emanada do cenário das monarquias absolutas europeias, que deram origem aos cargos efetivos, garantindo estabilidade aos servidores públicos, onde mais tarde, tal garantia ao servidor fez surgir o instituto do Processo Administrativo Disciplinar, para garantir também o ente estatal contra atos lesivos a seu patrimônio praticados por seus funcionários. Ademais, Carvalho (2012, p. 77) determina de modo ímpar que:

A estabilidade, por conseguinte, não representa um privilégio dos servidores, mas uma garantia da sociedade e da própria Administração Pública no que concerne ao perfeito atendimento dos fins públicos, capitulados no ordenamento jurídico, sobretudo no caso dos agentes administrativos que exercem *funções típicas* ou atividades exclusivas de *Estado*, como Procuradores públicos, policiais, fiscais tributários, os quais amiúde contrariam interesses de particulares e mesmo de governantes na legítima atuação funcional, a bem dos interesses da coletividade, e precisam dispor de proteção constitucional contra arbítrios de autoridades superiores, porventura tendentes a expulsar o servidor do cargo sem justa causa, apenas em nome de propósitos escusos desatendidos ou de pura retaliação.

Pois bem, diante dos ensinamentos de Carvalho (2012, p. 76), resta claro que a perda da estabilidade do servidor acarreta grande insegurança jurídica, pois, corre o risco de interesses políticos ou simplesmente represálias políticas, levarem detentores de mandato na esfera dos Poderes Executivo ou Legislativo, criarem motivos, por vezes irremediáveis, para justificar os propósitos escusos de suas ações, maquiando a lei em benefício próprio.

Assim, a Emenda Constitucional de nº 19/98, facilitou a perda da estabilidade do servidor público estável, enfraquecendo o Princípio da Garantia de Estabilidade do Servidor e por consequência o Princípio da Segurança Jurídica, podendo alegar mérito do ato administrativo, deixando de analisar muitas vezes os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, inerentes ao controle Administrativo Constitucional, impondo sua vontade soberana, acima da soberania dos termos da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVI. (CARVALHO, 2012, p. 78)

Aos olhos do Poder Público, há justiça em reaver para si tudo aquilo que lhe for tomado indevidamente. Contudo, há justiça em tomar do indivíduo que durante anos contribuiu para garantir sua velhice, aquilo a que adquiriu por direito e que, a própria lei lhe garante o não prejuízo? “Art. 5º, XXXVI, CF/88 – A lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.”

Seguindo, há o Princípio da Moralidade, que nas palavras de Carvalho (2012, p. 242) “O princípio da moralidade inspira-se na máxima: *Honest is the best politics*. A honradez é a melhor política.”

O princípio da eficiência para Meirelles (2004, p. 96) demanda presteza, perfeição e rendimento na atividade administrativa. Deste modo, tal eficiência é responsabilidade inerente não só ao servidor público, mas também ao ente público supervisor da gestão de seus funcionários.

3.2 PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DISCIPLINAR E DO DIREITO DE PUNIR

Prescrição administrativa segundo Meirelles (2011, p. 747), trata de ação judicial constante na defesa de um direito, da qual decorre a perda do direito de ação pela inércia do titular. Porém, esta não se confunde com a prescrição civil pois, aquela, está restrita à atividade interna da Administração capaz de anular ato ou contrato administrativo.

Carvalho (2012, p. 1.096) pondera que a imprescritibilidade é uma ofensa ao Princípio da Segurança Jurídica, haja vista a perpetuação da incerteza do indivíduo que após decorridos 10, 20, 30 ou mais anos do cometimento do ilícito, permaneça sujeito ao rigor dos atos de um processo administrativo disciplinar e sua decorrente punição.

Para corroborar o entendimento de Carvalho (2012, p. 1.096), o artigo 23 da Lei 8.429 de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa – determina o prazo de até 05 (cinco) anos após o término do exercício do serviço público para que o Poder Público demande ação em face do agente e, o mesmo prazo para prescrição da ação a contar da data da apresentação da prestação de contas à Administração Pública e esta, não der continuidade ao processo.

Deste modo, rege o verbete jurídico que “o direito não socorre aos que dormem”. Assim, nos casos em que o Poder Público “dormir no ponto”, deixando correr seu direito de demandar contra o servidor aposentado, julga-se que abdicou da prerrogativa, motivando o agente ao entendimento que determinado fato não mais será arguido contra ele, nem lhe gerará qualquer sanção.

O art. 142, §3º, da Lei 8.112/90, dispõe quanto a interrupção da prescrição administrativa quando da abertura de sindicância ou instauração de PAD. Contudo, de acordo com a Formulação – Dasp nº 279, determina que prorrogações ou designações de novas comissões de inquérito para apuração dos mesmos fatos, não interrompem a prescrição.

Quanto à suspensão, em conformidade com o ensinamento trazido à baila pela Controladoria-Geral da União (CGU, 2014), o prazo prescricional não poderá ser suspenso, mas o processo sim, porém, esta suspensão somente poderá ocorrer mediante determinação judicial para a tomada de medidas judiciais, permanecendo sobrestado pelo tempo considerado como razoável, de modo que restará suspenso, o prazo prescricional da punibilidade voltando sua contagem de onde parou, retirando do acusado a possibilidade de imputar ao Poder Público inércia no deslinde da questão.

Do texto da petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.882/DF interposta pela ANFIP – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, protocolada em novembro de 2012, com intervenção do SINPRF/RJ – Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais no Estado do Rio de Janeiro, que passou a fazer parte na presente demanda como “*amicus curiae*” em agosto de 2014, extrai-se entre tantos argumentos legais, que as contribuições previdenciárias são uma imposição estatal obrigatória que gera uma contraprestação, qual seja, a aposentadoria, de modo que, quando do século passado o direito à aposentadoria era uma benesse exclusiva do Estado, onde

não havia obrigatoriedade de pagamento por parte do beneficiário, a cassação da aposentadoria era meio justo de punição do servidor faltoso para com suas obrigações perante o Estado.

Ainda, discorre o advogado da ANFIP, Arthur Henrique de Pontes Regis (OAB/DF 27.251) quanto a ocorrência de dano certo e imediato causado ao servidor, ante a violação do princípio constitucional do direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88) e, nos casos de pensionistas, a violação do disposto no art. 5º, inciso XLV, da CF/88, em que a pena passará da pessoa do acusado. (PI ADI 4.882/DF, p. 16)

Destarte, a ementa acostada aos autos da inicial (p. 20), retirada da ADI nº 2010/TRF que aludi entendimento aparentemente contrário ao parecer da Procuradoria Geral da República - PGR, em manifestação de 24/11/2014 (ADI 4.882/DF) dispõe: "(...). A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição." (Grifo meu).

Segue afirmando que: "[...] RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA." (PI ADIN 4.882/DF, p. 22) E por que não dizer, o desrespeito a seus preceitos principiológicos, garantidores da ordem e da lei.

Neste ponto, é possível perceber que tanto a ação do Poder Público quanto sua omissão, geram reflexos desastrosos nos bens e patrimônio do servidor público, pois, diverso do mencionado anteriormente, é o entendimento do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, que aguarda desde 29/05/2017, parecer do relator Min. Gilmar Mendes quanto ao assunto, em que entende pela possibilidade da cassação de aposentadoria de servidor público aposentado, com argumento no princípio da predominância do interesse público sobre o particular e, a imprescritibilidade de demandar Ação Administrativa Disciplinar, eis que o prazo prescricional, a seu ver, inicia-se com o conhecimento do ato punível. (ADI 4.882/DF, parecer PGR, p. 7)

O que será dos princípios seguradores dos direitos do servidor público e de todo cidadão em geral, se a lei e suas brechas passarem a servir de meios para o Poder Público maquiara a ilegalidade de seus atos, fazendo-os parecerem legais?

Neste contexto de dignidade humana, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, traz no bojo de seu art. 22, o direito de todo o ser humano a segurança social e seus direitos econômicos, entre outros indispensáveis à dignidade humana, conforme texto retirado da própria declaração e, apresentado pelo site da UNICEF Brasil. Ademais, o art. 25 da mesma declaração, corrobora ao fato que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família, aqueles que são direitos básicos de todo o indivíduo, sendo estes indispensáveis em caso de doença, invalidez, viuvez, velhice, entre outros.

3.3 ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.882/DF SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DO DIREITO AQUIRIDO, À LUZ DO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM

Pois bem, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, segundo Lenza (2012, p. 124) tem por objetivo geral, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual que, aparente incompatibilidade com as normas do sistema jurídico constitucional.

Assim, a retomada do servidor já aposentado ao quadro de funcionários da Administração Pública, para só então aplicar-lhe a penalidade de demissão, acarreta dupla punição, ou seja, configura violação ao Princípio do *Non Bis in Idem* que por consequência fere diretamente os Princípios do Direito Adquirido e da Dignidade Humana, ação rechaçada pelo ordenamento jurídico vigente que, segundo o entendimento de Di Pietro (2015, Conjur) é fato incompatível com as normas, o que possibilita a interposição de ADI requerendo o desentranhamento da norma do ordenamento jurídico.

Portanto, frente a um conflito entre princípios, deve-se prevalecer aquele que for mais benéfico para a parte hipossuficiente na relação jurídica, ponderados os valores morais, hábeis a garantir a perpetuação da ordem de modo justo, em consonância com o disposto no art. 620, da CLT, bem como art. 7º, caput da Constituição Federal de 1988. Deste modo, quando do conflito de princípios, ensejadores do direito de outrem, deve-se sempre prevalecer aquele que for mais favorável a parte hipossuficiente da relação jurídica.

Assim, sem uma resposta definitiva, o estudo da temática proposta merece continuidade, sobretudo diante da insegurança

jurídica atual, inadmissível em um Estado que se propõe ser democrático e de Direito. Aguardar a decisão da ADI 4.882/DF parece ser o mais recomendável, na esperança que o STF pacifique o tema, e traga finalmente a imprescindível segurança jurídica que se espera.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento jurisprudencial majoritário, atualmente determina a constitucionalidade da aplicação da punição de demissão e cassação de aposentadoria do servidor público, concomitantemente. No entanto, a doutrina majoritária em detrimento as decisões nas Cortes Superiores, entende que a retomada do servidor já aposentado ao quadro de funcionários da Administração Pública, para só então aplicar-lhe a penalidade de demissão, acarreta dupla punição, ou seja, configura violação ao Princípio do *Non Bis in Idem* que, por consequência, fere diretamente os Princípios do Direito Adquirido e da Dignidade Humana, ação rechaçada pelo ordenamento jurídico vigente que, é fato incompatível com as normas, o que possibilita a interposição de ADI requerendo o desentranhamento da norma do ordenamento jurídico. No entanto, outra parte da doutrina, defende a garantia dos bens e serviços imaculáveis do Poder Público que, quando atingidos, deve-se responder com punição severa, ainda que extrapole os limites da dignidade da pessoa humana.

Tratando da contribuição previdenciária obrigatória, que gera o direito à aposentadoria, o entendimento majoritário é que, o servidor passa a constituir o direito adquirido a esta e, após, caracteriza-se o ato jurídico perfeito, de modo que, a cassação do benefício de aposentadoria ao servidor não pode ser tido como justiça, mas, como enriquecimento sem causa da Administração Pública, pois, se de fato o servidor contribuiu obrigatoriamente por vários anos para garantir seu direito a uma velhice tranquila, a retirada desse direito adquirido do servidor é hábil a constituir enriquecimento ilícito da Administração, uma vez que se apodera de valores que não lhe pertencem por direito.

Fato é que não se pode permitir que a Declaração de Inconstitucionalidade requerida na ADI 4.882/DF venha a abrir precedente para que todo o funcionário público possa cometer algum ilícito quando próximo de sua aposentadoria, que assim a Administração Pública ficará de mãos atadas, pois, lhe será aguida a

ineficiência desta e a prescrição do prazo para demandar contra o ex-servidor.

Não foi isso que se pretendeu apresentar como possível solução do problema. A ideia é que o modo de aplicação e as regras do PAD sejam reguladas de modo a beneficiar e minimizar os prejuízos para ambas as partes.

Para tanto, algumas mudanças são(ou serão) necessárias quando da possível Declaração de Inconstitucionalidade dos dispositivos legais requeridos na ADI 4.882/90, sob este ponto de vista, que aparenta ser de fato JUSTO. Entretanto, até o momento, a ADI 4.882/DF, permanece aguardando uma decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, em que espera-se um novo olhar, um olhar mais humano, para que, da análise de cada caso em concreto, os senhores magistrados possam restringir-se aos fatos especificamente e, imparcialmente, impossibilitando a tomada de decisões descabidas que acarretam tamanho prejuízo, muitas vezes irremediáveis ao indivíduo acusado, para que, erros como os apresentados neste trabalho e facilmente encontrados nas decisões jurisprudenciais dos Tribunais Superiores do país, não se tornem algo rotineiro, capaz de banalizar a crença que ainda se tem no Judiciário brasileiro.

É o que não menos se espera.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Previdência Social. Aposentadoria por idade. Última modificação em 23/03/2017. Disponível em: <www.previdencia.gov.br/servicos-aocidadao/todos-os-servicos/aposentadoria-por-idade/> Acessado em 10/06/2017.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**. À Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

CGU – Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Penalidades**. O que são penas capitais? Quais são as infrações causadoras das penas capitais? Quando devem ser aplicadas as penas de demissão e assemelhadas? **Prescrição**. O prazo Prescricional pode ser interrompido? O Prazo Prescricional pode ser suspenso? Publicado em 12/05/2014. Disponível em: <www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/penalidades#12> Acessado em 12/09/2017.

CNJ - Conselho Nacional De Justiça. Corregedoria recomenda conciliação para solucionar infrações administrativas. Publicado em 07/12/2015. Disponível em:

<www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81116-corregedoria-recomenda-conciliacao-para-solucionar-infracoes-administrativas> Acessado em 05/09/2017.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Recomendações**. Recomendação nº 21, de 2 de Dezembro de 2015. Disponibilizada no DJe de 04/12/2015. Disponível em: <www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STF/CNJ/Rec_21_15.html> Acessado em 30/08/2017.

CRETELLA JUNIOR, José. Prática do Processo Administrativo. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores. Publicado em 16/04/2015. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores> Acessado em 03/06/2017.

FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos. Brasília. Editora Fabris, 1996.

FIGUEIRÊDO, Lúcia Valle. **Procedimento e Processo**. Perspectivas do Direito Público. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995.

FUNPRESP-Exe. Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo. Diferenças entre RPPS, RGPS e RPC. Brasília, 21 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.funpresp.com.br/portal/?page_id=16> Acessado em 14/06/2017.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO – GDDC. Procuradoria Geral da República 2001. **Direitos Humanos – Instrumentos Internacionais de direitos Humanos**. Protocolo nº 7 À Convenção Para a Protecção Dos Direitos Do Homem E Das Liberdades Fundamentais. Atualizado em 30/01/2014. Disponível em <direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_3_1_17.htm>.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Compacto Jurídico. 16 ed. São Paulo: Editora Rideel, 2011.

JUSBRASIL. Mandado de Segurança nº MS 7261 DF 2000/0124815-4 – STJ. Publicado há 05 anos. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Seguranca+concedida+a+fim+de+se+determinar+a+reintegracao+da+impetrante>> Acessado em 07/07/2017.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social – Custeio da Seguridade Social – Benefícios – Acidente do Trabalho – Assistência Social – Saúde**. 34 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Délcio Balestero. BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito Administrativo Brasileiro. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29 ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2004.

PARANÁ PREVIDÊNCIA. Legislação Paraná Previdência – Lei 12.398/1998. Disponível em:
<www.paranaprevidencia.pr.gov.br/modules/conteúdo/conteúdo.php?conteudo=20
> Acessado em 15/11/2017.

PORTAL BRASIL. **Aposentadoria**. Definição de aposentadoria. Publicado em 30/07/2014. Disponível em: <www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/05/aposentadoria.png/view> Acessado em 02/06/2017.

SANTOS, Marisa Ferreira dos Santos. Direito Previdenciário Esquemático. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SENADO FEDERAL. Senadora, MARIA DO CARMO, Alves. Projeto de Lei do Senado nº 116, de 2017 (complementar). Disponível em:
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128876>>
Acessado em 12/10/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Acompanhamento Processual** – ADI 4.882/DF – Ação Direta de Inconstitucionalidade (Eletrônico). Disponível em:
<www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4334549>
Acessado em 03/10/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104-0/DF. 2007. Disponível em:
<www.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>
Acessado em 16/11/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência – DJe n 104. Divulgação 04/06/2009. Publicação 05/06/2009. Ementário nº 26-6. Recurso Extraordinário 466.34-1/SP. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>
Acessado em 10/06/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Recurso Ordinário HC nº 79.785-7/RJ. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>
Acesso em 21/06/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Notícias STF**. ADI questiona norma do PR que prevê cassação de aposentadoria de militar excluído da corporação. Disponível em:
<www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=350611&caixaBusca=N> Acessado em 13/11/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Notícias STF**. ADPF questiona norma do PR que prevê cassação de aposentadoria de servidor público. Disponível

em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=321986>
Acessado em 13/11/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Jurisprudência do STJ**. MS 7261
DF. 2000/0124815-4/STJ. Disponível em:
<www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=MS+7261+DF+2000%2F0124815-4&&tipo_visualizacao=RESUMO&B=ACOR> Acessado em 15/11/2017.

TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. Manual de Direito da Seguridade Social. 3
ed. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível nº 0003049-
06.2014.8.19.0050. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199481981/apelacao-apl-30490620148190050-rj-0003049-0620148190050/inteiro-teor-199481990?ref=juris-tabs#>> Acessado em
16/11/2017.

UNICEF BRASIL. Declaração Universal dos Direitos do Humanos – Preâmbulo.
Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acessado
em 03/10/2017.

ABORTO:

CRIME OU DESRESPEITO COM A LIBERDADE E DIGNIDADE HUMANA DA MULHER?

Andréa Maria Silvério Righetto Martino¹

Rodrigo N. Riquelme Macedo²

1 INTRODUÇÃO

Nos dias hodiernos, não há mais nada de verdadeiramente importante que se possa pensar ou fazer em termos de Direito no Brasil, que não passe pela necessidade de observar a Constituição Federal, que é esqueleto do sistema normativo brasileiro, asseverou o então Procurador do Estado do Rio de Janeiro e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, em uma aula Magna da TV Justiça em 07 de março de 2009³

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 a dualidade entre direito público e privado é mitigado, devendo toda a norma infraconstitucional observar os preceitos constitucionais. Ocorreu, então, a “Constitucionalização do Direito”, que é a irradiação dos valores, princípios e regras da Constituição por todo o sistema

¹ Advogada Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Direito Público Aplicado pela Escola da Magistratura Estadual do Paraná. Especialista em Direito Civil e Processo Civil e Direito Contemporâneo pela Núcleo de Estudos Jurídicos Professor Luiz Carlos em convênio com o Centro Universitário OPET.

² Professor e Mestre em Direito Processual, Direitos Fundamentais e Cidadania. Membro do Corpo de advogado da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Paraná e do Corpo Jurídico da Procuradoria Geral da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná.

³ BARROSO, Luiz Roberto. Aula Magna da TV Justiça. **O novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito**. Disponível em <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

jurídico, ou seja, para o direito administrativo, direito penal, direito constitucional, e demais ramos do direito que compõem o sistema normativo brasileiro, modificando o modo como essas normas são interpretadas⁴.

Interpretar uma norma constitucional é extrair seu exato sentido, para que seu conteúdo seja devidamente explanado e entendido, e, para tanto, aplica-se técnica de interpretação chamada “hermenêutica”, que por se tratar da Constituição Federal possui mecanismos específicos tal desiderato, quais sejam: a) unidade da Constituição, que dispõe o dever de interpretação conjunta de todas as normas que estão no corpo da Constituição, evitando ao máximo contradição entre estas; b) eficácia integradora, reforça a unidade da Constituição e versa que a análise do conflito jurídico-constitucional de forma a beneficiar a integração política e social; c) máxima efetividade, que determina um juízo de ponderação, pois diante da existência de duas ou mais interpretações em face de direitos fundamentais, deve ser interpretada a de maior eficácia ao dispositivo; d) harmonização ou concordância prática, que versa a necessidade de harmonização da interpretação conciliando as normas constitucionais; e) força normativa da Constituição, que requer uma interpretação que priorize a atualidade normativa, prezando pela sua eficácia; f) correção funcional, que exige a observação das regras de separação dos poderes.

Os direitos fundamentais são vantagens inerentes às pessoas e que limitam o poder do Estado, no caso deste atuar fora dos limites legais. Já as garantias fundamentais são os mecanismos que asseguram a implementação dos direitos individuais da pessoa, para tanto a Constituição prevê os chamados “remédios constitucionais”.

Maria Berenice Dias, escreve sobre os princípios que constituem os direitos humanos fundamentais, e cita entre eles, “o princípio da liberdade que, juntamente com o da isonomia, sustentam o direito maior de respeito à dignidade da pessoa humana”⁵.

A Constituição, em seu artigo 226, versa que a família é o pilar da sociedade, com especial proteção do Estado, enfatizando em seu § 5º o princípio da isonomia, quando versa que os direitos e

⁴ BARROSO, Idem.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Aborto e direito ao lar**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

deveres do casamento serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Ato contínuo e seu § 7º, a Constituição versa com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar **é livre decisão do casal, *mutatis mutandis***, não proíbe a interrupção da gestação, bem como incumbe ao Estado a tarefa de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, **vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.**

Maria Berenice dias em comentário ao referido § 7º do artigo 226 da CF/88, afirma que o Estado além de não proibir a interrupção da gestação, tem o dever de proporcionar recursos para sua prática, **assegurando os meios para sua realização de forma segura**, propiciando recursos educativos ao fornecer informações sobre métodos contraceptivos e propiciar recursos científicos adequados ao disponibilizar meios contraceptivos, **bem como proceder à interrupção da gestação por médico habilitado por meio da rede pública de saúde**⁶.

Em matéria de Direito Penal, sua constitucionalização produz imensas consequências, sendo que a mais importante e polêmica até o momento para a sociedade está em discussão no Supremo Tribunal Federal, pela Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 442 -, que requer a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, ou seja, a descriminalização do aborto e o reconhecimento de um direito constitucional da mulher ao aborto, até a 12ª semana de gestação. O instrumento da ADPF foi corretamente escolhido, pois o Código Penal em vigência no Brasil é de 1940, e incrimina o aborto, uma vez que fora escrito com a *mens legislatoris* daquela época, que sofria uma forte influência da Igreja, decisiva para a sociedade.

O tema ora tratado perante o STF tem inequívoca repercussão para a sociedade brasileira, pois diz respeito à saúde pública, e especificamente à saúde e liberdade individual de todas as mulheres.

Em seu artigo, "Aborto uma questão social", Maria Berenice Dias afirma que no Brasil, são praticados um milhão de abortos por

⁶ DIAS, Idem.

ano e por se tratar de prática clandestina, é cifra negra, não sendo possível um número correto de casos⁷.

O aborto é uma questão que tem desdobramentos em vários ramos da sociedade, como na Medicina, Psicologia, Religião, Direito, Política, Ética, Bioética, porém, o mais importante é que trata de um direito fundamental individual que desemboca em uma questão social.

Criminalizar uma conduta, não é sinônimo que ela não será praticada, devendo o Estado atuar para estabilizar a sociedade, assegurando o implemento dos comandos Constitucionais.

Finalizando a introdução com a observação da douta Maria Berenice Dias, da qual compartilhamos:

Ao optar pela preservação da vida de um embrião, deixou de garantir a vida das mulheres, limitando-se simplesmente a ignorar que a interrupção da gravidez indesejada continua a ser realizada. Portanto, ter criminalizado sua prática não bastou para impedir que continue a ser levado a efeito, mas em condições adversas, face à falta de controle estatal⁸.

2 PRINCÍPIO DA BUSCA PELA FELICIDADE

Diante do panorama social atual, o que se observa é que o Estado, segundo as concepções contemporâneas, deveria preservar a autonomia da vontade dos seus indivíduos, primando pelo princípio da felicidade, que ganhou ênfase com a Emenda Constitucional nº 66/2010, ao tratar do divórcio direto no artigo 226 da CF/88.

O princípio da felicidade decorre da dignidade da pessoa humana, tratando-se de uma aspiração universal, tanto que a Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu a felicidade **como direito humano fundamental**, constituindo objetivo fundamental de toda e qualquer política pública a ser adotada pelo Estado⁹. (grifo nosso)

Nesse sentido ressalta Difante:

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Aborto uma questão social**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 29 de agosto de 2018

⁸ DIAS, Idem.

⁹ SCHAFRANSKI, Marcelo. **Medicina da felicidade**. Ed. Matrix, 2012, São Paulo/SP.

A felicidade é fundamental (...) depende dos desejos subjetivos determinados pelos sentimentos de prazer ou de dor. (...) ademais, a felicidade não passa de um ideal impossível de ser estabelecido. Ela tem por base as sensações empíricas e não a universalidade possível *a priori*.¹⁰

Considerando a evolução social e as forças políticas que atuaram em nosso país, anteriores à Constituição Cidadã, a felicidade é um sentimento muito difícil de ser encontrado pelos indivíduos, pois se trata de sentimento, portanto, subjetivo, e, para cada um dos indivíduos terá uma conotação diferente, não sendo possível sua redução **a um princípio comum e válido para todos**.

Nessa perspectiva cada indivíduo, empiricamente considerado, possui subjetivamente a necessidade de satisfazer as suas próprias aspirações. Então, é natural que cada ser humano, **enquanto sujeito de direitos**, busque sua satisfação, baseada nas necessidades empíricas ou em sentimentos atribuídos ao que lhe é sensível, o que se traduz na felicidade¹¹.

Immanuel Kant afirma que a busca da felicidade inicia com a insatisfação do homem enquanto ser empírico e destinado à morte, portanto, um ser finito, mas sua busca pela felicidade é impulsionada pelas necessidades sensíveis. Quando Kant refere-se aos dons da fortuna, enumera o poder, a riqueza, a honra, a saúde e também **“todo o bem-estar e contentamento com a sua sorte, sob o nome de felicidade”**.¹²

Assim, o conceito de felicidade depende das aspirações e com o modo de vida que o indivíduo possui, podendo ser considerada como felicidade diversos fatores ou elementos da vida.

Maria Lucia de Arruda Aranha, versa que hoje o que vivemos no Brasil é uma felicidade fantasiosa, como aquela estampada em algumas revistas sobre a vida dos famosos, porque para os pobres

¹⁰ DIFANTE, Édison Martinho da Silva. **O conceito de felicidade na filosofia prática de Kant**. Santa Maria/RS, 2008. Disponível em: <http://w3.ufsm.br/ppgf/menuesp2/f6d43205695121f931298c8cd5ebed19.pdf>. Acesso em: 16 de agosto de 2018.

¹¹ DIFANTE, Idem.

¹² MATIELLO, Carla. **Breves anotações sobre o princípio da busca da felicidade**. Revista *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3669, 18 de julho de 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24959>. Acesso em: 27 de agosto de 2018.

“mortais”, o que encontramos são consultórios médicos cheios de pessoas com estresse, a doença contemporânea, que desemboca na banalização do consumo de psicofármacos, as chamadas “pílulas da felicidade”, que apenas nos mostra uma felicidade pelo avesso: “a não dor, o não sofrimento, a não perda”, adequando as pessoas a comportamentos padronizados¹³, algo que Nietzsche chamaria de “felicidade de rebanho”¹⁴.

Complementa, Maria Lúcia de Arruda Aranha, que “ao contrário dessa busca cega, a felicidade encontra-se mais naquilo que o ser humano faz de si próprio e menos no que consegue alcançar com os bens materiais ou o sucesso”¹⁵.

Assim, a felicidade comporta a satisfação, mas não é esta sua única característica, pois a vida é repleta de amarguras, tristezas, descontentamentos, fazendo com que a felicidade seja “um estado de espírito” que depende da realização de desejos, que por sua vez, dependem da escolha do indivíduo.

Pronto! Encontramos outra característica da felicidade, que muitas vezes é conflitante com a satisfação – a “**autonomia da vontade na decisão do indivíduo, pois o que e de que forma escolher, para que não seja criticado ou até criminalizado?**”.

Maria Lúcia de Arruda Aranha, aborda muito bem o tema, versando que se o indivíduo não tem a liberdade de decisão, se é tolhido em sua autonomia de vontade, esta passa ser alheia, e o comportamento do indivíduo passa a ser padronizado, contrariando a verdade de que quando age de acordo com os próprios projetos de vida, decide de modo coerente¹⁶.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o objetivo primordial do Estado Democrático é “**a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe**

¹³ ARRUDA ARANHA, Maria Lucia de; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando. Introdução à Filosofia**. Vol. Único. Ed. Moderna, 2009. Cap. 7, p. 81.

¹⁴ NIETZSCHE *apud* ARRUDA ARANHA, Maria Lucia de; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando. Introdução à Filosofia**. Vol. Único. Ed. Moderna, 2009. Cap. 7, p. 81.

¹⁵ ARRUDA ARANHA; MARTINS, 2009, *idem*.

¹⁶ ARRUDA ARANHA, MARTINS, 2009, *idem*.

permitam evoluir espiritualmente e materialmente e atingir a felicidade (...)¹⁷.

Bonavides¹⁸ salienta que os princípios “*são materiais mediante os quais a doutrina pode edificar com confiança a construção jurídica*”. Afirmar Leal¹⁹ que “*o Estado deve facilitar os sonhos dos indivíduos, através dos quais é possível o alcance da almejada felicidade*”. Ressalta, ainda, que embora não se tenha a busca da felicidade como princípio expresso, vários são os julgados trazendo-o como fundamento de decisão, *in verbis*:

(...) convém registrar, que uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. **Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz**²⁰. (grifo nosso)

Nesse diapasão, Maria Berenice Dias afirma que, *in verbis*:

No momento em que é admitido o planejamento familiar **e se assegura ao casal a liberdade de decidir sobre a eventualidade da prole, é imperioso reconhecer que está consagrada constitucionalmente a paternidade responsável, não sendo possível excluir qualquer método contraceptivo para manter a família dentro do limite pretendido pelo par**. Diante da clara dicção da norma constitucional, **autorizando o controle da natalidade, somente se pode concluir que a prática do aborto restou excluída do rol dos ilícitos penais**. Mesmo que não se aceite a interrupção da gestação como meio de controlar a natalidade, inquestionável que gestações involuntárias e indesejadas ocorrem, até porque os métodos preventivos disponíveis não são infalíveis. **Via de consequência, somente se for respeitado**

¹⁷ FERRAZ, Renata Barboza; TAVARES, Hermano; ZILBERMAN, Monica L. **FELICIDADE: uma revisão**. Revista de psiquiatria clínica, vol. 34, nº 5, São Paulo – 2007.

¹⁸ BONAVIDES *apud* LEAL, Saul Tourinho. **O princípio da busca da felicidade como postulado universal**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 2 – agosto 2008 – Brasília – Brasil – ISSN 1982-4564.

¹⁹ LEAL, Saul Tourinho. **O princípio da busca da felicidade como postulado universal**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 2 – agosto 2008 – Brasília – Brasil – ISSN 1982-4564.

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Extraordinário nº 328.232/AM**. Ministro Relator Carlos Velloso, publicado em 20 de abril de 2005, *apud* LEAL, 2008.

o direito ao aborto, a decisão sobre o planejamento familiar se tornará efetivamente livre, como assegura a Constituição²¹.

2.1 UMA ANÁLISE DA TOLERÂNCIA E INTOLERÂNCIA ACERCA DO TEMA

A tolerância é um termo que define o grau de aceitação de um indivíduo ou do grupo ao qual ele pertence, diante de um comportamento diferente de outro indivíduo ou grupo da mesma sociedade, comportamento contrário a uma regra moral, cultural, civil ou física²².

Assim, a partir da tolerância, é garantida a aceitação de diferenças sociais e a liberdade de expressão, pois tolerar algo ou alguém é permitir que algo prossiga, mesmo que a pessoa que deve ser tolerante não concorde com tal valor, pois é dado o respeito de discordar.

A Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, em 03/08/2018, na audiência pública que discute a descriminalização da interrupção voluntária da gestação até a 12^a semana da gravidez, destacou o caráter democrático dos debates e o respeito às opiniões divergentes sobre o tema. A ministra Cármen Lúcia destacou que o tema diz respeito não apenas à vida da pessoa humana, mas à vida de toda a sociedade e sua compreensão sobre algo que diz respeito à concepção, nascimento, vida e morte e afirmou que o que se espera de uma sociedade democrática é a tolerância quanto às compreensões diferentes, *in verbis*:

Tolerância que faz com que nós possamos exercer nossas liberdades de pensamento e de expressão, para que a gente possa ter uma convivência pacífica, entendendo as convicções alheias. Este é um tema que toca não apenas a racionalidade dos conceitos postos e sobre os quais se vive em uma sociedade, mas de forma muito especial a conceitos que vêm de longa data, que sedimentaram entendimentos culturais e práticas que acabam levando não apenas ao exame de consciência, mas também a tendências muito diferentes (...)

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Aborto uma questão social**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

²² **TOLERÂNCIA**. In Dicionário infopédia da Língua Portuguesa com Acordo Ortográfico. Ed. Porto, 2003-2017. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/tolerancia>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

há que se reconhecer o valor da divergência e ter presente o conflito entre direitos fundamentais envolvidos nessas questões constitucionais. Mas há que se reconhecer o valor do arbitramento necessário à resolução do problema, por meio de processo público de tomada de decisão seja no âmbito do parlamento, ou no âmbito do Poder Judiciário, sem recurso à violência de qualquer ordem, física ou verbal. No lugar da violência, instituições e regras, em convívio democrático (...) cada um tem sua forma de ver o mundo, de entender o mundo, e nós do Poder Judiciário temos o dever de ouvir a todos e de decidir ao final, quando do julgamento da causa, segundo o que o Direito dispuser, e assim será feito²³.

Por outro vértice, a Intolerância, que é uma atitude mental caracterizada pela falta de habilidade ou vontade em reconhecer e respeitar diferenças em crenças e opiniões, representa num sentido político e social, a ausência de disposição para aceitar pessoas com pontos de vista diferentes.

Como um constructo social, isto está aberto a interpretação, significa "discordar pacificamente", ressaltando que a emoção é um fator primário que diferencia intolerância de discordância respeitosa.

A intolerância no meio social pode ter vários gatilhos, como o preconceito, sendo comum formas de intolerância que incluem ações discriminatórias de controle social, como racismo, sexismo, antissemitismo, homofobia, heterossexismo, etásmo (discriminação por idade), intolerância religiosa, intolerância política, e, como no caso em tela, **a imposição social de um limite ao direito fundamental de a mulher decidir sobre o seu próprio destino, seu corpo, sua liberdade individual, dando de ombros como quem diz: “Quem pariu Matheus que embale!”**.

Na escala de Gordon Allport, psicólogo que descreveu em seu livro *The Nature of Prejudice* (1954), uma escala capaz de medir o preconceito em uma sociedade, Brasil em relação ao caso do aborto, pode ser escalonado dentre os 5 (cinco) níveis descritos pelo psicólogo, no nível 3 (três), que versa sobre a **discriminação** e 4 (quatro) que versa sobre o **ataque físico**²⁴.

²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias**. Disponível:

<http://portal.stf.jus.br/listagem/listarNoticias.asp>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

²⁴ ALLPORT, Gordon Willard, (Montezuma, 11 de novembro de 1897 — Cambridge, 9 de outubro de 1967) foi um psicólogo estadunidense. Suas obras incluem *Becoming, Pattern and Growth in Personality* e *The Individual and his Religion*. Deixou seu legado à Psicologia com a Escala de Allport, definida em seu livro “A

Explicamos o escalonamento no nível 4 (quatro), ataque físico, com vistas à atual conjuntura social, em que a mulher está sendo vítima do Estado e da Sociedade, pois ao ser surpreendida por uma gestação indesejada, suporta a gravidez e todos os seus transtornos, e conforme assevera Maria Berenice Dias²⁵, não pode ser considerada como mero instrumento reprodutor.

Assim, os dias hodiernos, em que os direitos humanos são exaltados e se manifestam como garantias fundamentais a liberdade e a igualdade, há que se atentar ao direito da mulher de não querer levar uma gestação indesejada a termo. Entendemos como uma violência física e também psicológica à mulher, que na maioria é de baixa renda e precisa se submeter à clínicas clandestinas de aborto, correndo graves riscos à vida e à saúde física e mental.

3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.442 EM TRÂMITE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSol) e pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis) perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nº 442, pararequer a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, ou seja, a descriminalização do aborto e o reconhecimento de um direito constitucional da mulher ao aborto, até a 12ª semana de gestação.

O Uso da ADPF não foi por acaso. Ocorre que o texto do Código Penal é de 1940 e a *mens legislatoris* daquela época é ultrapassada nos tempos atuais, a exemplo do termo “mulher honesta” retirado do Código penal em 2009, trazia consigo toda evidência, ao tratar dos crimes contra a dignidade sexual, da abordagem e ideologia machista e paternalista daquela época, impregnadas de questões moralistas, dentre elas prevê como EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE a possibilidade de aborto no artigo 128, apenas quando: a) **não há outro meio de salvar a vida**

natureza do preconceito” de 1954 para mensurar a extensão do preconceito numa determinada sociedade. Allport também trouxe uma importante contribuição à teoria motivacional, desvendando a natureza dinâmica da mesma. *The Nature Of Prejudice* by Gordon W. Allport Copyright (c) 1979, 1958, 1954. Reimpresso com permissão de Perseus Books Publishers, a member of Perseus Books. L.L.C.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Aborto uma questão social. Disponível em:** <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

da gestante; b) aborto no caso de gravidez resultante de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante; c) quando a gestante for incapaz, com o consentimento de seu representante legal; e, por fim d) o aborto de anencefálico.

Com a simples leitura do referido artigo 128 abstrai-se a ideia de que, mesmo com a *mens legislatoris* daquela época, implicitamente o objeto de proteção é a vida da mulher gestante e não do embrião, senão vejamos:

- a) no caso de premente risco à vida da gestante, salvar-se-á a vida desta em detrimento do embrião, pois a gestante é pessoa natural, nascida, com direitos adquiridos, enquanto o embrião tem apenas “expectativas de direitos”;
- b) gravidez resultante de estupro, *in casu*, sendo da vontade da gestante, o aborto é liberado. Mais uma vez coloca-se em primeiro lugar a vontade do sujeito de direitos e não do embrião que possui apenas “expectativa de direito”;
- c) quando a gestante é incapaz, caso em que é autoexplicativo, pois se é incapaz, não tem discernimento para decidir, caso em que a decisão caberá ao seu responsável legal. Corrobora mais uma vez a necessidade de autorização pelo sujeito de direitos, mesmo que este seja incapaz, caso em que será representado.
- d) aborto anencefálico, ocorre para que a gestante não sofra, não carregue o peso de uma gestação, não crie expectativas em vão. Novamente os direitos da gestante estão sendo observados em detrimento do embrião.

Para entender melhor do objeto que trata a ADPF 442, é necessário entender a diferença entre zigoto, embrião, feto e nascituro e nascido vido.

Após a fecundação de um ovócito liberado por um espermatozoide estas se combinam para formar **uma única célula diploide, o zigoto**. O zigoto leva 5 (cinco) dias se multiplicando até chegar à parede do útero e lá se fixar (nidação). Isso acontecerá se houver concepção natural ou *in vitro*, sendo que neste último caso o

zigoto deverá ser implantado antes dos 5 (dias) para que haja viabilidade de gestação²⁶.

A partir da nidação (fixação do zigoto na parede do útero), o zigoto passa a se chamar embrião, que corresponde às primeiras modificações do óvulo fecundado. Essa fase de diferenciação orgânica ocorre até o final da 10^a semana de gravidez, quando o embrião passará a ser um feto. O feto já possui todos os órgãos internos (**apesar de não estarem completamente desenvolvidos**)²⁷.

O nascituro é um feto com grande viabilidade de ter vida humana, pois ter "vida" não é sinônimo de ter "vida humana".

Nos termos do artigo 2º do Código Civil de 2002, "*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*", *mutatis mutandis*, há uma expectativa de direitos, pois se for natimorto, esses direitos não existirão.

Nessa toada, ao se afirmar que a titularidade dos alimentos gravídicos é do nascituro, cremos que há uma falha técnica-jurídica, posto que o embrião não possui personalidade jurídica. Portanto não é sujeito de direitos, somente o será, se nascer com vida, todavia, detém expectativa de direitos.

Analisando o que agora fora exposto, abstai-se que os alimentos gravídicos existem para a manutenção da gestante, titular direta do referido direito, pois todos sabemos que é necessário cuidados médicos, boa alimentação e medicações adequadas, para que a gestação seja mantida até o termo final. Ademais, se foram requeridos pela gestante os alimentos gravídicos, certamente trata-se de caso de abandono de gestante, o que corrobora nossa tese de que é a mulher gestante quem deve decidir sobre seu próprio destino, se quer ou não assumir a responsabilidade de uma maternidade sem

²⁶ HUMAN ANATOMY CHAPTER 28. *Embryology Atlas de 22 de julho de 2011*. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20110722153852/http://cw.prenhall.com/bookbind/pubbooks/martini10/chapter28/custom3/deluxe-content.html>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

²⁷ HUMAN ANATOMY CHAPTER 28. *Embryology Atlas de 22 de julho de 2011*. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20110722153852/http://cw.prenhall.com/bookbind/pubbooks/martini10/chapter28/custom3/deluxe-content.html>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

o parceiro, uma vez que até na gestação precisou se socorrer do juízo para obter **SEUS** direitos.

Mais uma vez ressaltamos que o auxílio é para a mulher que gesta, para que tenha boas condições de saúde, pois sem estas, a gestação estará prejudicada, ou até inviável. Ao nascer com vida, os alimentos gravídicos, que ao nosso entendimento é de titularidade da gestante, mudarão de natureza, e passarão a ser alimentos de titularidade do nascido vivo.

Sobre a natureza jurídica do nascituro, José Carlos Moreira Alves, que tem um posicionamento mais alinhado com a teoria natalista, *in verbis*:

Não há, nunca houve, direito do nascituro, mas, simples, puramente, expectativas de direito, que se lhe protegem, se lhe garantem, num efeito preliminar, provisório, numa *Vorwirkung*, porque essa garantia, essa proteção é inerente e é essencial à expectativa do direito. Assim, se o nascituro não é titular de direitos subjetivos, não será também, ainda que por ficção, possuidor²⁸.

Por outro vértice, Ives Gandra da Silva Martins, tem um posicionamento concepcionista, alinhado com os seus preceitos religiosos, partindo do pressuposto que um nascituro já é um ser humano, *in verbis*:

O primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais do ser humano é o direito à vida. É o primeiro dos direitos naturais que o direito positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem a condição de criar. **O homem nasce com certos direitos, que não vem a receber por mera repetição de fatos históricos que os valorizam.** O direito à vida é o principal direito do ser humano. Cabe ao Estado preservá-lo, desde a sua concepção, e preservá-lo tanto mais quanto mais insuficiente for o titular deste direito. Nenhum egoísmo ou interesse estatal pode superá-lo. Sempre que deixa de ser respeitado, a História tem demonstrado que a ordem jurídica, que o avilta perde estabilidade futura e se deteriora rapidamente²⁹.

²⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, p. 237.

²⁹ SILVA MARTINS, Ives Gandra da. In: **Fundamentos do direito natural à vida**. Ed. Revista dos Tribunais, 623/28.

Com todas as vênias ao entendimento do renomado jurista Ives Gandra, mas não podemos compartilhar do mesmo pensamento, pelo simples fato de muitas concepções nem mesmo cheguem a ser de fato uma concepção, como é o caso da gestação molar.

Gestação molar ou mola hidatiforme, é um distúrbio da gravidez em que a placenta e o feto não se desenvolvem adequadamente. As células do embrião formam sacos de líquidos. Também pode ser chamado de tumor trofoblástico gestacional e só poderá ser detectada com exame de ultrassonografia ente a 8ª (oitava) e 14ª (décima quarta) semana de gestação³⁰.

No caso de uma gravidez molar, o tratamento para removê-la é recomendado e são 03 (três) tratamentos principais que podem ser usados:

Remoção de sucção - as células anormais são sugadas usando um tubo fino que passa pelo útero da mulher através da vagina. Isso geralmente é feito sob anestesia geral.

Medicação - se o crescimento for muito grande para ser sugado, a mulher pode receber medicação para fazê-lo sair pela vagina.

Cirurgia para remover o útero (histerectomia) - isso pode ser uma opção caso a mulher não queira mais ter filhos no futuro.

A maioria das mulheres é tratada com sucesso com remoção de sucção e pode voltar para casa no mesmo dia³¹.

Assim, a mulher pensa que está grávida e em verdade a concepção, por razões biológicas deu errado e com a multiplicação das células de forma desordenada, com duplicação dos espermatozoides, em vez de formar um embrião, forma um tumor, um câncer que deve ser retirado.

Percebe-se que quando os doutrinadores falam em direito à vida, fazem uma interpretação extensiva ao nascituro, que em verdade não é sujeito de direitos, pois ainda não nasceu, portanto possui apenas uma expectativa de direitos, que podem não ser adquiridos.

³⁰ **GESTAÇÃO MOLAR.** Disponível em: <http://www.nhs.uk/conditions/molar-pregnancy/Pages/Introduction.aspx>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

³¹ Idem.

O que a ADPF em debate trata é a liberdade de escolha da mulher sobre seu próprio corpo, sua vida, com observância à saúde pública, redução de gastos para o sistema público de saúde e promoção da queda da mortalidade das mulheres que se submetem a procedimentos clandestinos para interromper uma gestação indesejada.

Vivemos num país plural e desigual, onde as mulheres que vivem às margens da sociedade não são institucionalizadas, crescem em meio a violência, sem acesso adequado à saúde e educação, ou então no meio do mato, em cidades longínquas, onde a educação e saúde tardam a se fazer presentes.

Em relação aos métodos contraceptivos, até 1962, somente se conhecia o *coitus interruptus*, pois a partir desta data, o Brasil conheceu a primeira pílula contraceptiva oral, chamada Enovid-10 chegou ao mercado nos Estados Unidos em 18 de agosto de 1960. O comércio da pílula anticoncepcional teve início no Brasil em 1962, dois anos após ter sido aprovada nos Estados Unidos pelo FDA — *Food and Drug Administration* — a pílula chamada ENOVID, era produzida pelo laboratório Searle.

Joana Maria Pedro apresentou em 2003 na Universidade Federal de Santa Catarina, um artigo no qual discorreu sobre a contracepção da mulher ao longo dos tempos e para tanto entrevistou várias mulheres de décadas e níveis sociais diferentes para entender melhor a era do contraceptivo e um pouco do sentimento dessas mulheres, porém apenas duas deixaram que suas histórias fossem reportadas no artigo. Sobre a chegada da pílula em 1962 no Brasil, Joana Maria Pedro escreve:

Para as mulheres que viviam em países nos quais a cidadania era respeitada minimamente, como na França, o período que se iniciou em 1960 apresentou repercussões e mudanças que provocaram intensas transformações nas relações de gênero. Uma parcela destas transformações teve como pano de fundo a disponibilidade dos contraceptivos modernos, que separaram, de forma mais eficiente do que em qualquer outro período da história, a sexualidade da reprodução. No Brasil, este momento foi vivido como expansão de "campo de prova", como preocupação com a expansão da população pobre, e também com o perigo subversivo que esta pobreza poderia trazer³².

³² PEDRO, Joana Maria. **A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração**. Rev. Bras. Hist. vol.23 n°.45. São Paulo, julho de 2003.

Joana Maria Pedro coletou testemunhos orais que foram gravados e as entrevistas compõem um conjunto de fontes que Joana formou em duas pesquisas focalizando as questões do aborto e da contracepção³³.

Joana investigou a transmissão através das gerações, de variadas práticas abortivas e contraceptivas, e a maneira como foi vivida pelas mulheres a experiência da chegada ao Brasil dos novos contraceptivos hormonais, promovendo uma grande queda na natalidade.

As entrevistas aqui reportadas, tratam-se de duas gerações de mulheres (décadas de 20 e 40), em sua maioria oriundas das camadas médias. Elas possuem posições muito diferenciadas, expressadas nas narrativas que fizeram das estratégias que utilizaram para viver os desafios de sua época³⁴.

Ao me confessar, dizia ao padre que tinha "tirado" (*coitus interruptus*), nós usávamos o método do ritmo que era aprovado pela Igreja, e no período fértil usava "tirar", este então dizia-me **que não me daria a absolvição, o que significava que não poderia comungar enquanto não parasse de usar este método. Eu então saía chorando da igreja e, em casa, discutia com meu marido. A partir de então, deixávamos de "tirar", eu voltava no outro domingo e comungava. Foi assim que tive cinco dos seis filhos que tenho**³⁵. (grifo nosso)
Eu ia experimentando tudo quanto era pílula. Mas eu não me adaptei. E eu tive um processo de engorda muito grande. Eu engordei demais. **Não queria tomar, mas não queria ter filhos, então a gente...**³⁶. (grifo nosso)

Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-01882003000100010>. Acesso em: 27 de agosto de 2018.

³³ PEDRO, Joana Maria. **A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração**. Rev. Bras. Hist. vol. 23 n°. 45. São Paulo, julho de 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-01882003000100010>. Acesso em: 27 de agosto de 2018.

³⁴ PEDRO, 2003, Idem.

³⁵ SEBASTIANA (nascida em 1929, casada em 1948), entrevistada em 20/8/1995, em Florianópolis. In: PEDRO, Joana Maria. **A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração**. Rev. Bras. Hist. vol.23 n°.45. São Paulo, julho de 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-01882003000100010>. Acesso em: 27 de agosto de 2018.

³⁶ SUELI (nascida em 1946, casada em 1974), em Itajaí/UNIVALI, entrevistada em 10 de fevereiro de 2000. In: PEDRO, Joana Maria. **A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração**. Rev. Bras. Hist. vol.23 n°.45. São Paulo, julho de 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-01882003000100010>. Acesso em: 27 de agosto de 2018.

A ADPF 442, apresentada pelo PSOL, edifica-se sobre a desconstrução de possíveis motivações jurídicas que serviram até hoje como suporte à criminalização do aborto prevista nos dispositivos 124 e 126 do Código Penal.

É questionada a adequação legal desses dispositivos em perspectiva com legislação internacional e com a própria normativa constitucional brasileira. A argumentação perpassa por experiências internacionais – principalmente na Alemanha e nos Estados Unidos, mas também destaca a Colômbia, que foi o primeiro país latino-americano a recepcionar a revisão constitucional sobre a interrupção de gestação – e se consubstancia na técnica interpretativa de proporcionalidade, o mesmo método que é utilizado pelos ministros do STF quando há colisão de preceitos fundamentais, baseado em análise realizada sobre os efeitos gerados pelas normas penais confrontadas.

Os preceitos fundamentais apontados como violados em virtude da criminalização do aborto são: preceitos violados os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, todos da Constituição Federal.

Assim, a pretensão que se almeja com o ajuizamento de uma demanda certamente é para se alcançar o que não é possível extrajudicialmente, seja pela impossibilidade administrativa do objeto, seja pela existência de um litígio, cabendo, com o regular exercício do direito de ação, ou, *in casu*, por existir uma legislação pretérita (CP 1940), impregnada pelo *mens legislatoris* daquela década, inserida no contexto contemporâneo da Constituição Federal de 1988, devendo o indivíduo e as instituições conhecedoras dos direitos do cidadão, buscar junto ao judiciário o objetivo pretendido, tendo em vista a evolução social e a necessária adequação da norma às necessidades da sociedade atual.

No momento em que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 § 7º admite o planejamento familiar e assegura ao casal a liberdade de decidir sobre a eventualidade da prole, consagrada constitucionalmente a paternidade responsável, não sendo possível excluir qualquer método contraceptivo para manter a família dentro do limite pretendido pelo par, restando a prática do aborto excluída do rol de ilícitos penais.

Gestações involuntárias e indesejadas ocorrem por inúmeros motivos, dentre os quais não se enquadram a vontade da mulher em engravidar, apenas pelo simples motivo de querer abortar. Os métodos contraceptivos existentes não são infalíveis.

A questão da descriminalização do aborto deixou de ser de caráter penal, tornando-se uma questão social de profunda importância, com a necessidade de mudança de paradigmas e afastamento do preconceito, pois o que hoje temos de imoral em nossa sociedade é ignorar o aborto como fato social existente, pois impor à mulher limitações ao exercício do livre arbítrio sobre o próprio corpo implica afrontar o princípio da igualdade que equipara mulheres e homens³⁷.

Assevera Berenice Dias:

A guerra das mulheres pela sua liberação tem sido, na realidade histórica, uma sequência de batalhas e vitórias. No começo foi necessário lutar pela cidadania, em busca do direito ao voto. Depois se perseguiu o direito à plena capacidade, perdida em decorrência do casamento. Seguiu-se a busca pela sobrevivência, ou seja, o direito ao trabalho economicamente valorado, até que se começou a perseguir o direito à sexualidade, ao prazer. A liberdade de escolher a maternidade foi conquistada com o surgimento dos métodos contraceptivos. Finalmente, para a prática de sua total independência, estão buscando as mulheres o direito de não se submeter à gestação indesejada. A mulher suporta a gravidez e todos os seus transtornos, não podendo ser considerada como mero instrumento reprodutor (...) mais importante que a descriminalização é a regulamentação de sua prática para banir a mais terrível consequência que a clandestinidade encerra e os números revelam: ninguém está cumprindo pena por haver se submetido a um aborto, mas as estatísticas informam que, a cada nascimento, corresponde um aborto³⁸.

Versa o artigo 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre o Direito à Vida. Em seu artigo 4.1 verbera que *“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”*. (grifo nosso)

³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Aborto como um direito humano**. Disponível em: www.mbdias.com.br. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Aborto como um direito humano**. Disponível em: www.mbdias.com.br. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Artavia Murillo e outros – Fecundação *in vitro* -, entendeu sobre o versado no artigo 4.1 da Convenção Americana dos Direitos Humanos:

Além disso, é possível concluir das palavras “em geral” que a **proteção do direito à vida em conformidade com esta disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra geral**³⁹. (grifos nossos)

3.1 O INÍCIO DA VIDA E A AUSÊNCIA DE DOR FETAL – COMPROVAÇÃO CIENTÍFICA

Em relação ao tema em tela, a Corte Interamericana considera que se trata de uma questão valorizada de diferentes formas, numa perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, e coincide com os tribunais organizações internacionais, no sentido de que não há uma definição acordada sobre o começo da vida, portanto **não podem justificar a prevalência de um certo tipo de literatura científica ao interpretar o alcance do direito à vida consagrada na Convenção Americana.**

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, acerca da pesquisa com células-tronco embrionárias, tema bastante polêmico que fez necessário o enfrentamento pelo Plenário do conceito de “vida” e quando esta tem início.

O Ministro Marco Aurélio se manifestou quanto ao princípio da vida, mencionando as diversas possibilidades de trabalhar a questão, entre elas, citou:

O momento da concepção; o da ligação do feto à parede do útero (nidação), o da formação das características individuais do feto, o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos (como na

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo e outros. “Fecundação in vitro” vs. Costa Rica.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. In: Convenção Americana de Direitos Humanos interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e Pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. STF/2018. P. 11.

antiguidade), o da viabilidade em termos de persistência da gravidez e o do nascimento⁴⁰.

No julgamento do HC 124.306, o Ministro relator Marco Aurélio asseverou sobre o *status* jurídico do embrião durante fase inicial da gestação, destacando que a criminalização do aborto no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher *in verbis*:

Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno. **Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação.** Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher. **Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem. (...) na linha do que se sustentou no presente capítulo, a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher**⁴¹.
(Grifo nosso)

A professora Camila Silva Nicácio⁴², na audiência pública realizada em agosto de 2018 pelo STF, como instrução no julgamento da ADPF 442, afirmou que a criminalização do aborto nas 12 primeiras semanas de gestação é discriminatória e desproporcional, violando direitos fundamentais das mulheres relacionados à vida, saúde, autonomia e liberdade, argumentando que a criminalização do

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 54**. Relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 124.306**. Relator Ministro Marco Aurélio, red. p/ o ac. Ministro Roberto Barroso, 1ª Turma. Julgado em 09 de agosto de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁴² NICÁCIO, Camila Silva. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. **Audiência Pública STF – ADPF 442**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

aborto é inadequada dentro dos princípios do sistema judiciário brasileiro, que se pauta pela restrição do poder punitivo estatal com o objetivo de evitar ingerência arbitrária e eliminar reminiscências de um estado de polícia no ordenamento jurídico.

Em observação ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos já expressou pela possibilidade da legalização do aborto, ao negar pedido de condenação dos Estados Unidos em razão da legalização da prática no estado de Massachusetts⁴³, por considerar que o **direito à vida não é absoluto**⁴⁴, e que os supostos direitos do embrião não podem ultrapassar os direitos das mulheres.

Em artigo escrito pelo conferencista sênior, Stuart W G Derbyshire⁴⁵, da Universidade de Birmingham, Escola de Psicologia, Edgbaston, Birmingham, explica que:

Apesar das limitações, é útil visualizar o sistema de dor como um sistema de alarme. Visto desta forma, um estímulo nocivo é um evento que ativa as terminações nervosas livres na pele, semelhante a apertar um botão de alarme. O cabo elétrico do botão para o alarme é semelhante à conexão entre as terminações nervosas e o cérebro. O cérebro é o alarme que soa a dor. Se o feto pode responder a um estímulo nocivo com dor pode, assim, ser decidido em parte, determinando quando o sistema de alarme está completamente desenvolvido. (Grifos nossos)

Explica o cientista, que s terminações nervosas livres, os "botões de alarme", começam a se desenvolver com cerca de sete semanas de gestação. *"Neste momento, no entanto, o sistema nervoso ainda não amadureceu completamente"*, e complementa:

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Baby Boy**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo e outros. "Fecundação in vitro" vs. Costa Rica**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. In: Convenção Americana de Direitos Humanos interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e Pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. STF/2018. P. 11.

⁴⁵ DERBYSHIRE, Stuart. WG. **Can fetuses feel pain?(2006)**. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1440624>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

Nenhuma estrutura laminar é evidente no tálamo ou no córtex, uma característica definidora da maturidade. A parede externa do cérebro tem cerca de 1 mm de espessura e consiste de uma camada interna e externa sem placa cortical. **A densidade celular neuronal da camada externa é muito maior do que a de um recém-nascido ou adulto e, às sete semanas de gestação, ainda não recebeu nenhuma projeção talâmica. Sem projeções talâmicas, estas células neuronais não podem processar a informação nocivo a partir da periferia**⁴⁶. (Grifos nossos)

Derbyshire explica que as primeiras projeções do tálamo para o córtex, que seria o “alarme mais alto” aparecem entre a 12^a (décima segunda) e a 16^a (décima sexta) semanas de gestação.

Estudos de imagem funcional mostram que as projeções talâmicas na placa cortical são a anatomia mínima necessária para a experiência da dor e que essas projeções estão completas somente na 23^a (vigésima terceira) semana de gestação, e que entre a 23^a (vigésima terceira) e 25^a (vigésima quinta) semanas de gestação é também o tempo no qual as terminações nervosas livres periféricas e seus locais de projeção dentro da medula espinhal atingem a maturidade plena⁴⁷.

Ressalta em seus estudos que *“embora o sistema seja claramente imaturo e ainda esteja ocorrendo muito desenvolvimento, há boas evidências de que o sistema biológico necessário para a dor está intacto e funcional por volta da 26^a semana de gestação”*⁴⁸.

4 DA NECESSIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO – ALGUNS CASOS RECENTES NO BRASIL

A penalização do aborto viola diversos direitos fundamentais das mulheres, restringindo sua cidadania, o direito à igualdade, à saúde e à vida, criando obstáculos, inclusive ao livre exercício da profissão médica, interferindo na confidencialidade na relação médico-paciente, o que fragiliza, sobremaneira, a qualidade do tratamento.

⁴⁶ DERBYSHIRE, 2006, Idem.

⁴⁷ DERBYSHIRE, Stuart. W.G. *Can fetuses feel pain?(2006)*. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1440624>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

⁴⁸ DERBYSHIRE, 2006, Idem.

A mulher precisa ter segurança e liberdade para confiar a um médico o não desejo em não levar a diante uma gestação que por algum motivo, na contramão de sua vontade, aconteceu. Somente com a liberação do aborto, a mulher conseguirá procurar um centro médico autorizado, expor suas dificuldades, casos em que, será orientada e até mesmo dissuadida em interromper a gestação, pois muitas vezes o aborto clandestino ocorre por medo da família, vergonha ou por abandono pelo companheiro. Corroborando esse último fato, os alimentos gravídicos.

Segundo os dados da Pesquisa Nacional do Aborto (PNA) publicada em 2016, a cada minuto uma mulher recorre à prática do aborto no Brasil. São mais de 500 mil brasileiras por ano.

Alguns casos chamaram a atenção da sociedade, entre eles o da Universitária, Caroline Mele Machado Duo, 23 anos, foi encontrada morta em uma quitinete, em Itapema, litoral de Santa Catarina em 21/02/2018. A suspeita é de que a Universitária estava grávida de seis meses e meio. O namorado de 26 anos, e um senhor de 56 anos, que estava no local, foram presos em flagrante, suspeitos dos crimes de aborto qualificado pela morte da gestante e venda de remédios sem registro. A jovem foi encontrada sobre a cama do quarto, com sangue na região da boca e já sem os sinais vitais⁴⁹.

Os socorristas do SAMU foram acionados pelos dois homens por volta das 19h30, porém não havia mais possibilidade de reanimar a Universitária. No local, os socorristas encontraram comprimidos de Cytotec – nome comercial do misoprostol –, luva cirúrgica, uma garrafa de refrigerante com odor de acetona e uma máquina artesanal que a polícia suspeita ser uma bomba de sucção⁵⁰.

O namorado relatou que na quarta-feira ele e Caroline visitaram o senhor com 56 anos, amigo em comum dos dois. No início da noite quando a jovem foi tomar banho, estranharam sua demora e a encontraram desmaiada dentro do box com um sangramento vaginal. Os dois teriam a levado para o quarto e sobre a cama tentado reanimá-la⁵¹.

⁴⁹ **Morte de jovem de 23 anos em Santa Catarina reacende debate sobre aborto seguro.** Disponível em: <http://catarinas.info/morte-de-jovem-de-23-anos-em-santa-catarina-reacende-debate-sobre-aborto-seguro>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁵⁰ **Morte de jovem de 23 anos em Santa Catarina reacende debate sobre aborto seguro.** Disponível em: <http://catarinas.info/morte-de-jovem-de-23-anos-em-santa-catarina-reacende-debate-sobre-aborto-seguro>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁵¹ Idem.

No dia 20/07/2018, foi publicado no site G1, Aline Rickly e Fernanda Soares, G1, o caso de Ingriane Barbosa, de 30 anos, trabalhava como babá e já tinha três filhos de 9, 7 e 2 anos de idade.

Com a família de baixa renda e já com três filhos, Ingriane, grávida de 4 meses, e com muito medo de represálias pela família, pagou R\$ 300,00 (trezentos reais) para uma mulher fazer um aborto nela com métodos caseiros. Ingriane morreu no dia 16 de maio com infecção generalizada depois de ficar sete dias internada no Hospital Alcides Carneiro (HAC)⁵².

De acordo com a polícia, o feto e o talo de mamona foram expelidos no dia 9 de maio, quando a vítima já sentia calafrios e estava com a pressão baixa. Antes de entrar no centro cirúrgico ela disse ao irmão, Natanael, que estava com medo de morrer: *"Ela entrou em coma induzido e não voltou mais"*, lamenta Natanael, acrescentando que Ingriane era uma boa mãe e se dedicava aos três filhos. Ela trabalhava como babá há dois meses. Para o irmão, Ingriane teve medo da cobrança da família com relação ao novo filho. *"A gente ia apoiar, porque era nossa família. A Ingriane tinha um futuro, uma história, sonhos. Estamos tristes pela perda. Não precisava chegar a esse ponto"*, afirma Natanael. **Ele ainda encontrou mensagens no celular da irmã que indicavam que o pai da criança não queria manter um compromisso**⁵³. (grifos nossos)

Caso semelhante ocorreu em Cariacica, ES, no ano de 2010⁵⁴, quando uma mulher de 23 anos, no 6º mês de gestação, pagou R\$ 20,00 (vinte reais) para uma senhora do bairro Cruzeiro do Sul a ajudasse no aborto. A senhora utilizou um talo de mamona para o aborto. Após sentir fortes dores, a gestante procurou socorro no Hospital Infantil e Maternidade de Vila Velha, mas mesmo com a tentativa de aborto, o bebê foi retirado com vida.

⁵² **Mulher tenta abortar filho com talo de mamona e vai responder inquérito policial.** Disponível em:

<http://www.folhavoria.com.br/policia/noticia/2010/01/mulher-tenta-abortar-filho-com-talo-de-mamona-e-vai-responder-inquerito-policial.html>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

⁵³ Idem.

⁵⁴ **Grávida de quatro meses morre após fazer aborto em casa e suspeita de realizar procedimento é presa.** Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/noticia/2018/07/20/gravida-de-quatro-meses-morre-apos-fazer-aborto-em-casa-e-suspeita-usar-talo-de-mamona-e-presa.ghtml>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

A mulher de 23 anos foi interrogada e liberada e vai responder um inquérito pelo aborto, mas o delegado Mario Brocco, na época da entrevista (2010), demonstrou espanto, que nos dias hodiernos pessoas ainda utilizam meios rudimentares para praticar um crime, causando mal à própria vida⁵⁵.

Mais uma vez, a *contrario sensu* das declarações do delegado, podemos abstrair a necessidade de descriminalização do aborto, frente a ineficácia legislativa em “tentar coibir” uma prática que só aumentará a cada dia o número de mulheres mortas ou com grandes sequelas, pois por ser uma conduta tida como criminosa, as impedirá de procurar um serviço de apoio e atendimento seguro e legal.

4.1 OPINIÕES A FAVOR E CONTRA A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Ministra Relatora da ADPF 442, convocou uma audiência pública como parte da instrução para julgamento da descriminalização do aborto no Brasil

Foram dois dias de oitivas das instituições que falaram em defesa e contra a descriminalização do aborto.

No dia 03 de agosto de 2018, 14 convidados falaram favoravelmente à descriminalização do procedimento, destacando direitos da mulher como dignidade e cidadania e alertando para casos de violência doméstica, gravidez indesejada na adolescência, entre outros relatos que levam milhares de mulheres a buscar métodos clandestinos de aborto⁵⁶.

A principal preocupação desses especialistas são as complicações e mortes ocasionadas, de certa forma, pelas dificuldades devidas à criminalização do ato, pois, conforme já explanado no presente estudo e compartilhando da mesma opinião

⁵⁵ **Grávida de quatro meses morre após fazer aborto em casa e suspeita de realizar procedimento é presa.** Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/noticia/2018/07/20/gravida-de-quatro-meses-morre-apos-fazer-aborto-em-casa-e-suspeita-usar-talo-de-mamona-e-presa.ghtml>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

⁵⁶ **Descriminalização do aborto divide especialistas em audiência no STF.** Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-08/descriminalizacao-do-aborto-divide-especialistas-em-audiencia-no-stf>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

dos especialistas, entendemos que a descriminalização do aborto permitirá um procedimento mais seguro e poderá integrar uma política mais completa de saúde que inclua o aconselhamento anticonceptivo que poderia evitar novos casos, quem dirá, até mesmo a dissuasão da gestante em abortar.

Os defensores da descriminalização pedem que o aborto seja tratado como um procedimento de saúde pública. A professora Melania Amorim, do Instituto Paraibano de Pesquisa Joaquim Amorim Neto, afirmou que a mortalidade materna relacionada ao aborto seguro é considerada zero nos países em que aborto é descriminalizado, enquanto o Brasil tem uma morte por aborto a cada dois dias, ressaltando:

São mulheres que não têm, em geral, conhecimento sobre métodos de aborto. Quem tem recursos pode ter acesso a métodos seguros, embora clandestinos. O principal fator impeditivo ao acesso ao aborto seguro é a criminalização, que aumenta a mortalidade sem reduzir a ocorrência de abortos induzidos (...) aborto seguro garantiria a aproximação entre pacientes e médicos e profissionais de saúde que poderiam reforçar informações para evitar uma nova gestação indesejada⁵⁷.

No último dia 25/08/2018 o governo da Inglaterra anunciou que o uso doméstico do misoprostol, o segundo medicamento usado para o aborto médico precoce, será legalizado para mulheres na Inglaterra. A professora Lesley Regan, presidente do *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists* (RCOG), disse:

O anúncio de hoje de que o uso do misoprostol em casa será permitido na Inglaterra é muito bem-vindo e um grande passo para a saúde da mulher. Esta medida simples e prática e irá fornecer às mulheres uma escolha significativamente maior e é o cuidado mais compassivo que podemos dar a elas. Isso permitirá que as mulheres evitem o sofrimento e o constrangimento de sangramento e dor durante a jornada de uma desnecessária segunda visita a uma clínica ou

⁵⁷ **Descriminalização do aborto divide especialistas em audiência no STF.** Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-08/descriminalizacao-do-aborto-divide-especialistas-em-audiencia-no-stf>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

hospital. Também melhorará o acesso a cuidados abortivos seguros e regulamentados e tirará pressão dos serviços do NHS⁵⁸.

Por outro vértice há os que defendem a criminalização do aborto, como o médico ginecologista Rafael Câmara, coordenador da Residência Médica e Ginecologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), que afirmou que *“a liberação do aborto, sim, é problema de saúde pública”*, ressaltando que não é *“fanático religioso”*, como são frequentemente considerados os contrários ao aborto, contradizendo, em seu discurso, as pesquisas sobre mortes e complicações por aborto ilegal. Asseverou: *“Não dá para estimar a porcentagem de abortos ilegais. Não há epidemia de internações por aborto. Essas estimativas são chutes. Isso é chute. Não está embasado”*⁵⁹.

Afirmou, ainda, que nem o perfil de mulheres mais afetadas pelas complicações do aborto ilegal pode ser considerado verdadeiro, asseverando que *“a saúde pública é ruim para todo mundo. Sou médico da saúde pública”* e que o aborto legal *“não é tão seguro assim”* e disse que muitos médicos se recusam a executar o procedimento **mesmo nos casos previstos em lei, como os de estupro**: *“Médicos que recebem casos como estupro ficam sem saber o que fazer. Há casos em que a equipe de enfermagem nega-se a participar. Outra coisa, se não tem dinheiro para as maternidades no país, vai ter dinheiro agora para aborto? Vai ter a fila do aborto. Quem vai fazer o aborto? Vamos cuidar das maternidades antes”*⁶⁰.

Outros defensores da criminalização do aborto afirmam que um embrião já é um ser humano e que a fertilização é o referencial inegável para todas as etapas do desenvolvimento desse novo ser humano, refugando a ideia de tempo de desenvolvimento do embrião,

⁵⁸ ROYAL COLLEGE OF OBSTETRICIANS & GYNAECOLOGIST. **Declaração de RCOG e FSRH sobre mulheres na Inglaterra que podem tomar o misoprostol em casa.** Disponível em: <https://www.rcog.org.uk/en/news/rcog-and-fsrh-statement-on-women-in-england-being-able-to-take-misoprostol-at-home>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

⁵⁹ **Descriminalização do aborto divide especialistas em audiência no STF.** Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-08/descriminalizacao-do-aborto-divide-especialistas-em-audiencia-no-stf>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

⁶⁰ Idem.

bem como da fecundação do óvulo até a concepção (nidação)⁶¹, o que com toda a vênia discordamos, pois hoje, com o avanço da medicina e dos estudos do genoma humano, é possível saber o dia exato que uma mulher ovula.

5 CONCLUSÃO E PROJEÇÕES ECONÔMICAS E SOCIAIS EM FAVOR E CONTRÁRIOS A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Maria Berenice Dias escreveu em seu artigo “Aborto uma questão social”⁶², que no Brasil, são praticados um milhão de abortos por ano, sem contar a cifra negra, pois se trata de prática clandestina e de difícil sua exata quantificação, somando-se a esses assustadores números outro dado: 10.000 mulheres morrem em decorrência de procedimentos de má qualidade, sendo a maior causa de morte feminina⁶³.

Versa a douta jurista que:

Dizer que um ato é um crime não coíbe sua prática, não podendo o Estado deixar de cumprir sua função de controlar a sociedade e assegurar a vida de todos. Ao optar pela preservação da vida de um embrião, deixou de garantir a vida das mulheres, limitando-se simplesmente a ignorar que a interrupção da gravidez indesejada continua a ser realizada. Portanto, ter criminalizado sua prática não bastou para impedir que continue a ser levado a efeito, mas em condições adversas, face à falta de controle estatal. Atualmente, só a elite, que tem condições de atender aos exorbitantes valores cobrados pelas clínicas particulares, pode exercer o direito de escolha. Aquela que não tem como pagar precisa submeter-se a procedimentos clandestinos, cujos riscos são por demais conhecidos, sujeitando-a a sequelas que todos sabem quais são⁶⁴.

Como bem lembra a nobre jurista, o artigo 227 da Constituição Federal determina que a responsabilidade pela formação do cidadão e a proteção da criança e do adolescente, “*que deveria*

⁶¹ Idem.

⁶² DIAS, Maria Berenice. **Aborto uma questão social**. Disponível em: www.mbdias.com.br. Acesso em 29 de agosto de 2018.

⁶³ Idem.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Aborto uma questão social**. Disponível em: www.mbdias.com.br. Acesso em 29 de agosto de 2018.

ser do Estado”, é delegada à família, em primeiro lugar, depois à sociedade e por último ao Estado.

Com a criminalização do aborto e a atual realidade social do Brasil, essa responsabilidade recai quase sempre sobre os ombros da mãe, sendo indispensável assegurar-lhe o direito de optar se quer ou não gestar. *“Não deve o Estado substituir-se à vontade da mulher, que tem o direito de decidir sobre sua vida e sobre a assunção de prole”*⁶⁵.

Essa atitude omissiva está a penalizar exclusivamente quem foi privada de uma educação reprodutiva, quem não tem acesso a meios seguros de contracepção ou ainda quem não tem condições de interromper, ainda que clandestinamente, uma gestação indesejada em clínicas particulares⁶⁶.

Assim, considerando que a mulher não recorra ao aborto por medo de ser presa, o resultado será uma gestação obrigada, uma maternidade imposta, que poderá restar em abandono de bebês no lixo, como frequentemente constatamos nos noticiários, caso em que o Estado será onerado com a criação e educação desse abandonado até que ele seja adotada, ou, na pior situação, não seja adotada, terá que ser colocada na rua no que completar 18 anos, pois é o tempo máximo que poderá permanecer sob o abrigo do Estado.

Por outro vértice, considerando a mulher que procure clínicas clandestinas de abortou, ou ainda, meios rudimentares de abortamento, como no caso da jovem que utilizou de um galho de mamona acabou falecendo e deixou órfãos três crianças, apenas porque não tinha condições financeiras de ter um 4º filho, bem como seu namorado não queria o filho que nela fez.

Essa mulher movimentou a máquina judiciária para investigação do seu caso, bem como usou os serviços de saúde pública para salvarem sua vida. Isso tudo porque o aborto ainda é crime no Brasil, pois caso não o fosse, várias crianças não seriam abandonadas em lares públicos, milhares não estariam a própria sorte nas esquinas, nem mesmo a partir de completados seus 18 anos, quando devem deixar os lares públicos em busca de construir suas vidas sem pai, nem mãe.

⁶⁵ DIAS, Idem.

⁶⁶ DIAS, Idem.

Com a descriminalização do aborto, clínicas clandestinas serão desmanteladas, as mulheres terão segurança de acesso à saúde, leitos públicos hospitalares serão ocupados apenas por doentes e não por mulheres sofridas, humilhadas e criminalizadas pela sua decisão incompreendida de não querer ou não ter condição de ser mãe.

Com a descriminalização do aborto, menos crianças serão abandonadas ao nascer ao relento, mais mulheres estarão informadas e muitos abortos poderão ser impedidos de forma pacífica, pois ao procurarem um centro médico, terão aconselhamento e até mesmo, compreendendo a situação, poderão desistir de abortar.

Com a descriminalização do aborto o Estado gastará muito menos, pois não pagará mais pelo erro de criminalizar um ato do qual a decisão deverá partir única e exclusivamente da mulher, pois somente ela carrega consigo os estigmas de sua decisão.

Os defensores da criminalização do aborto apenas levantam suas bandeiras em movimentos públicos e sociais, porém não se oferecem a ajudar no custeio da criança a nascer, nem mesmo em tratamentos médicos e psicológicos de quem gesta a criança, pois para esses defensores, veículos da hipocrisia, o avatar é: “Quem pariu Matheus, que embale”.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ARANHA, Maria Lucía de; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando. Introdução à Filosofia**. Vol. Único. Ed. Moderna, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. Aula Magna da TV Justiça. **O novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito**. Disponível em <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

BONAVIDES *apud* LEAL, Saul Tourinho. **O princípio da busca da felicidade como postulado universal**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 2 – agosto 2008 – Brasília – Brasil – ISSN 1982-4564.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso ArtaviaMurillo e outros. “Fecundação in vitro” vs. Costa Rica**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. In: Convenção Americana de Direitos Humanos interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e Pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. STF/2018.

_____. **Caso Baby Boy.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Aborto como um direito humano.** Disponível em: www.mbdias.com.br. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

_____. Maria Berenice. **Aborto e direito ao lar.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

_____. Maria Berenice. **Aborto uma questão social.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 29 de agosto de 2018

DERBYSHIRE, Stuart. WG. **Can fetuses feel pain?(2006).** Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1440624>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

Descriminalização do aborto divide especialistas em audiência no STF. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-08/descriminalizacao-do-aborto-divide-especialistas-em-audiencia-no-stf>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

DIFANTE, Édison Martinho da Silva. **O conceito de felicidade na filosofia prática de Kant.** Santa Maria/RS, 2008. Disponível em: <http://w3.ufsm.br/ppgf/menuesp2/f6d43205695121f931298c8cd5ebed19.pdf>. Acesso em: 16 de agosto de 2018.

FERRAZ, Renata Barboza; TAVARES, Hermano; ZILBERMAN, Monica L. **FELICIDADE: uma revisão.** Revista de psiquiatria clínica, vol. 34, nº 5, São Paulo – 2007.

GESTAÇÃO MOLAR. Disponível em: <http://www.nhs.uk/conditions/molar-pregnancy/Pages/Introduction.aspx>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

Grávida de quatro meses morre após fazer aborto em casa e suspeita de realizar procedimento é presa. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/noticia/2018/07/20/gravida-de-quatro-meses-morre-apos-fazer-aborto-em-casa-e-suspeita-usar-talo-de-mamona-e-presa.ghtml>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

HUMAN ANATOMY CHAPTER 28. *Embryology Atlas* de 22 de julho de 2011. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20110722153852/http://cwx.prenhall.com/bookbindpu/bbooks/martini10/chapter28/custom3/deluxe-content.html>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

LEAL, Saul Tourinho. **O princípio da busca da felicidade como postulado universal.** Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 2 – agosto 2008 – Brasília – Brasil – ISSN 1982-4564.

MATIELLO, Carla. **Breves anotações sobre o princípio da busca da felicidade.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3669, 18 de julho de 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24959>. Acesso em: 27 de agosto de 2018.

Morte de jovem de 23 anos em Santa Catarina reacende debate sobre aborto seguro. Disponível em: <http://caterinas.info/morte-de-jovem-de-23-anos-em-santa-catarina-reacende-debate-sobre-aborto-seguro>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

Mulher tenta abortar filho com talo de mamona e vai responder inquérito policial. Disponível em: <http://www.folhavoria.com.br/policia/noticia/2010/01/mulher-tenta-abortar-filho-com-talo-de-mamona-e-vai-responder-inquerito-policial.html>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

NICÁCIO, Camila Silva. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. **Audiência Pública STF – ADPF 442.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

NIETZSCHE *apud* ARRUDA ARANHA, Maria Lucia de; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando. Introdução à Filosofia.** Vol. Único. Ed. Moderna, 2009. Cap. 7, p. 81.

PEDRO, Joana Maria. **A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração.** Rev. Bras. Hist. vol.23 n°.45. São Paulo, julho de 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-01882003000100010>. Acesso em: 27 de agosto de 2018.

ROYAL COLLEGE OF OBSTETRIANS & GYNAECOLOGIST. Declaração de RCOG e FSRH sobre mulheres na Inglaterra que podem tomar o misoprostol em casa. Disponível em: <https://www.rcog.org.uk/en/news/rcog-and-fsrh-statement-on-women-in-england-being-able-to-take-misoprostol-at-home>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

SCHAFRANSKI, Marcelo. **Medicina da felicidade.** Ed. Matrix, 2012, São Paulo/SP.

SEBASTIANA (nascida em 1929, casada em 1948), entrevistada em 20/8/1995, em Florianópolis. In: PEDRO, Joana Maria. **A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração.** Rev. Bras. Hist. vol.23 n°.45. São Paulo, julho de 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-01882003000100010>. Acesso em: 27 de agosto de 2018.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da. in: **Fundamentos do direito natural à vida.** Ed. Revista dos Tribunais, 623/28.

SUELI (nascida em 1946, casada em 1974), em Itajaí/UNIVALI, entrevistada em 10 de fevereiro de 2000. In: PEDRO, Joana Maria. **A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração.** Rev. Bras. Hist. vol.23 n°.45. São Paulo, julho de 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-01882003000100010>. Acesso em: 27 de agosto de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 54.** Relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

_____. **HC 124.306**. Relator Ministro Marco Aurélio, red. p/ o ac. Ministro Roberto Barroso, 1ª Turma. Julgado em 09 de agosto de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

_____. **Notícias**. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/listagem/listarNoticias.asp>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

_____. **Recurso Extraordinário nº 328.232/AM**. Ministro Relator Carlos Velloso, publicado em 20 de abril de 2005, *apud* LEAL, 2008.

TOLERÂNCIA. In: Dicionário infopédia da Língua Portuguesa com Acordo Ortográfico. Ed. Porto, 2003-2017. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/tolerancia>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

ABUSO SEXUAL INFANTIL: UM CASO INVERÍDICO, QUE RESULTOU NO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Izabella Ross Emmendoerfer¹

1 INTRODUÇÃO

O abuso sexual infantil pode ser definido como ato ou jogo sexual, em relação homo ou heterossexual, entre um ou mais adultos e uma pessoa menor de dezoito anos, tendo por finalidade estimular sexualmente, ou utilizá-la para obter uma estimulação sexual, seja através atividade sexual completa, tentativa de atividade sexual, toque de genitais, exposição dos genitais do adulto à criança, exploração sexual, perseguição sexual e voyeurismo (Williams et al., 2010).

O instrutivo do SINAN caracteriza como violência sexual toda ação na qual uma pessoa, em situação de poder, obriga uma outra à realização de práticas sexuais, contra a vontade, por meio de força física, influência psicológica, uso de armas ou drogas, podendo citar como exemplo: jogos sexuais, práticas eróticas impostas a outros(as), estupro, atentado violento ao pudor, sexo forçado no casamento, assédio sexual, pornografia infantil, voyeurismo, etc. (Waiselfisz, 2012).

No Brasil, há um crescente movimento de conscientização acadêmica e da população em geral sobre o abuso e suas consequências. Isso vem sendo fomentado por programas governamentais, como, por exemplo, a criação do antigo Programa Sentinela (Barbosa, Paim, Koshima & Xavier, 2001) e o atual Serviço de Enfretamento à Violência, ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, desenvolvido no âmbito do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS); o Plano

¹ Advogada, Mestre em Psicologia Forense. E-mail: advogada.izabella.emmendoerfer@gmail.com

Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infante Juvenil (2002); o Programa de Prevenção, Assistência e Combate à Violência Contra a Mulher (2003), e por grupos de estudos filiados a universidades federais, estaduais e particulares (Antonia at. al., 2011).

Essas ações de conscientização são decorrentes dos índices e das estimativas alarmantes de abuso sexual contra crianças e adolescentes. Pelos registros do SINAN foi atendido, em 2011, um total de 10.425 crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. A grande maioria do sexo feminino: 83,2%. Com poucas oscilações entre as faixas etárias, visto que é entre os 15 e os 19 anos que os índices femininos atingem sua máxima expressão: 93,8%. Ao todo, foram 16,4 atendimentos para cada 100 mil crianças e adolescentes. A maior incidência de atendimentos registra-se na faixa de 10 a 14 anos, com uma taxa de 23,8 notificações para cada 100 mil adolescentes. Destes, o agente agressor com maior índice, foi de amigo ou conhecido da criança ou da família, com 28,5% dos atendimentos (com incidência elevada em todas as faixas etárias de vítimas, especialmente dos 5 aos 14 anos de idade). Desconhecidos configuram a segunda categoria individual em ordem de relevância, com 17,9% de frequência, com grande incidência dos 15 aos 19 anos, indicados em 44,2% dos atendimentos. Pais e padrastos aparecem seguidamente dentre as categorias individuais de maior peso, responsáveis por aproximadamente 10% dos atendimentos cada uma. Em conjunto, a família nuclear (pai, mãe, padrasto, madrasta, cônjuge, filhos e irmãos) representa 26,5% dos prováveis agressores das crianças e adolescentes (Waiselfisz, 2012).

Segundo instituições de pesquisa na área, cerca de 165 casos por dia são denunciados (Associação Brasileira Multidisciplinar de Proteção à Criança e ao Adolescente - ABRAPIA). O relatório de 2007 do serviço Disque Denúncia Nacional de Abuso e Exploração Sexual Contra Crianças e Adolescente, sob a coordenação da ABRAPIA, aponta que 27,8% dos casos delatados estão relacionados à violência sexual. Isto é, o Disque Denúncia Nacional realiza, em média, 2.159 atendimentos diários, tendo recebido e encaminhado, de maio de 2003 a janeiro de 2007, 28.630 denúncias de todo o país (Antonia at. al., 2011).

Martins and Jorge (2009), em similaridade ao aumento de índice, constatado na agressão física, encontraram um aumento no coeficiente de violência sexual, em crianças de até doze anos, entre

2002 e 2006, de 32,7%. Em 2002 o coeficiente era de 16,8 a cada 10.000, e em 2006 passou para 22,3 a cada 10.000 crianças. Os números postoss, compreendem os cometido por agente agressor extrafamiliar e intrafamiliar.

O abuso sexual intrafamiliar é desencadeado e mantido por uma dinâmica complexa. Tal dinâmica envolve dois aspectos que se apresentam interligados: a "Síndrome de Segredo", que está diretamente relacionada com a psicopatologia do agressor que, por gerar intenso repúdio social, tende a se proteger em uma teia de segredo, mantido às custas de ameaças e barganhas à criança abusada; e a "Síndrome de Adição" caracterizada pelo comportamento compulsivo do descontrole de impulso frente ao estímulo gerado pela criança, ou seja, o abusador, por não se controlar, usa a criança para obter excitação sexual e alívio de tensão, gerando dependência psicológica e negação da dependência. As relações nesse contexto familiar são marcadas pela hierarquia assimétrica, baseadas na desigualdade e subordinação e praticada por perpetuadores de uma violência sofrida na infância ou adolescência. (Schaefer, Rossetto & Kristenser, 2012; Habigzang, 2005).

As vítimas de violência sexual, usualmente apresentam um ou mais dos sintomas abaixo relacionados (de acordo com o Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Psiquiátricas Revisado, DSM IV – RT, 2000): ansiedade, pesadelos, insônias; dificuldade de caminhar e sentar; traumatismo físico ou lesões corporais, por uso de violência física; medo generalizado; agressividade, fugas frequentes de casa; mudanças extremas, súbitas e inexplicadas no comportamento, como oscilações no humor entre timidez e extroversão; tristeza, abatimento profundo ou depressão crônica; fraco controle de impulsos e comportamento autodestrutivo ou suicida; ansiedade generalizada, comportamento tenso, sempre em estado de alerta, fadiga; esgotamento físico; hipersexualidade (brincadeiras de conotação sexual); mudança no comportamento, agressividade, falta de apetite, gagueira, hábitos compulsivos; vontade de querer ficar só, falta de aprendizagem; uso e abuso de substâncias como álcool, drogas lícitas e ilícitas; pontualidade exagerada, quando ainda frequente a escola, demonstra pouco interesse ou mesmo resistência em voltar para casa após a aula; não participação, ou pouca participação nas atividades escolares; dificuldade de concentração e aprendizagem, resultando em baixo rendimento escolar; alto índice de abandono escolar; medo de adultos (principalmente se for do mesmo sexo do

seu agressor); surgimento de objetos pessoais, brinquedos, dinheiro e outros bens, que estão além das possibilidades financeiras da criança/adolescente e da família, pode ser indicador de favorecimento e/ou aliciamento; tendência ao isolamento social, com poucas relações com colegas e companheiros; transtorno de déficit de atenção (hiperatividade); transtornos alimentares, como bulimia e anorexia; transtorno de estresse pós-traumático; transtornos do sono; enurese (micção noturna) (Risman, 2012; Vieira et al., 2012);

Ao se constatar uma violência sexual no âmbito familiar, o art 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê medidas específicas de proteção, destacando os excepcionais como acolhimento institucional; inclusão em programa de acolhimento familiar; e colocação em família substituta (Brasil, 1990).

Somente após findados todos os recursos para assegurar as condições da permanência da criança no seio de sua família, é que ela deve ser acolhida por uma instituição que ofereça atendimento em regime de abrigo, isto porque o acolhimento institucional, pode acarretar sequelas que comprometam o desenvolvimento psicológico, de quem se almeja proteger. (Dias, 2013; Machado, 2011).

O estupro de vulnerável é um crime grave, capaz de acarretar o acolhimento institucional da vítima, como medida protetiva urgente, e reprimenda penal para os perpetradores. Em ambos processos, é necessária uma avaliação psicológica e multidisciplinar dos envolvidos, aplicado por profissionais capacitados, evitando assim, a possibilidade de falsas denúncias, especialmente em casos de divórcio, disputa de guarda, alienação parental, etc.; ainda, a equipe técnica investigativa deve ter o cuidado de não contaminar os dados fornecidos pela vítima, criando falsas memórias. A reprimenda legal e protetiva é necessária, porém, aplicada em casos efetivamente ocorridos. (Schaefer, Rossetto & Kristenser, 2012).

2 APRESENTAÇÃO DA PESQUISA

Apresentar-se-á um caso da pesquisa, que diz respeito a um suposto abuso sexual sofrido por duas irmãs, que resultaram no acolhimento institucional das mesmas. Para tanto passa a descrever os instrumentos utilizados.

2.1 INSTRUMENTOS

I Protocolo de avaliação para embasamento das decisões judiciais, por profissionais da área forense, para crianças e adolescentes acolhidos.

O Protocolo de avaliação para embasamento das decisões judiciais, por profissionais da área forense, para crianças e adolescentes acolhidos, criado pela pesquisadora (Emmendoerfer, 2013), teve por base: dispositivos legais, em especial o disposto no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente; o Protocolo de Atendimento “Reintegração Familiar” da Secretaria Municipal Adjunta de Assistência Social da Prefeitura de Belo Horizonte; os artigos científicos: “Algumas Considerações sobre o Parecer Psicológico na Justiça da Infância e da Juventude” (Coimbra, 2004) e “A Utilização do Genograma como Instrumento na Coleta de dados na Pesquisa Qualitativa” (Wendt & Crepaldi, 2007).

A seguir está descrito o protocolo criado pela pesquisadora (Emmendoerfer, 2013).

1. Descrição do Protocolo de Avaliação para Embasamento das Decisões Judiciais, por Profissionais da Área Forense, para Crianças e Adolescentes Acolhidos:

Trata-se de instrumento, dotado de sessenta e um itens, a serem respondidos pela equipe técnica das instituições acolhedoras. Os questionamento encontram-se divididos em doze grupos, cada qual com um tema de abordagem.

O primeiro grupo diz respeito a informações básicas de identificação do acolhido; o segundo, as condições pessoais da Criança/Adolescente no momento do acolhimento institucional; o terceiro, os motivos do acolhimento; o quarto, o abrigado e a escolaridade antes do acolhimento (com fotos); o quinto, análise comportamental do acolhido na instituição; o sexto, a existência de pessoas da família extensa com a pretensão de guarda; o sétimo, identificação de futuros guardiões integrantes da família natural/extensa ou pessoa diversa que tenha vínculo afetivo; o oitavo, roteiro de entrevista com os futuros guardiões da Criança/Adolescente; o nono, identificação da rede de proteção do possível futuro guardião; o décimo, critério de classificação econômica do propenso futuro guardião com base no Critério Brasil; o décimo primeiro, as práticas parentais e o controle emocional dos pais e/ou responsáveis, a ser observado através da aplicação de dois

testes psicológicos: Inventário de Estilos Parentais e Escala Fatorial de Neuroticismo; o décimo segundo grupo, percepção do abrigado no que se refere à possibilidade de reintegração familiar ou permanência sob a guarda de quem a pleiteia, utilizando questionamento preferencialmente indireto, a critério da psicóloga. Ainda neste grupo, deve-se investigar a percepção da criança/adolescente sobre o suporte familiar a ela oferecido, através da aplicação do teste psicológico IPFS – Inventário de Percepção de Suporte Familiar.

Após o preenchimento de todos os itens do protocolo, bem como a aplicação e análise dos resultados dos testes, a psicóloga mediante breve síntese fática responderia o item Parecer Geral, abordando os aspectos relevantes observados, definindo a sugestão do procedimento a ser adotado pela autoridade judiciária que considera mais adequado.

II Descrição do Inventário de Estilos Parentais (IEP)

Inventário de Estilos Parentais (IEP) - (Gomide, 2006), é um instrumento que tem por objetivo estudar a maneira utilizada pelos pais na educação de seus filhos. O mesmo pode ser aplicado em crianças acima de oito anos e em adolescentes. Os pais poderão responder sobre filhos acima de cinco anos desde que façam as devidas adaptações a situações propostas pelo inventário. Este é composto por 42 questões, que corresponde às sete práticas parentais, sendo duas positivas: a) monitoria positiva (àquela que envolve o uso adequado da atenção e a distribuição de privilégios, o adequado estabelecimento de regras, a distribuição contínua e segura do afeto, o acompanhamento e a supervisão das atividades escolares e de lazer); b) comportamento moral (implica promover condições favoráveis ao desenvolvimento das virtudes, tais como: empatia, senso de justiça, responsabilidade, trabalho, generosidade, distinção entre certo e errado quanto ao uso de drogas, álcool e sexo seguro, sempre seguindo o comportamento dos pais); e cinco práticas parentais negativas: c) punição inconsistente (os pais não punem de acordo com o ato praticado, e sim, em decorrência do próprio humor); d) negligência (ausência de atenção e de afeto); e) disciplina relaxada (que compreende o relaxamento das regras estabelecidas); f) monitoria negativa (caracterizada pelo excesso de instruções independentemente de seu cumprimento) e g) abuso físico (práticas corporais negativas). Para cada prática educativa contém seis questões distribuídas espaçadamente ao longo do inventário.

O IEP tem duas formas: a) quando os pais respondem sobre as práticas parentais adotadas em relação ao filho, e b) quando os filhos respondem sobre práticas educativas utilizadas por seus pais,

Diante das respostas realizar-se-á o cálculo do Índice do Estilo Parental. Se o índice de estilo parental obtido for negativo, é indicativo de prevalência de práticas parentais negativas (punição inconsistente, negligência, disciplina relaxada, monitoria negativa e abuso físico) que neutralizam ou se sobrepõe às práticas parentais positivas. Quando o índice de estilo parental é positivo, indica uma forte presença de práticas parentais positivas (monitoria positiva e comportamento moral) que se sobrepõe às práticas negativas. O IEP poderá variar entre -60, em que há ausência de práticas positivas e presença total de práticas negativas, a + 24, com a ausência de práticas negativas e presença total de práticas positivas.

III Descrição da Escala Fatorial de Neuroticismo

Escala Fatorial de Neuroticismo (EFN) (Hutz e Nunes, 2011), é um instrumento que pode ser utilizado como recurso clínico para a indicação de transtornos de personalidade. O mesmo possui 82 itens, os quais permitem uma avaliação rápida e objetiva de importantes aspectos da personalidade humana.

O teste é dividido em quatro escalas: a) vulnerabilidade (avalia quão intensamente as pessoas vivenciam sofrimentos em decorrência da aceitação dos outros para consigo; a tendência ou não do indivíduo de decidir contrariamente à própria vontade objetivando agradar os demais; em suma, análise da autoestima do sujeito); b) desajustamento psicossocial (averigua questões relacionadas a agressividade/hostilidade, tendência a mentira e/ou manipulação em proveito próprio, vícios e a adequação da conduta às regras sociais); c) ansiedade (identifica a instabilidade emocional, excessos de irritabilidade ou falta de controle frente a situações inusitadas, impulsividade e estado de alerta/atenção frente a situações novas e/ou inesperadas; d) depressão (avalia a expectativa do sujeito em relação ao seu futuro, sua interpretação com relação aos eventos cotidianos; identifica a tendência a sentimentos de solidão, dificuldades em perceber seus problemas efetivos, e como consequência a adoção de postura passiva, com poucas atitudes e comportamentos que indiquem para resolução de seus problemas).

O manual do instrumento recomenda que o indivíduo avaliado encontre-se na faixa etária entre 16 a 50 anos e que tenha, pelo menos, o 2º grau (ensino fundamental) incompleto, o que assegura um completo entendimento dos itens questionados e da forma de respondê-los.

IV Descrição do Inventário de Percepção de Suporte Familiar

O Inventário de Percepção de Suporte Familiar (Baptista, 2009) tem por objetivo avaliar o quanto o indivíduo percebe seu suporte familiar, proveniente da família nuclear ou constituída.

O instrumento é composto por 42 afirmações relacionadas a situações familiares, em que o sujeito deve marcar a frequência com que cada uma delas acontece em sua família.

Os resultados obtidos encontram-se separados nas três seguintes dimensões: a) afetivo-consistente (avalia a expressão verbal ou não-verbal de afetividade entre os membros da família, o interesse, a proximidade, o acolhimento, a comunicação, a interação, o respeito, a empatia, a clareza nas regras intrafamiliares, a consistência de comportamentos, as verbalizações e habilidades nas resoluções de problemas); b) adaptação familiar (indica a existência ou não de sentimentos e comportamentos negativos em relação à família, tais como: raiva, isolamento, incompreensão, exclusão, não pertencimento, vergonha, irritação e relações agressivas); c) autonomia familiar (assinala a existência de relações de confiança, liberdade e privacidade entre os membros).

O inventário é destinado a uma população na faixa etária entre 11 e 57 anos e sua aplicação pode ocorrer de forma individual ou coletiva, em um tempo total aproximado de 20 minutos. Na aplicação coletiva, os grupos devem ter o número máximo de 80 pessoas.

3 DESCRIÇÃO DO CASO²

Inicialmente, foi acolhida pela escola a denuncia, de duas crianças: Adriana e Denise, supostas vítimas de abuso sexual sofrido no ambiente familiar. Adriana relatou que teve sua privacidade

² Os nomes utilizados são fictícios, para preservar a identidade dos participantes.

violada pelo pai, o qual teria passado a mão em suas partes íntimas. Denise teria sido abusada pelo irmão, de 14 anos, com quem teria praticado conjunção carnal, por três vezes.

No primeiro momento, a palavra das vítimas foram tidas como verdade absoluta, e a escola, obedecendo imposição legal (art. 56 do ECA), comunicou o Conselho Tutelar, que informou o juízo da Vara da Infância.

Assim, o Ministério Público propôs a Medida de Proteção, Acolhimento Institucional aos 6 irmãos, com idades variando entre 1 mês e 14 anos. Os 5 mais novos, foram encaminhados para primeira instituição de acolhimento. Esta elaborou o primeiro relatório psicossocial, que concluiu: pela vivência de violência intrafamiliar pelos acolhidos (física, psicológica, sexual e negligencia), cujo agressor é o genitor; existência de vínculo entre a genitora e os filhos; e o uso de drogas por parte de um dos filhos (14 anos) que permanece no ambiente familiar, pleiteando tratamento para o mesmo.

Diante deste relatório, o MP juntou aos autos parecer requerendo a manutenção da medida de proteção, bem como a transferência dos infantes a outra instituição acolhedora, mais apta a trabalhar com grupos de irmãos.

Nesse meio tempo, foi acionado o Serviço Auxiliar da Infância, que também apresentou relatório, concluindo que além da suspeita de abuso sexual e agressões físicas, os cuidados com os infantes estavam sendo negligenciados, pois o mais velho não acolheu ao tratamento de drogadição, e os demais estavam em precárias condições de saúde e higiene quando chegaram ao abrigo. Ainda, que a postura da genitora parece de submissão e medo em relação ao seu companheiro, sugerindo a manutenção do acolhimento bem como, que a família continue sendo acompanhada pelo PAEFI.

Assim, os dois primeiros relatórios anexados aos autos, indicavam vivencia pelo grupo de irmãos, de violência intra-familiar: física, sexual, psicológica e negligencia. Assim parecia inexistir qualquer possibilidade de reinserção familiar.

Na sequencia, foi juntado aos autos o laudo de Exame de Lesões Corporais, que relata que Denise não sofreu qualquer prática de ato libidinoso, não houve conjunção carnal e que a paciente é virgem.

A nova instituição de acolhimento, anexou no processo, o relatório psicossocial que relata que Denise e Adriana foram incluída no “Grupo Comportamental de Vítimas de Violência Sexual”, programa, que tem por objetivo identificar e reestruturar as emoções, pensamentos e comportamentos distorcidos em relação ao abuso sexual. As mesmas, no grupo, sustentavam a versão do abuso, porém passaram a demonstrar arrependimento e preocupação.

Ao término de uma das reuniões do Grupo, Denise, acompanhada de sua irmã, Adriana, procuraram à psicóloga da instituição para relatar que inventaram e/ou mentiram sobre o abuso. Adriana foi quem inventou a história, visto que desejava sair de casa, pois costumeiramente apanhava de um primo chamado Ricardo. Relatam que o irmão sempre foi bom e apenas batia nelas quando ficavam na rua e desobedeciam, ou não cumpriam os afazeres domésticos a elas atribuídos; a responsabilidade com o lar e os cuidados com os irmãos sobrecarregava essas meninas e tinha origem no trabalho noturno da genitora, que dormia durante o dia todo, transferindo suas obrigações às infantas.

Nesta ocasião Adriana chorou muito e assegurou que o genitor jamais a tocou, “ele só bate quando eu faço arte, bate com a mão, ele brinca com a gente, ele não é ruim, tenho saudades da minha mãe, quero voltar para casa” (sic).

Diante da divergência fática apresentada, ambas foram encaminhadas para atendimento psicoterapêutico externo. O relatório elaborado por psicólogo autônomo descreveu a confissão de Adriana, de que mentiu sobre o abuso, e pediu para que a irmã fizesse o mesmo com relação ao genitor, pois não gostava de ir para a aula, não participava, e, no horário da mesma, se escondia em local próximo. Outro fato posto, foi sua excessiva responsabilidade em relação aos afazeres e cuidados com os irmãos. Foi narrada a demonstração de arrependimento e afirmação de que só queria que as coisas mudassem em seu lar, que sua mãe fosse mais presente com os filhos e não trabalhasse a noite.

Testes projetivos foram aplicados e resultaram na constatação de que a púbere apresenta tensão, ansiedade, dificuldade para resolver problemas e imaturidade para enfrentar a vida.

A ansiedade de gratificação imediata e a impulsividade são comportamentos regressivos e reações infantis às adversidades da vida. Outro fator levantado foi a dificuldade para estabelecer relações sociais, provavelmente pela introversão, retraimento e insegurança que demonstram a fragilidade da construção da sua autoestima.

Frente a tais informações, a instituição de acolhimento oportunizou aos pais e filhas, esclarecer os fatos e os motivos que as levaram a tal atitude, possibilitando assim o resgate e fortalecimento dos vínculos afetivos.

A genitora demonstrou à equipe a intenção de trocar o período de labor para manhã, pois é o mesmo que as crianças estão na escola. Assim, no final da tarde a família encontrar-se-á reunida.

Ainda, esclareceu que a situação de sofrer violência física ocorria com seu ex-companheiro, genitor de sua filha mais velha, que ambos bebiam e se agrediam muito, porém o mesmo não ocorre com seu atual marido, João.

Assim, o relatório conclui que há possibilidade de retorno familiar dos cinco irmãos acolhidos na instituição para os genitores, desde que o filho Benedito seja internado compulsoriamente para tratamento toxicológico, pleiteando sua Busca e Apreensão. Assim, deu-se início ao trabalho de reintegração familiar.

4 DISCUSSÃO E RESULTADO

Os crimes sexuais envolvendo crianças e adolescentes, embora muito comuns na atualidade, são muitas vezes subnotificados, ou tratados de forma inadequada, em decorrência da ausência de habilidades dos agentes do Conselho Tutelar em lidar com este tipo de comportamento, restando imprescindível a capacitação, bem como seu trabalho conjunto com professores da rede pública e particular de ensino, com o intuito de identificar casos reais de abuso sexual infantil, bem como auxiliar na prevenção (Risman et al., 2012; Marcondelli 2004).

Araujo (2002) relata a ansiedade gerada quando do relato de um abuso sexual infantil, não só das equipes de saúde, mas também das varas de família, por conta da dúvida levantada sobre a veracidade ou não da denuncia, bem como da falta de treinamento adequado, por parte dos profissionais, para com o problema.

Novamente frente ao caso concreto, ressalta que os primeiros relatórios, inclusive da instituição na qual inicialmente foram acolhidos os infantes, indicavam vivência pelo grupo de irmãos, de violência intra-familiar: física, sexual, psicológica e negligência. Assim parecia inexistir qualquer possibilidade de reinserção familiar.

Diante desses dois relatórios, a cópia desses autos que tramitam na Vara da Infância, poderia ter sido remetido à esfera criminal, e os supostos sujeitos ativos, passariam a responder pelo crime de estupro de vulnerável, figura típica autônoma, previsto no at. 217 A do Código Penal, cuja presunção de violência é absoluta, em se tratando de pessoa com menos de 14 anos, dispensando a grave ameaça e o emprego de força. O legislador pretendeu ignorar as circunstâncias fáticas, adotando como elementos caracterizadores do crime a simples comprovação da materialidade do ato sexual, com base na necessidade de proteção da Criança/Adolescente, presumidamente incapaz de autodeterminar-se e proferir consentimento válido. (Bitencourt, 2014; Moraes Sá, 2013; Treger, 2010).

A reprimenda penal é importante, porém desde que diante de um fato verídico, dotado de um estudo psicológico que resguarde os direitos da vítima e do suposto agressor. Para o referido estudo, no Brasil, não é utilizado um protocolo, um padrão de procedimento a ser adotado, o que pode acarretar nas divergências de relatórios constatados no estudo de caso.

A decisão judicial, que permitiu, no caso concreto, o processo de reintegração familiar, teve por base as considerações apontadas somente em um relatório psicossocial, que confrontou todos os demais, mas que apresentou-se satisfatoriamente motivado e ainda, evitou uma suposta reprimenda penal, injusta.

A Constituição Federal (1988) no art. 93, IX, exige que o juiz fundamente suas decisões. A sentença judicial, está atrelada ao princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional, princípio de origem constitucional e processual, que, embora atribua ao juiz à liberdade para valorar a prova, visto que não existe valoração legal prévia nem hierarquia entre elas, obriga o magistrado a explicitar as razões da conclusão adotada, com a adequada motivação da decisão proferida, sob pena de nulidade. Assim, a motivação representa os elementos de convicção valorados pelo juiz (Machado, 2013; Badr, 2010).

Os profissionais forenses devem ter em mente quando da elaboração de seus relatórios, que cada estudo psicossocial é um fator a ser considerado. Assim, ressalta a importância da elaboração de bom relatório psicossocial, dotada do máximo de informações possíveis, capaz de, isoladamente, convencer o juiz e servir como embasamento de sua decisão.

Diante do exposto, concorda com a conclusão de Kreuz (2011), sobre o papel fundamental exercido pela equipe técnica interdisciplinar na Justiça da Infância e Juventude, cujas atribuições são: fornecer elementos, por escrito ou verbalmente, elaborar laudos técnicos, levantar dados, promover avaliações, com a finalidade de subsidiar as decisões judiciais e torná-las mais justas ou adequadas. Assim, não se pode conceber um sistema de Justiça de Infância e Juventude, que se fundamenta na doutrina da proteção integral, em que crianças e adolescentes devem ser respeitados com sujeitos de direitos, sem a participação de profissionais de outras ciências, como psicólogos, assistentes sociais, médicos, pedagogos etc. A falta desses profissionais conduz ao retrocesso, à doutrina da situação de risco, centralizado na figura do Juiz, cujas decisões dispensavam avaliações técnicas, e, revelaram-se desastrosas para milhares de crianças e adolescentes (Kreuz, 2011).

Diante da exemplificação real relatada, na falsa denúncia de abuso sexual, e constatação de abuso psicológico sofrido pelas infantes, porém sem a intenção de prática e inclusive invisível aos olhos da genitora, reconhece, em consonância Marques (2011), que o ECA (Brasil, 1990) é uma legislação moderna que garante os direitos do público infanto-juvenil, estando em conformidade com os tratados internacionais e a CF/88, mas que, para que a efetivação e incorporação ao cotidiano familiar ocorra, é de imprescindível a implantação das seguintes ações: fortalecimento e orientação às famílias das crianças e adolescentes, bem como a valorização da família extensa, que atua como rede de proteção; ampliação dos programas de assistência à saúde física e mental de modo a atender à demanda; ampliação dos programas sociais e atendimentos socioeducativos; capacitação dos vários atores envolvidos nas medidas de proteção (conselheiros tutelares, equipe interprofissional, operadores do direito, etc.); criação, nas instituições de acolhimento, de equipes técnicas capacitadas na área da infância e juventude em situação de risco e vulnerabilidade social. Tudo isso acrescido da articulação dos atores que participam de situações de acolhimento familiar, institucional e adoção, como pais, profissionais dos

diferentes contextos, crianças, etc., num efetivo trabalho em rede, que possibilite o desenvolvimento integral destas crianças e adolescentes em situações de abandono, violência e rupturas, atendendo tanto a seus direitos como aos de suas famílias. Somente com uma rede de atendimento competente, capacitada, suficiente e articulada, é que se poderá dar encaminhamentos efetivos aos casos e fazer valer o direito à convivência familiar e comunitária (Siqueira, 2012; Rossetti, 2012; Ferreira et. al., 2012, Rosa et. al, 2010).

O efetivo trabalho em rede, requer informações precisas e integradas, assim, Ferreira et. al (2012) aponta para a necessidade de criação de cadastros ou bancos de dados sobre as crianças, adolescentes e suas famílias, nos diferentes serviços, que registrem sua história e seus percursos. Diante disso, o protocolo criado, pode ser usado como um “cadastro” das crianças e adolescentes, a ser compartilhado pela rede de proteção, no âmbito estadual, efetivado por meio dos sistemas judiciais eletrônicos adotados no país.

Zazula e Haydu (2012) ressaltam que os genitores, enquanto educadores e como parte preponderante do ambiente de seus filhos, são imprescindíveis para que se possa estabelecer mudança por meio do ensino de diferentes habilidades, bem como na promoção da saúde, educação ou prevenção de problemas de comportamento. Ocorre que, por vezes, falta repertório para identificar especialmente a pressão psicológica que cometem em face da prole.

Assim, sugere-se a implementação de um programa para pais, que amplie o repertório comportamental, orientando como educar por meio de monitoria positiva e comportamento moral, bem como evitando o uso de práticas parentais negativas: punição inconsistente, negligencia, disciplina relaxada, monitoria negativa e abuso físico, com objetivando alcançar melhoras nos padrões de interação pais-crianças. Tal curso deveria ser ministrado nas escolas, como forma de prevenção a violência, e de comparecimento obrigatório àqueles considerados em situação de risco ou cujas crianças/adolescentes encontram-se sob a medida de proteção, especialmente as acolhidas institucionalmente, cujas famílias manifestam o desejo de retorno do infante ao lar.

Por fim, acredita-se que caso o protocolo fosse aplicado em seguida ao acolhimento, possibilitaria a conclusão mais célere e segura sobre a efetiva necessidade de tal medida.

A pesquisadora, compartilha o pensamento de Ferreira (2013) que afirma que deve-se acreditar que o empenho e dedicação dos profissionais que contactam diariamente com a realidade da institucionalização, contribuem para a concretização de finais felizes, fazendo todos os dias uma criança e família sorrir.

Esses fatores tornam tal prática socialmente relevante e justificam a realização de pesquisas que visem desenvolver novos conhecimentos e estratégias de intervenção.

5 CONCLUSÃO

A reprimenda penal a quem cometeu conduta tipificada no artigo 217 A do CP, bem como o trabalho com a vítima e sua família é essencial, porém, o mais importante é trabalhar métodos de prevenção ao abuso sexual.

Resta claro que, para que exista um efetivo combate do abuso sexual intrafamiliar em face de crianças e adolescentes, e a interrupção do ciclo da violência, não basta a resposta imediatista do Direito Penal.

Com o intuito de prevenir o ciclo da violência, ou seja, que o agredido, num futuro próximo, transforme-se no agressor, é necessário um trabalho conjunto que envolva não somente a criança vitimada, porém, igualmente, o agressor e a família.

Partindo dessa premissa, Nakatani (2012) propôs um método preventivo para o combate da violência sexual contra a criança, baseado na interdisciplinaridade e sendo composto por quatro níveis de atuação: prevenção primária, voltada à educação de crianças e conscientização da sociedade civil; prevenção secundária, fundada na necessidade de qualificação e instrução dos profissionais que atuam com crianças, para reconhecimento de sinais de abuso e notificação dos órgãos competentes; prevenção terciária, alicerçada na atuação do Poder Judiciário; e prevenção quaternária, voltada para o tratamento psicológico e psiquiátrico da vítima e do agente do crime sexual. Com esse estudo, concluiu que o abuso sexual praticado contra um infante, tipificado como estupro de vulnerável pelo Código Penal, não encontra solução na mera privação de liberdade do autor. A repressão criminal somente é eficiente em sentido estrito, com efeito paliativo, para o afastamento do agressor de sua vítima e da sociedade. Contudo, para o verdadeiro combate

desse flagelo social que atinge famílias de todas as classes sociais, se faz necessária a prevenção que transcende as fronteiras do Direito.

REFERÊNCIAS

- Antoni, C.; Yunes, M. A. M.; Habigzang, L. & Koller, S. H (2011). **Abuso sexual extrafamiliar: percepções das mães de vítimas**. *Estud. psicol. (Campinas)* [online] vol.28, n.1, pp. 97-106. ISSN 0103-166X.
- Andrade, L. B.P (2010). **Educação infantil: discurso, legislação e práticas institucionais** [online]. São Paulo: Editora UNESP, Cultura Acadêmica, 2010. 193 p. ISBN 978-85-7983-085-3. Available from Scielo Books <<http://books.scielo.org>>.
- Araújo M. F (2002). **Violência e abuso sexual na família**. *Psicol. estud.* [online]. 2002, vol.7, n.2, pp. 3-11. ISSN 1413-7372.
- Assis, F. R. E. R & Ferreira, E, B (2012). **Repercussões da Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes**. *Adolesc. Saude*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 53-59.
- Assis, S. G (1994). **Crianças e Adolescentes violentados: passado, presente e perspectivas para o futuro**. *Cad. Saúde Públ.*, Rio de Janeiro, 10 (supl. 1): 126-134.
- Baptista, M. N (2008). **Inventário de Percepção de Suporte Familiar**. São Paulo: Vetor.
- Bazon, M. R. (2008). **Violências contra crianças e adolescentes: análise de quatro anos de notificações feitas ao Conselho Tutelar na cidade de Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil**. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 24(2):323-332. Retrieved from <http://www.scielo.org/pdf/csp/v24n2/10.pdf>
- Badr, E. (2010). **Princípio da motivação das decisões judiciais como garantia constitucional**. Retrieved from <http://jus.com.br/artigos/14333/principio-da-motivacao-das-decisoes-judiciais-como-garantia-constitucional>
- Bitencourt, C. R. (2014). **Código Penal Comentado**. 8ª Ed, São Paulo, Saraiva.
- Brasil (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- Brasil (1990) **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm
- Brasil (1940). **Decreto-Lei 2848/1940**. Código Penal. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm
- Brasil (2006). **Violência faz mal à saúde**. Livro oficial do Ministério da Saúde. Retrieved from

<http://www.nevhas.org.br/VIOLENCIA%20FAZ%20MAL%20A%20SAUDE.pdf#page=29>

Brito, A., M., M., Zaneta, D., M., T., et al. (2005). **Violência doméstica contra criança e adolescente: estudo de um programa de intervenção**. *Ciência & Saúde Coletiva*. 10(1):143-149.

Cavalcante, L. I. C., Silva, S. S.C., Magalhães, M. C (2010). **Institucionalização e reinserção familiar de crianças e adolescente**. *Rev. Mal-Estar Subj.* vol.10 no.4 Fortaleza. Retrieved from http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1518-1482010000400005&script=sci_arttext

Cintra, A., L. & Souza, M. (2010). **Institucionalização de crianças: leituras sobre a produção da exclusão infantil, da instituição de acolhimento e da prática de atendimento**. *Revista Mal-estar e Subjetividade*, Fortaleza, Vol. X, nº 3, p. 809-833.

Costa, M. C. O. et al (2007). **O perfil da violência contra crianças e adolescentes, segundo registros de Conselhos Tutelares: vítimas, agressores e manifestações de violência**. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2007, vol.12, n.5, pp. 1129-1141. ISSN 1413-8123.

Costa Jr., P. J da & Costa, F. J da. (2011). **Código Penal Comentado**. 10 ed. Saraiva.

Colossi, R (2012). **Construindo linhas de cuidado e de prevenção à violência**. Retrieved from http://www.pim.saude.rs.gov.br/a_PIM/boletinsInformativos/848/BoletimInformativo-ConstruindoLinhasDeCuidadoi.pdf

Coimbra, J. C (2004). **Algumas considerações sobre o parecer psicológico na justiça da infância e da juventude**. *Psicol. cienc. prof.* [online]. vol.24, n.2, pp. 2-13. ISSN 1414-9893.

Day, V., P., Telles, L., E., B et al (2003). **Violência Doméstica e suas diferentes manifestações**. *R. Psiquiatr. RS*, 25'(suplemento 1): 9-21.

Dahlberg, L. L. & Krug, E. G (2007). **Violência: um problema global de saúde pública**. *Ciência & Saúde Coletiva*, 11 (Sup): 1163 – 117.

Diniz, M. H (2014). **Curso de Direito Civil Brasileiro**. *Direito de Família*. 29ª Ed. Saraiva.

Dias, M. B. (2013). **Manual de direito das famílias**. 9ª Ed, São Paulo, RT. ISBN 978-85-203-4756-0

Eloy, C. B. (2012). **A credibilidade do testemunho da criança vítima de abuso sexual no contexto judiciário**. *Psicol. cienc. prof.* [online], vol.32, n.1, pp. 234-249. ISSN 1414-9893.

- Ferreira, M. C. R.; Almeida, I., G., et al (2012). **Acolhimento de Crianças e Adolescentes em Situações de Violência e Rupturas**. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 25 (2), 390-399.
- Ferreira, C. A. P (2013). **Direitos das Crianças Institucionalizadas: Um Estudo de Caso num Centro de Acolhimento Temporário**. Dissertação de 2º Ciclo conducente ao grau de Mestre em Ciências da Educação, especialização em Intervenção Precoce realizada sob orientação da Professora Doutora Catarina Tomás. Lisboa.
- Filard, M. F (2011). **O princípio da dignidade da pessoa humana e os delitos sexuais: o estupro de vulnerável e a (in)validade do consentimento da vítima**. Dissertação UNIVALI. Acessível em http://www6.univali.br/tede/tede_busca/arquivo.php?codArquivo=1008, consultado em 25/05/2014.
- Fonseca, A. C. L (2012). **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2ª ed. São Paulo, editora Atlas S.A.
- Gomide, P., I., C., G. (2004). **Pais presentes, pais ausentes: regras e limites**. Petrópolis, RJ. Vozes.
- Gomide, P. I. C (2014). **Inventário de Estilos Parentais – IEP: Modelo teórico-Manual de aplicação, apuração e interpretação**. Petrópolis, RJ: Vozes.
- Gomide, P. I. C & Padilha, M. G. S (2011). **Destituição do Poder Familiar e Prisão do Agressor em um caso de abuso sexual intrafamiliar**, in *Prevenção do Abuso Sexual Infantil: um enfoque interdisciplinar*, p. 98 a 111.
- Gomide, P. I. C (2009). **O caminho para a destituição do poder familiar: um estudo de caso**. Retrieved from <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=611>
- Gouvea, E., C., S., **Medidas sócio educativas: histórico, procedimento, aplicação e recursos**. Retrieved from <http://www.epm.tjsp.jus.br/Sociedade/ArtigosView.aspx?ID=2878> (consultado em 18/02/2014).
- Granjeiro, I. A. C. L. & Costa, L. F. (2008). **O estudo psicossocial forense como subsídio para a decisão judicial na situação de abuso sexual**. *Psic.: Teor. e Pesq.* [online], vol.24, n.2, pp. 161-169. ISSN 0102-3772.
- Greco, R. (2013). **Curso de Direito Penal: parte geral**, vol. 1, arts, 1º a 120 do CP, 15ª Ed. Impetus, Niterói.
- Habigzang, L.F.; Koller, S. H.; Azevedo, G. A. & Machado, P. X. (2005). **Abuso sexual infantil e dinâmica familiar: aspectos observados em processos jurídicos**. *Psic.: Teor. e Pesq.* [online]. vol.21, n.3, pp. 341-348. ISSN 0102-3772.
- Hatzenberger, R., Habigzang, L., F., & Koller, S., H. (2012) **Análise das percepções que meninas vítimas de violência sexual tem sobre si, os outros e o futuro**. In *Violência contra Crianças e Adolescentes: teoria, pesquisa e prática*, artmed, São Paulo.

IBGE, Censo

<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=412550&search=parana|sao-jose-dos-pinhais|infograficos:-informacoes-completas.2010>.

Kreuz, S.L. (2011) **Da convivência familiar da Criança e do Adolescente na perspectiva do acolhimento institucional: princípios constitucionais, direitos fundamentais e alternativas**. (Dissertação, UFPR). Retrieved from <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/29218/R-D-SERGIOLUIZKREUZ.pdf?sequence=1>

Leite, E., O. L. (2013). **Direito Civil Aplicado**. Vol 5, 2ª Ed, atual e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais.

Leite, C.C. **A função do sistema de garantia de direitos e sistema de justiça na prevenção e repressão do abuso sexual infantil**. In *Prevenção do Abuso Sexual Infantil: um enfoque interdisciplinar*, p. 72 a 83.

Lobo, P. (2012). **Direito Civil**. Famílias. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva.

Maia, J. M. D. & Williams, L. C. de A.(2005). **Fatores de risco e fatores de proteção ao desenvolvimento infantil: uma revisão da área**. *Temas psicol.* [online], vol.13, n.2, pp. 91-103. ISSN 1413-389X.

Machado, V. R. (2011). **A atual política de acolhimento institucional à luz do estatuto da criança e do adolescente**. *Serv. Soc. Rev.*, Londrina, v. 13, n. 2, p. 143-169, jan/jun. file:///C:/Users/user/Downloads/10431-39605-1-PB.pdf

Machado, A.C.C. **Código de Processo Civil interpretado e anotado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**, 5ª Ed., Barueri, SP, Manole. ISBN 978-85-204-3589-2.

Marcondelli, J. **Capacitação de Conselheiros Tutelares: instruir para aprimorar**. Dissertação de Mestrado. Educação Especial. São Carlos. 2004.

Marques, A.A. **A institucionalização de crianças tem sido entendida como o afastamento da criança da sua família, como forma de a proteger, acabando por passar a sua infância numa instituição**. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. 2011.

Martins, D., C. (2004). **O estatuto da Criança e do Adolescente e a política de atendimento a partir de uma perspectiva sócio jurídica**. *Revista de Iniciação Científica da FFC*, v.4, n.1. Disponível em <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/ric/article/viewFile/71/73>. >. Acesso em: 17 mar. 2014.

Martins, C., B., G., & Jorge, M., H., P., M., (2009) **A violência contra Crianças e Adolescentes: características epidemiológicas dos casos notificados aos Conselhos Tutelares e Programas de atendimento em município do sul do Brasil, 2002 e 2006**. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, 18(4):315-334.

Moura, G., G., (2012). **Quem não pega, não se apega: o acolhimento institucional de bebês e as impossibilidades de construção de vínculos afetivos**. Dissertação de Mestrado. Ribeirão Preto.

Moraes Sá, R. (2013) **Estupro de vulnerável: uma análise doutrinária sob a óptica da vulnerabilidade do menor**. Revista científica Semana Acadêmica. Fortaleza, nº 000011, disponível em: <http://semanaacademica.org.br/estupro-de-vulneravel-uma-analise-doutrinaria-sob-otica-da-vulnerabilidade-do-menor>. Acessado em 20/05/2014.

Moreira, M. I., C, Bedran, P. M., et al. (2013). **As famílias e as crianças acolhidas: histórias mal contadas**. *Psicol. rev.* (Belo Horizonte) vol.19 no.1 Belo Horizonte, <http://dx.doi.org/DOI-10.5752/P.1678-9563.2013v19n1p59>, DOI - 10.5752/P.1678-9563.2013v19n1p59

Nascimento, M. L. do & Scheinvar, E. (2007). **De como as práticas do conselho tutelar vêm se tornando jurisdicionais**. *Aletheia* [online], n.25, pp. 152-162. ISSN 1413-0394.

Nakatani (2012), F. M. **Abuso Sexual Intrafamiliar contra a criança: entre o direito e a psicologia**. Monografia UFPR. <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31095/FABIANA%20MASSAKO%20NAKATANI.pdf?sequence=1>

Paes, J. P. L. **O Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente: avanços e retrocessos**. Retrieved from <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-c%C3%B3digo-de-menores-e-o-estatuto-da-crian%C3%A7a-e-do-adolescente-avan%C3%A7os-e-retrocessos>

PEREIRA, Tania da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: Uma proposta interdisciplinar**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.273.

Pereira Júnior, M. V. (2010). **Garantias constitucionais e internacionais da criança e do adolescente no procedimento contencioso da medida de acolhimento institucional. Estabelecimento do procedimento legal de aplicação da medida de acolhimento**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2615, 29 ago. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17279>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

Pinhel, J. T. N. & Maia, J. (2009). **Crianças institucionalizadas e crianças em meio familiar de vida: Representações de vinculação e problemas de comportamento associado**. *Aná. Psicológica* [online], vol.27, n.4, pp. 509-521. ISSN 0870-8231.

Pinto, M. P. P (2008). **Violência Interpessoal Doméstica: por que ainda silenciamos?** Revista eletrônica Polemica. Labore. Retrieved from http://www.polemica.uerj.br/pol24/artigos/contemp_3.pdf

Pires A., L., D., & Miyazaki, M., C., A., S (2005). **Maus tratos contra crianças e adolescentes: uma revisão da literatura para profissionais da saúde**. *Arq Ciênc Saúde*, jan-mar;12(1):42-9

Pfeiffer, L.; Rosario, N. A. and Cat, M.N. L. (2011) **Violência contra crianças e adolescentes: proposta de classificação dos níveis de gravidade**. *Rev. paul. pediatr.* [online], vol.29, n.4, pp. 477-482. ISSN 0103-0582.

Rangel, T. L. V (2012). **O Instituto do Poder Familiar: Uma Breve Análise**. <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-instituto-do-poder-familiar-uma-breve-analise,37953.html>

Rios, K., S., A.. **Inventário de Potencial de Abuso Infantil – CAP: Adaptação Transcultural, Fidedignidade e Validade para o Brasil**.

Risman, A., Vieira, G., M., et. Al (2012). **Capacitação para os atendimentos do Conselho Tutelar de Vassouras/RJ**. Revista de Saúde, Vassouras, v. 3, n. 1, p. 45-44.

http://www.uss.br/pages/revistas/revistasauade/revistasauadev3n1_2012/pdf/005.pdf

Ricas, J.; DONOSO, Miguir Terezinha Vieccelli and GRESTA, Mona Lisa Maria (2006). **A violência na infância como uma questão cultural**. *Texto contexto - enferm.* [online], vol.15, n.1, pp. 151-154. ISSN 0104-0707

Rios, K. S. A. **Inventário de Potencial de Abuso Infantil – CAP: adaptação Transcultural, Fidedignidade e Validade para o Brasil**. Ufscar, São Carlos.2010.

ROSA, Edinete Maria; NASCIMENTO, Célia Regina Rangel; MATOS, Jallana Rios e SANTOS, Jamile Rajab dos. **O processo de desligamento de adolescentes em acolhimento institucional**. *Estud. psicol. (Natal)* [online]. 2012, vol.17, n.3, pp. 361-368. ISSN 1413-294X.

ROSA, Edinete Maria; SANTOS, Ana Paula dos; MELO, Carla Ramos da Silva e SOUZA, Mônica Rocha de (2010). **Contextos ecológicos em uma instituição de acolhimento para crianças**. *Estud. psicol. (Natal)* [online], vol.15, n.3, pp. 233-241. ISSN 1413-294X.

Rossetti, M. C. F. (2012). **Acolhimento de crianças e adolescentes em situações de abandono, violência e rupturas**. *Psicol. Reflex. Crit.* [online], vol.25, n.2, pp. 390-399. ISSN 0102-7972

Santos, M. R. R. dos & Costa, L. F. (2010). **Campo psicossocial e jurídico: relações de poder nas decisões de conflito familiares**. *Estud. psicol. (Campinas)* [online], vol.27, n.4, pp. 553-561. ISSN 0103-166X.

Schaefer, Rossetto & Kristenser (2012). **Perícia Psicológica no Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes**. *Psicologia Teoria e Pesquisa* Abr-Jun 2012, Vol. 28 n. 2, pp. 227-234. Retrieved from <http://www.scielo.br/pdf/ptp/v28n2/11.pdf>

Siqueira, A. C. (2012). **A garantia ao direito à convivência familiar e comunitária em foco**. *Estud. psicol. (Campinas)*[online], vol.29, n.3, pp. 437-444. ISSN 0103-166X.

Siqueira, A. C.; Massignan, L. T, & Dell'Aglio, D.D (2011). **Reinserção familiar de adolescentes**. *Paidéia* set-dez, vol.21, No. 50, 383 – 391.

Silva, K. D. (2010). **Família no Direito Civil Brasileiro**. Rev. Npi/Fmr. set. Disponível em <<http://www.fmr.edu.br/npi.html>>

- Silva, E.R. A. **O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados.** Psic Pesq. [online]. ,
<http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/capit2.pdf>
- Tartuce, F.(2014) **Direito Civil.** Direito de Família. 9ª ed. ver. Atual e amp – Rio de Janeiro. Forense, São Paulo Método
- Treger, A. (2010). **Estupro de vulnerável.** Pós-graduação, Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Disponível em:
http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/alinetreger.pdf
- ONU (2013) <http://www.onu.org.br/unicef-apoia-campanha-pelo-direito-de-criancas-menores-de-3-anos-de-crescerem-em-ambiente-familiar/>
- Venosa, S. S. (2014). **Direito Civil:** Direito de Família. 14ª Ed. São Paulo Atlas.
- Wald, A.(2002). **O novo direito de família.** Saraiva. São Paulo. p. 13.
- Waiselfisz, J. J.(2012). **Mapa da Violência 2012.** Crianças e Adolescentes do Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro. Retrieved from
http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_Criancas_e_Adolescentes.pdf
- Wendt, N. C. & Crepaldi, M. A. (2007). **A utilização do genograma como instrumento de coleta de dados na pesquisa qualitativa.** Psicologia: Reflexão e Crítica, 21(2), 302-310. <http://www.scielo.br/pdf/prc/v21n2/a16v21n2.pdf>
- Williams, L. C. A & Araújo, A.C (2011). **Prevenção do Abuso Sexual Infantil: um enfoque interdisciplinar.** 2ª Ed, Juruá.
- Williams, L. C. A. & Pereira, A. C. S (2013). **Violência nota zero: como aprimorar as relações na escola?**
- Williams, L. C., Maia A., et al. (2010) **Aspectos Psicológicos da Violência: Pesquisa e Intervenção Cognitivo – Comportamental.** Santo André, SP: ESETec Editores Associados, 2010, v. 25.
- Williams, L. C. A (2014), Gazeta do Povo, Caderno Justiça e Direito, p. 4, 5.
- Silveira, J. I. S (2012). **Diagnóstico dos direitos violados de Crianças e Adolescentes. Município de São José dos Pinhais,** 1ª ed.
- Zazula, R. & Haydu, V. B. (2012). **Análise aplicada do comportamento e capacitação de pais:** Revisão dos de artigos publicados pelo Journal of Applied Behavior Analysis. *Acta comport.* [online], vol.20, n.1, pp. 87-107. ISSN 0188-8145.

A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR FRENTE AO COMÉRCIO ELETRÔNICO INTERNACIONAL

Alcelyr Valle da Costa Neto¹

Ana Claudia Matioli Antonio Amarante²

1 INTRODUÇÃO

A *internet* definiu um marco nas relações, que alterou significativamente as formas de comunicação, acesso à informação e a realização de negócios. Dessa forma, a *internet* criou um novo espaço de comércio no mundo, que é caracterizado pelo encurtamento da distância espacial e rompimento de fronteiras, tendo em vista a redução dos custos operacionais das empresas, celeridade das transações e ampliação do mercado pro consumidor, sendo esse comércio chamado de comércio eletrônico. Portanto, decorrente da *internet* nasce o comércio eletrônico.

Diante disso, o comércio eletrônico é um novo modelo de negócio no qual há a possibilidade do consumidor com maior comodidade facilidade de acesso, realizar as suas compras, pesquisar os preços, além de conhecer as características do produto ou serviço.

¹ Advogado. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Educação e Novas Tecnologias pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos (MSB). Professor. Juiz Leigo. E-mail: avcostaneto@yahoo.com.br

² Advogada. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Bacharel em Direito pela Faculdade do Litoral Paranaense (ISEPE) em Guaratuba/PR. E-mail: anaclaudiamaa@gmail.com

Ocorre que, diante desse amplo espaço comercial, há também um espaço potencialmente propenso a lesividades jurídicas, decorrente do desenvolvimento tecnológico implementado nas relações comerciais que transporta consigo insegurança aos consumidores.

Diante dessa insegurança no comércio eletrônico, também ocorre uma insegurança jurídica a respeito das relações que envolvem o comércio eletrônico, pois ocorre a falta de norma regulamentadora para as mesmas. Nesse sentido, visando uma reflexão sobre o impacto causado pela *internet* sobre o Direito, o presente trabalho visa demonstrar a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo e qual a proteção do mesmo, diante da insegurança quanto a legislação aplicável nas relações de consumo cibernéticas no âmbito nacional e internacional.

2 A ORIGEM DA INTERNET

Antes de tratarmos das origens, é necessário compreendermos o conceito de *internet*. Segundo Ferreira (2011, p. 520), a *internet* “é um rede de computadores de âmbito mundial, descentralizada e de acesso público. Pode se denominada também como *rede* ou *net*.”

Portanto, a *internet* consiste na interligação de redes de computadores que tem o alcance mundial e o livre acesso, compreendendo os mesmos padrões de transmissão de dados, que são denominados de protocolos. Nesse sentido, o protocolo mais conhecido é o TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol* – Protocolo de Controle de Transmissão). (Neto, 2001, p. 25).

A *internet* surgiu nos anos 60, no Departamento de Defesa do Governo norte- americano, como resultado de um programa militar denominado ARPAnet (ARPA: *Advanced Research Projects Agency*– Agência de Pesquisa de Projetos Avançados), que tinha o objetivo de facilitar a troca de informações pelos computadores da área militar e do governo. Diante disso, os norte-americanos objetivaram criar um sistema paralelo e alternativo ao já existente na época, de modo que fosse permitido a comunicação e transferência de dados entre seus usuários, e que também fosse possível administrar as devidas informações em segurança, tendo em vista o receio de uma eventual guerra ou bombardeio nuclear. (Neto, 2001, p.25).

Tendo em vista o sucesso no âmbito militar, tal tecnologia despertou interesse no mundo dos negócios. Sendo assim, com o fim da guerra fria foi possível a abertura ao mundo civil. No início, apenas as universidades e grandes corporações tinham acesso a essa ponte eletrônica. (Neto, 2001, p. 25).

No término da década de 1980, usando a tecnologia criada pelo ARPAnet, a *National Science Foundation* (EUA) montou sua própria rede de comunicação entre os computadores, denominada NSFNET. No ano de 1988, a NSFNET começou a usar a ARPAnet como seu *backbone* – termo utilizado para identificar a rede principal que passam os dados de todos os clientes da *internet*, denominada também, como “espinha dorsal” – e, desse modo, criando o centro da rede mundial de rede computadores. (Castells, 2003, p.15).

A ARPAnet foi retirada de operação, e com a NSFNET dominando a tecnologia da internet, ocorreu a liberação da *internet* no âmbito militar, permitindo assim, a sua implementação no âmbito privado. Portanto, no começo da década de 1990, muitos provedores de serviços de *internet* montaram suas próprias redes, nos quais estabeleceram suas próprias portas de comunicação em bases comerciais e, a partir desse momento, houve o crescimento repentino da *internet* como uma rede global de rede de computadores. (Castells, 2003,p.15).

No âmbito Brasileiro, o ano de 1988 foi o ano inaugural da *internet* no Brasil, com a iniciativa da FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado de São Paulo, que era ligada à Secretaria Estadual de Ciência e Tecnologia. Houve então, a criação da RNP – Rede Nacional de Ensino e Pesquisa, pelo Ministério da Ciência e da Tecnologia, a qual veio para organizar e promover a distribuição da internet pelo Brasil, por meio de implementação de uma infraestrutura de serviços de *internet*, e, apenas no ano de 1995, teve a abertura da internet comercial no Brasil, visto que antes a internet era restrita e usada somente no âmbito acadêmico e científico (Neto, 2001, p. 26).

3 ORIGEM E CONCEITO DE COMÉRCIOELETRÔNICO

O comércio é a troca de produtos e serviços por dinheiro, excluindo apenas o escambo, no qual se troca um tipo de produto por outro. Dessa forma, o pagamento nas transações comerciais é feito com papel-moeda, cheques, ordens bancárias, cartões de débito ou

crédito, ou qualquer outra forma de representação do numerário. Ao concretizar sua compra, é feito o pagamento ao comerciante. Tal operação financeira, realizada nas transações convencionais, era realizada e controlada manualmente até um tempo atrás, porém atualmente, também passa a ser efetuada por meios eletrônicos. (Novaes, 2015, p.30).

Aduz Costa (2007, p. 113), que o fenômeno da *internet* trouxe consigo uma série de inovações que provocaram mudanças na economia e na sociedade, sendo que o desenvolvimento do comércio eletrônico (e-commerce), habilitado pela *internet* foi o mais significativo.

A *internet*, numa primeira fase, restringia-se à transmissão de mensagens (e-mails). Porém, a partir de 1989, surgiu a World Wide Web, com o *www*, que é um conjunto de regras que governam a formação de uma biblioteca de arquivos (textos, figuras, sons e vídeos) que são mantidos nos computadores dando corpo à *internet* e que podem ser transmitidos de um endereço para o outro. O nome “*web*”, que em inglês significa teia, vem do intrincado universo de possibilidades de interligações entre os arquivos disponíveis na rede mundial.

Posteriormente, por volta do ano de 1993, surgiram *softwares* que tornaram mais amigável a navegação na *web*, como o introduzido pela Netscape, o *browse*, que é tem ato de folhear aleatoriamente as páginas e as linhas de um texto na tela, possibilitando assim, a passagem de um site para o outro com um simples toque no mouse, tornando a navegação simples. A partir de 1994, as possibilidades de negócios na *web* foram plenamente percebidas pelos agentes econômicos, iniciando uma nova fase de cunho plenamente comercial. (Novaes, 2015, p. 30).

No ano de 1995, ocorreu o início do comércio eletrônico, também conhecido como *e-commerce*, quando o Netscape, aceitou anúncios de grandes corporações e popularizou a ideia de que a *web* poderia ser usada como uma nova mídia para publicidade e vendas. (Laudon, 2012, p. 285).

Logo, a *internet* se tornou uma via de duas mãos, que pode levar, de forma integrada, mensagens anteriormente transmitidas separadamente por telefone, televisão, rádio e correio. Já na segunda metade da década de 1990, as empresas de telefonia e de televisão a cabo desenvolveram o acesso em banda larga, que era projetado

expressamente para transmitir dados em grande quantidade e velocidade. (Novaes, 2015, p. 30).

O comércio eletrônico ou *e-commerce* refere-se ao uso da *internet* e da *web* para conduzir negócios. Formalmente falando, diz respeito às transações comerciais realizadas digitalmente entre organizações e indivíduos ou entre duas ou mais empresas. O conceito de transações realizadas digitalmente abarca todas as operações mediadas pela tecnologia digital, que são na maioria dos casos, aquelas que ocorrem pela *internet* e pela *web*. As transações comerciais envolvem a saída de valores das fronteiras individuais ou organizacionais em troca de produtos e serviços. (Laudon, 2012, p.285).

De acordo com Neto (2001, p. 29-30) o comércio eletrônico pode ser definido com a compra e venda de produtos e bens pela *internet*, tendo como característica fundamental o pedido ser feito pela rede.

O comércio eletrônico possui três etapas básicas, sendo que a primeira é a busca do produto por meio dos *sites* das empresas, que se utilizam de uma plataforma de comércio eletrônico. A segunda é a fase do pedido e o efetivo pagamento. A terceira fase é a entrega do produto, seja em *bits*, que são os bens que circulam pela rede e podem ser transferidos de uma máquina para a outra, como por exemplo programas de computador ou átomos, que são os entregues pelo correio ou empresas de transporte. (Neto, 2001, p.30)

4 TIPOS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

De acordo com Novaes (2015, p. 34), os tipos de comércio eletrônico são os seguintes: o comércio eletrônico EDI; comércio eletrônico B2B; comércio eletrônico B2C e o comércio eletrônico móvel.

O comércio eletrônico EDI (*Electronic Data Interchange*) pressupõe a troca de dados ou informações por computadores, podendo contratar, pela via eletrônica, sem necessitar de nenhum suporte de papel. A lei Modelo das Nações Unidas (UNCITRAL), define EDI como “a transferência eletrônica de computador para computador, de informações estruturadas de acordo com um padrão estabelecido.” (Neto, 2001, p.31).

Dessa forma, na maioria dos casos, afirma Novaes (2015, p. 34) que as redes de EDI são privadas, atendendo de forma exclusiva as empresas participantes e que se tornou popular diante das transações entre grandes empresas, que o utilizavam para agilizar suas operações e implementar processos administrativos e operacionais na Cadeia de Suprimento.

Já o comércio eletrônico B2B (*Bussiness-to-bussiness*) ocorre nas relações entre as empresas, sendo venda de bens e serviços, a qual pode se dar de forma manual ou por meio de complexos de sistemas de informação para a execução e distribuição, interligando assim, centenas de fornecedores e fabricantes. (Costa, 2007, p. 126).

O comércio eletrônico B2C (*Bussiness-to-consumer*), também chamado de varejo eletrônico, é a venda direta de produtos ou serviços para o consumidor ou cliente por meio de vitrines eletrônicas ou shoppings virtuais, geralmente no formato de catálogo eletrônico e/ou leilões. (Costa, 2007, p. 118).

Por fim, o comércio eletrônico móvel (*M-commerce*), compreende qualquer transação envolvendo um valor monetário, conduzida através de uma rede de telecomunicação móvel. É também conhecido como comércio eletrônico sem fio, sendo então um subconjunto do comércio eletrônico geral, envolvendo igualmente as transações de B2B e B2C. Tal comércio necessita da utilização da telefonia celular (*smartphone*) para comercializar produtos e serviços. (Novaes, 2015, p.40).

Já Laudon (2010, p. 295), em sua classificação de categorias do comércio eletrônico, não considera o comércio eletrônico EDI e nem o comércio eletrônico móvel. Ele destaca o modelo de comércio eletrônico B2B, B2C e o C2C (*Consumer-to-consumer*), que é definido como a venda eletrônica de bens e serviços por consumidores diretamente a outros consumidores.

5 CARACTERÍSTICAS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Ocorrem distinções entre o comércio tradicional e o comércio eletrônico, sendo que os principais elementos que os distinguem são os seguintes: a comunicação, os dados e a segurança.

De acordo com Novaes (2015, p. 31), os serviços de comunicação dão suporte às trocas de informação entre os compradores e os vendedores. Visando atender à necessidade de

estabelecer formas de comunicação padronizadas na internet, a World Wide Web Consortium patrocinou, no ano de 1996, o desenvolvimento do protocolo XML, uma linguagem computacional projetada para transferir grandes quantidades de dados através de sistemas eletrônicos de informação. Tal linguagem supera as limitações dos sistemas tradicionais de intercâmbio de dados, fornecendo um meio padronizado para descrever, processar, transmitir e apresentar dados. A *internet* emprega o HTML (*Hypertext Markup Language*), um protocolo próximo ao XML.

Já os serviços de gerenciamento de dados ou informações, no Comércio Eletrônico, desempenha dois papéis principais. O primeiro permite que se criem e se mantenham bases de dados necessárias a fornecer informações de diversos tipos aos clientes e o segundo permite, que em um site de comércio eletrônico sejam levantadas informações sobre usuários à medida que navegam pelo site. (Novaes, 2015, p. 32)

Por fim, os mecanismos de segurança hoje existentes na internet autenticam a fonte de informação e garantem a integridade e a privacidade na troca de informações, porém à medida que vão sendo criados avanços nas técnicas de segurança eletrônica, os hackers acabam encontrando novas formas de ludibriá-las. (Novaes, 2015, p.32)

Dessa forma, ainda de acordo com Novaes (2015, p. 32/33/34), as principais vantagens do comércio eletrônico, quando comparado ao comércio tradicional são: a inserção instantânea no mercado; as relações mais ágeis; a redução da assimetria informacional; a redução da burocracia e a análise mercadológica facilitada. Porém, ocorre desvantagens nesse tipo de transação como: a fraude; a propriedade intelectual violada; a violação da confidencialidade e a dúvida sobre confiar no vendedor.

6 A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMOCIBERNÉTICAS

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º XXXII, a proteção do consumidor é considerado um direito humano fundamental.

Sendo assim e de acordo com doutrina majoritária, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às relações de consumo via internet no âmbito nacional.

O Código de Defesa do Consumidor, visando o equilíbrio das relações entre consumidor e fornecedor, dispõe no art. 101, inciso I:

Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:
I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;

Tal norma visa a facilitação do acesso à justiça para o consumidor, na qual é facultado ao consumidor litigar em seu domicílio, ou se preferir, pode optar pelo foro do domicílio do réu, nos termos do art. 94 do Código de Processo Civil.

Ademais, quando o fornecedor for pessoa jurídica estrangeira com agência, filial ou sucursal no Brasil, a justiça Brasileira tem competência para julgá-la, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor, art. 21, parágrafo único:

Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:
I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;
III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.
Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

E art. 75, inciso x:

Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:
X - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil;

Dessa forma, de acordo com os presentes artigos, nos casos em que a empresa tiver representação em território nacional, como agência, filial ou sucursal, a autoridade judiciária brasileira é competente para processar e julgar as ações em que a empresa figure como ré.

Portanto, nas relações de consumo via *internet* em que o fornecedor tiver filial, agência ou sucursal no Brasil, o foro competente para processar e julgar ações é o da justiça Brasileira.

7 A LEI DO E-COMMERCE

Diante da evolução do comércio eletrônico, o Código de Defesa do Consumidor não tinha nenhuma norma que o regulamentasse.

Logo, o decreto federal nº 7.962/2013, conhecido como a “lei do e-commerce”, foi anexado ao Código de Defesa do Consumidor para estabelecer normas específicas para as lojas virtuais e seus consumidores, como regras para os sites de comércio eletrônico, sites de compra coletiva, atendimento e relacionamento com clientes e o direito de arrependimento.

Vale ressaltar que o legislador não foi taxativo e sim, usou de exemplos para demonstrar que a legislação quis garantir ao comércio eletrônico. (Fernandes, 2016).

Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos:

- I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor;
- II - atendimento facilitado ao consumidor; e
- III - respeito ao direito de arrependimento.

Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

- I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;
- II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;
- III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;
- IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Art. 3º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2º, as seguintes:

I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato;

II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e

III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º.

Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá:

I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos;

II - fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação;

III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta;

IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação;

V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;

VI - confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; e

VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor.

Parágrafo único. A manifestação do fornecedor às demandas previstas no inciso V do caput será encaminhada em até cinco dias ao consumidor.

Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

§ 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou

II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

§ 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

Art. 6º As contratações no comércio eletrônico deverão observar o cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação.

Art. 7º A inobservância das condutas descritas neste Decreto ensejará aplicação das sanções previstas no art. 56 da Lei nº 8.078, de 1990.

Art. 8º O Decreto nº 5.903, de 20 de setembro de 2006, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 10.....

Parágrafo único. O disposto nos arts. 2º, 3º e 9º deste Decreto aplica-se às contratações no comércio eletrônico.” (NR)

Art. 9º Este Decreto entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Na lei apresentada, destaca-se o art. 5º, que trata do direito de arrependimento ou pedido de troca de produto em até sete dias, e estabelece à loja o dever de informar quais são as condições para exercer o direito de devolução. Cabe ao fornecedor acionar imediatamente as instituições financeiras sobre o arrependimento e fica sobre à sua responsabilidade também o frete de devolução e entrega do novo produto, ou reembolso.

Mesmo sendo considerada um marco na regulamentação do comércio eletrônico no Brasil, o decreto recebeu críticas de juristas e doutrinadores, que defendem que o decreto é genérico e não garante a proteção devida à maior vulnerabilidade do consumidor, que não possui conhecimento técnico acerca do meio eletrônico. (Fernandes,2016).

Apesar do decreto ser um marco e ter grande valor para o comércio eletrônico no Brasil, o país necessita de uma regulamentação que proteja o consumidor com maior eficiência no comércio eletrônico.

8 TRATADOS ECONVENÇÕES

A grande diversidade das leis nacionais, materiais ou processuais, na área do direito obrigacional, dificulta as relações comerciais internacionais. A uniformização das regras substanciais, seria tarefa utópica. (Lima, 2006, p. 146).

Portanto, para Lima (2006, p 146), os Estados procuraram a harmonização das regras de conflito. Tal harmonização se dá através do direito dos Tratados, das convenções multilaterais e bilaterais. Porém um tratado só é vinculado aos países que o ratificaram ou a ele aderiram.

No Brasil, cabe ao chefe do Poder Executivo iniciar e decidir definitivamente sobre tratados internacionais, porém tal competência é compartilhada com o Congresso Nacional, que deve referendar tais atos. As negociações diplomáticas que tenham em vista a celebração de atos internacionais são iniciadas pelo Ministério das Relações Exteriores, conforme decreto 2.246/97, anexo I, art. 1º, inciso III, realizadas com apoio técnico e sempre com fins políticos, sociais e econômicos, ou seja, em benefício dos Brasileiros. (Lima, 2006, p138).

Aduz Lima (2006, p. 146) que, os grandes acordos internacionais sempre procuraram privilegiar o comércio clássico, entre comerciantes, visando portanto, excluir o consumidor que adquire o produto sem fim profissional.

Dessa forma, tendo em vista que os grandes acordos internacionais sempre procuraram privilegiar o comércio clássico, o Brasil não participa de nenhum acordo internacional que disponha sobre a competência das relações de consumo cibernéticas. Ficando portanto, o consumidor desamparado nas relações internacionais.

9 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR VIRTUAL DIANTE DAS NORMAS QUE TRATAM SOBRE RELAÇÕES DE CONSUMO NO ÂMBITOINTERNACIONAL

Mesmo com a expansão do comércio eletrônico internacional, a legislação brasileira não é explícita quanto a competência para processar e julgar a ação e qual a legislação pertinente nos casos em que o consumidor adquire um produto ou serviço pela internet de um fornecedor estrangeiro situado em outro país, que não possua filial no Brasil.

Diante dessa expansão do comércio eletrônico, estamos frente a uma relação internacional entre pessoas físicas e jurídicas, denominada pela doutrina jurídica como relação de direito internacional privado, com suas normas conflitais ou de solução de conflitos. (Lima, 2006, p. 84).

Ocorre que, em uma relação privada internacional sobre qualquer matéria, há um elemento externo a uma das partes, ao sistema legal de sua nação. Sendo assim, nas relações de consumo, podemos dizer que a localização da sede do fornecedor, mesmo que virtual, é elemento estranho, por ser estrangeiro, ao direito pátrio do consumidor. A presença desse elemento estranho faz com que dois ou mais ordenamentos jurídicos possam estar relacionados com a tutela sobre os interesses conflitantes entre as partes. (Lima, 2006, p.85).

Em síntese apertada, como cada Estado pode avocar para si a jurisdição sobre a mesma matéria, a princípio, além de possuir regras materiais distintas e como dificilmente haverá um direito uniforme entre os países, os Estados criaram normas internas, normas de Direito Internacional Privado, tidas como normas indicativas, que irão auxiliar o direito aplicável ao caso concreto com o elemento estranho. (Lima, 2006, p. 89).

Dessa forma, para Lima (2006, p. 93), o próprio Estado, diante das suas regras, elabora os limites de sua jurisdição, determinando em que casos exercerá a competência internacional. O que ocorre muitas vezes é o conflito de jurisdições, cuja solução dependerá das regras de Direito Internacional Privado.

De acordo com Lima (2006, p. 93), tal conflito de jurisdições pode ser negativo, quando não houver a competência judiciária de qualquer Estado, no qual pelo princípio da *Não-Denegação* da Justiça, o foro originalmente autodeclarado incompetente para julgar o caso deverá declarar-se competente e julgá-lo. Ou positivo, no qual dois países, por suas normas processuais internas, declaram-se competentes diante daquela causa com elementos de conexão em ambos, acarretando a possibilidade do autor utilizar-se do *forum shopping*, procurando entre as jurisdições competentes, diante das características de normas processuais e materiais a que lhe possa ser mais favorável, como é o caso do julgado a seguir:

AC Nº 70061035572 RS (Nº CNJ: 0296120-29.2014.8.21.7000)
APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO CONDENATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ABALROAMENTO DE VEÍCULOS OCORRIDO EM RIVERA, URUGUAI. COLISÃO ENTRE MOTOCICLETA DE NACIONAL URUGUAIO COM DOMICÍLIO NO URUGUAI E AUTOMÓVEL DE NACIONAL BRASILEIRA COM DOMICÍLIO NO BRASIL. RELAÇÃO JURÍDICA MULTICONECTADA. ELEMENTO DE ESTRANEIDADE.

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. APLICAÇÃO DO PROTOCOLO DE SÃO LUIZ EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL EMERGENTE EM ACIDENTE DE TRÂNSITO ENTRE OS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL. I. JURISDIÇÃO INTERNACIONAL CONCORRENTE DA AUTORIDADE JUDICIAL BRASILEIRA.

O presente julgado demonstra um caso em que é usado o instituto do *forum shopping*, no qual trata de uma colisão de veículos, ocorrida em 05/12/2010, no território da República Oriental do Uruguai, em que o autor tem nacionalidade Uruguiaia e domicílio naquele Estado, e a parte ré, nacionalidade Brasileira e domiciliada no Brasil, no qual o autor, nesse caso, Uruguaio, diante da jurisdição internacional concorrente do Brasil, fundada no domicílio da ré, conforme o art. 12, *caput* da LINDB, art. 88, I do Código de Processo Civil de 1973 e atual art. 21 do Código de Processo Civil de 2015 e art. 70, alínea b, do protocolo de São Luiz em Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados partes do Mercosul, promulgado pelo Decreto nº 3.856/01, optou pelo foro de sua preferência, conforme o instituto do *forum shopping*, escolhendo assim, o foro que lhe possa ser mais favorável.

Passamos a tratar sobre a competência internacional brasileira, que é regida, de forma direta pelos arts. 21, 22 e 23 do Código de Processo Civil, que dispõem:

Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

I - de alimentos, quando:

a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil;

b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos;

II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;

III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.

Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;

III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

Dessa forma, de acordo com as regras do art. 21 e 22 do Código de Processo Civil, a competência do Brasil é concorrente, portanto, o Estado Brasileiro se julga competente para processar e julgar, mas admite que a justiça de outro Estado também seja. (Araujo, 2011, p.242).

Agora com relação as regras do art. 23 do Código de Processo Civil, a competência para processar e julgar é exclusiva do Brasil, e de acordo com Nadia de Araujo (2011, p. 256), nesses casos não é possível reconhecer a competência estrangeira quando for pedida a homologação de sentença estrangeira que versar sobre essa hipótese, pois só cabe a Justiça Brasileira apreciar essas causas.

Visto sobre as normas que tratam da competência do Brasil no âmbito internacional, passamos agora a tratar especificamente do art. 22, II do Código de Processo Civil, que dispõe que a autoridade Brasileira é competente para processar e julgar as ações decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil.

Vale ressaltar que, o Código do Consumidor é aplicável às relações de consumo celebradas por meio virtual ou eletrônico.

Tal norma encontra-se de acordo com o direito fundamental da defesa do consumidor e o seu direito de acesso à justiça, independentemente do local de celebração do contrato de consumo, assim como o local de cumprimento de suas prestações, que em ambos os casos pode se dar fora do Brasil.

Sendo assim, segundo Miragem (2016), nas relações de consumo o que atrai a jurisdição nacional é o domicílio ou residência

do consumidor, mas como tal norma é de competência concorrente, nada impede ao consumidor de entrar com a ação em outro Estado, pelo instituto do *fórum shopping*.

10 PLS. Nº 281/2012

Diante das mudanças nas relações de consumo que ocorreram com o comércio eletrônico, o atual Código de Defesa do Consumidor, com mais de duas décadas de vigência, necessita que as normas sejam ajustadas para que tenhamos a devida efetividade do presente Código para proteger o consumidor no comércio eletrônico.

Nesse sentido, o presente projeto de lei do Senado nº 281/2012, de autoria do Senador José Sarney (PMDB/AP), visa a alteração da lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e do art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB) para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais.

O presente projeto de lei, com várias propostas de alteração, em uma delas dispõe sobre a normatização do comércio eletrônico internacional, nas relações comerciais e de consumo, e visa garantir a proteção do consumidor final. Sendo assim, o projeto trata do foro responsável no comércio eletrônico no Capítulo III - Das Ações de Responsabilidade do Fornecedor de Produtos e Serviços, no Título III- Da defesa do Consumidor em Juízo, que nas ações de responsabilidade contratual e extracontratual de produtos e serviços, inclusive no fornecimento a distância nacional ou internacional, seja:

- I - Será competente o foro do domicílio do consumidor, nas demandas em que o consumidor residente no Brasil seja réu e que versem sobre relações de consumo;
- II - O consumidor, nas demandas em que for autor, poderá escolher, além do indicado no inciso, o do domicílio do fornecedor de produtos ou serviços, ou do lugar da celebração do contrato ou outro conectado ao caso;
- III - São nulas as cláusulas de eleição de foro e de arbitragem celebradas pelo consumidor; Parágrafo Único: aos conflitos decorrentes do fornecimento a distância internacional, aplica-se a lei do domicílio do consumidor ou a norma estatal escolhida pelas partes, desde que mais favorável ao consumidor, assegurando igualmente o seu acesso à justiça;

Portanto, de acordo com o projeto, o foro competente será o do domicílio do consumidor, porém cabe ao consumidor escolher e o foro de seu domicílio, o do domicílio do fornecedor ou o do lugar da celebração. Deixando claro, então, ao consumidor, sobre a competência nas relações de consumo internacionais.

O presente projeto foi aprovado no plenário do Senado Federal e encaminhado à Câmara dos Deputados em data de 04/01/2015. Atualmente, o projeto está na Câmara dos Deputados e foi apensado ao Projeto de Lei nº 6.533/2016, de autoria do Deputado Lolbe Neto, que dispõe sobre proposições que determinam a aplicação da lei mais favorável ao consumidor, nos casos de transações internacionais.

11 CONCLUSÃO

Com o advento da internet, ocorreram muitas mudanças na realidade social e econômica, sendo que através disso, surgiu o comércio eletrônico, que é uma nova plataforma comercial e globalizada que pode ser definido como a compra e venda de produtos e bens pela *internet*, tendo como característica fundamental o pedido ser feito pela rede. Neto (2001, p. 29-30).

Ocorre que, diante dessas mudanças com o advento da internet e o surgimento do comércio eletrônico ocorreram também mudanças nas relações de consumo.

Para uma relação de consumo ser caracterizada não basta simplesmente adquirir bens e serviços no mercado, e sim estar presente o consumidor como destinatário final de bens e serviços, e o fornecedor, que com habitualidade e profissionalidade fornece bens e serviços ao mercado, dessa forma, se diferenciando dos contratos mercantis, que são aqueles que são feitos entre empresários decorrentes de sua atividade.

De acordo com Código de Defesa do Consumidor, os elementos essenciais da relação de consumo, tem como sujeitos, o consumidor e o fornecedor e objetos, o produto e o serviço. (Andrade, 2012, p.446).

Diante da relação de consumo, destaca-se o princípio da vulnerabilidade do consumidor, previsto no art. 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor e assegurado pela Constituição Federal, que dispõe que o consumidor é a parte mais fraca da relação de

consumo, cabendo a ressalva de que a presunção de vulnerabilidade do consumidor é decorrente de lei e não admite prova em contrário. (Finkelstein, 2010, p. 24).

Ocorre que, diante do amplo espaço comercial que o comércio eletrônico traz, há também um espaço potencialmente propenso a lesividades jurídicas, decorrente do desenvolvimento tecnológico implementado nas relações comerciais que transporta consigo insegurança aos consumidores. Dessa forma, ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às relações de consumo celebradas por meio eletrônico.

Porém, como as relações de consumo no comércio eletrônico não são apenas nacionais e sim globais, aplicar o Código de Defesa do Consumidor não é o bastante, visto que o consumidor precisa de uma proteção também no âmbito internacional.

A legislação Brasileira não é explícita quanto a competência para processar e julgar a ação decorrente de relações de consumo nos casos em que o consumidor adquire um produto ou serviço pela internet de um fornecedor estrangeiro situado em outro país, que não tenha filial no Brasil.

Vale ressaltar que, quando o fornecedor é estrangeiro, mas possui filial no Brasil, ele é julgado de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Porém, quando o fornecedor for estrangeiro e não tiver filial no Brasil, essa relação observará as regras do Direito Internacional Privado, podendo o fornecedor então escolher, de acordo com o instituto do *forum shopping*, o foro que lhe possa ser mais favorável.

De acordo com a legislação Brasileira que trata sobre a competência interna, em seu art. 22, inciso II, do Código de Processo Civil, dispõe que a autoridade competente para processar e julgar as ações decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil. Lembrando que trata-se de competência concorrente, no qual o outro Estado também pode ser competente para processar e julgar tal ação.

Portanto, frente ao crescimento do comércio eletrônico, há uma necessidade muito grande que existam normas específicas para este tipo de contratação, visando proteger cada vez mais o consumidor, parte vulnerável da relação de consumo e, além disso, contribuir para o desenvolvimento do comércio eletrônico.

Tendo em vista tal entendimento, a solução para essas divergências é a aprovação do presente projeto de lei do Senado nº 281/2012, que visa regulamentar os direitos do consumidor que compra pela internet e a competência nos casos em que o mesmo precise recorrer à justiça Brasileira.

REFERÊNCIAS

- ANNONI, Danielle. **Introdução ao Direito contratual no cenário internacional**. Curitiba: Ibpex, 2009.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Legislação selecionada para OAB e CONCURSOS. Revista dos Tribunais, ed. 8º, São Paulo, 2016.
- BRASIL, **Lei nº 7.962/2013, Código de Defesa do Consumidor**. Vade Mecum Legislação selecionada para OAB e CONCURSOS. Revista dos Tribunais, ed. 8º, São Paulo, 2016.
- BRASIL, **Lei nº 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor**. Vade Mecum Legislação selecionada para OAB e CONCURSOS. Revista dos Tribunais, ed. 8º, São Paulo, 2016.
- BRASIL, **Lei nº 10.406/2002, Código Civil**. Vade Mecum Legislação selecionada para OAB e CONCURSOS. Revista dos Tribunais, ed. 8º, São Paulo, 2016.
- CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade** / Manuel Castells; tradução Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.
- COSTA, Gilberto César Gutierrez. **Negócios eletrônicos: uma abordagem estratégica e gerencial**. Curitiba: Ibpex, 2007.
- COSTA, Mário Julio Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1998.
- FERNANDES, Manoela Silvestre. **A proteção do consumidor no comércio eletrônico: análise da efetividade da legislação brasileira**. Revista Eletrônica, ÂmbitoJurídico, 2015. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17715. Último acesso em: 16/11/2017.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa Aurélio Junior**. 2ª ed. Curitiba: Editora Positivo, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais** – Volume III. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LAUDON, Kenneth. LAUDON, Jane. **Sistemas de informação gerenciais / Kenneth Laudon, Jane Laudon**; tradução Luciana do Amaral Teixeira; revisão técnica Belmiro Nascimento João.

LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. **Aspectos jurídicos do documento eletrônico**. Jus Navigandi. Disponível em: <http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina/docuelet.html>. Acesso em: 18 dez. 2006.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Reflexos do novo Código de Processo Civil no Direito do Consumidor**. Revista eletrônica, Consultor Jurídico. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-16/garantias-consumo-reflexos-codigo-processo-civil-direito-consumidor>. Último acesso em: 16/11/2017.

NETO, Angelo Volpi. **Comércio Eletrônico – Direito e Segurança**. Curitiba: Jurúá, 2001.

NOVAES, Antonio. **Logística e gerenciamento da cadeia de distribuição**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. **Manual de Direito Romano**, 2ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1953.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. (Coleção direito civil v. 2). 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Instituto Memória

A presente obra foi aprovada pelo nosso Conselho Científico-Editorial respeitando as diretrizes da Qualis/CAPES, quais sejam, originalidade, relevância, pertinência, embasamento teórico, densidade científica, metodologia e desenvolvimento, inclusive o sistema “double blind review” (dupla análise sigilosa, onde os conselheiros não sabem quem é o autor da obra analisada). Este sistema garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a plena autonomia do Conselho Editorial, atestando a excelência da obra que apresentamos à sociedade.



CONSELHO CIENTÍFICO-EDITORIAL

PROF. DR. CARLOS ROBERTO ANTUNES DOS SANTOS (In Memoriam – Presidente de Honra). Pós-Doutorado em História da América Latina pela Universidade de Paris III, França. Doutorado em História pela Universidade de Paris X - Nanterre, França. Mestrado em História do Brasil pela UFPR - Universidade Federal do Paraná.

PROFA. DRA. ALICE FÁTIMA MARTINS: Pós-doutorado pela Universidade de Aveiro (2017). Pós-Doutorado no Programa Avançado de Cultura Contemporânea da UFRJ (2010). Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (2004). Mestrado em Educação - área de Magistério: Formação e Trabalho Pedagógico, pela Universidade de Brasília (1997). Licenciatura em Educação Artística, habilitação em Artes Visuais, pela Universidade de Brasília (1983). **PROF. ANDREA PITASI:** PhD. Professor de Sociologia do Direito do Programa de Mestrado e Doutorado da "Università degli Studi Gabriele D'Annunzio - Dept. of Neuroscience", Itália. Membro do Conselho Acadêmico do "SANTA FE Associate International". Presidente na empresa WORLD COMPLEXITY SCIENCE ACADEMY (WCSA). **PROF. AUGUSTUS BONNER COCHRAN III, USA:** Academic Degrees (titulação): B.A., Davidson College; M.A., Indiana University; Ph.D., University of North Carolina; J.D., Georgia State University College of Law. Professor Titular de Ciência Política da Faculdade de Agnes Scott – GEORGIA-EUA. **PROFA. DRA. BETINA TREIGER GRUPENMACHER:** Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutorado pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduação pela Universidade de Salamanca, na Espanha e pela Universidade Austral, na Argentina. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. **PROF. DR. BRUNO MENESES LORENZETTO:** Doutorado em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestrado em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais (2008-2010). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2007). **PROF. DR. CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO:** Doutorado em Direito do Estado (Direito Tributário) pela PUC-SP. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduação em Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1998). Pós-graduação em Direito Civil pela UFAM (1998). **PROF. DR. DANIEL FERREIRA:** Pós-Doutorado pelo Instituto lus Gentium Conimbrigae -

Instituto Memória

Centro de Direitos Humanos /Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IGC-CDH/FDUC - 2016). Doutorado (2008) e Mestrado (1999) em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Laureado pela Faculdade de Direito de Curitiba (FDC-1993), além de graduado em Engenharia Industrial Elétrica pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR - 1988). **PROF.DR. DEMETRIUS NICHELE MACEI:** Pós-doutorado pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP (2015). Doutorado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Mestrado em Direito Econômico e Social (2004). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000). Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). **PROF. DR. DOMINGO CÉSAR MANUEL IGHINA:** Doutorado em Letras Modernas pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC-Argentina). Diretor da Escola de Letras da Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade Nacional de Córdoba. **PROF. DR. EDGAR WINTER JÚNIOR:** Doutorado em Engenharia e Ciência dos Materiais - PIPE UFPR (2015). Mestrado em Engenharia de Processos Químicos e Térmicos - PIPE-UFPR (2005). Pós-Graduação em Produtividade e Qualidade Total pela UNIPLAC-SC (1997). Pós-Graduação em Engenharia de Segurança do Trabalho na UTFPR (2010). Graduação em Engenharia Química pela Universidade Federal do Paraná (1991). **PROF. DR. EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO:** Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2011). Mestrado em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2003). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica da Paraná (2000). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (1998). **PROF. DR. EDUARDO ARRUDA ALVIM:** Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Mestrado em Direito, PUC/SP. Especialização em Direito Processual Civil, PUC/SP. Especialização em Direito Tributário, PUC/SP. Bacharelado em Direito, PUC/SP. **PROF. DR. EDUARDO BIACCHI GOMES:** Pós-Doutorado em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Facultad de Dret. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. **PROFA. DRA. ELAINE RODRIGUES:** Pós-doutorado em História da Educação pela Universidade Federal de Uberlândia (2015). Doutorado em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho (2002). Mestrado em Educação pela Universidade Estadual de Maringá (1994). Graduação em Pedagogia pela Universidade Estadual de Maringá (1987). **PROF. DR. FABIO ARTIGAS GRILLO:** Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. FERNANDO ARAUJO:** Doutorado (em 1998) em Ciências Jurídico-Econômicas. Mestrado (em 1990) em Ciências Histórico-Jurídicas. Licenciatura em Direito (em 1982). **PROF. DR. FERNANDO GUSTAVO KNOERR:** Doutorado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado em Direito do Estado e Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). **PROFA. DRA. PROF. DR. FERNANDO QUADROS DA SILVA:** Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Mestrado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná; Especialização em Direito Penal pela Universidade de Brasília. Bacharelado em Direito pelo UniCuritiba. **FLÁVIA PIOVESAN:** Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990). **PROF. DR. FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI:** Doutorado em Direito (1995 – 1997) - Universidade Federal de Pernambuco. Doutorado em Direito (1987 – 1990) - Universidade Federal de Minas Gerais. Especialização em Direito Público (1985 – 1985) - Universidade Católica de Pernambuco. Mestrado em Sociologia (1974 – 1976) - Universidade Federal de Pernambuco. Graduação em Direito (1966 – 1970) - Universidade Católica de Pernambuco. **PROFA. DRA. GISELA MARIA BESTER:** Pós-doutorado em Direito Público na Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito (2002) pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestrado em Direito pela Universidade Federal

Instituto Memória

de Santa Catarina (1996), na Linha de Pesquisa Instituições Jurídico-Políticas. Graduação em Direito pela Universidade de Ijuí (1991). **PROFA. DRA. GRACIELA SANJUTÁ SOARES FARIA:** Doutorado (2010) e Mestrado (2005) em Gestão da Produção pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) na linha de pesquisa Organizações, Instituições e Trabalho. **PROF. DR. GUIDO RODRÍGUEZ ALCALÁ:** Doutorado em Filosofia, na Diusburg Universität (1983). Mestrado em Literatura, na Ohio University e The University of New México. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Assunção (Paraguai). **PROF. DR. HERBERTO JOSÉ CHONG NETO:** Pós-doutorado em Saúde da Criança e do Adolescente (2009-2011) na Universidade Federal do Paraná. Doutorado em Medicina Interna pela Universidade Federal do Paraná (2006-09). Mestrado em Ciências da Saúde pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-05). Especialização em Alergia Pediátrica-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1999-2001). Residência em Pediatria-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1997-99). Graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1997). **PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA:** Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento). Doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Mestrado em Direito pela PUC-SP (2002). Mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO (2001). Especialização em Administração Financeira pela Alvores Penteado. Especialização em Mercados Futuros pela BMF – USP. Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP (1996). Graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG (1981). **PROFA. DRA. JALUSA PRESTES ABAIDE:** Pós-Doutorado na Université de Saint Esprit de Kaslik, Líbano (2006). Doutorado em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha (2000). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). **PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI:** Pós-Doutorado pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Mestrado (1994) e graduação (1986). **PROF. DR. LUC CAPDEVILA:** Pós-Doutorado. Professor Titular da Universidade de Rennes 2 (França), em História Contemporânea e História da América Latina e Diretor do Mestrado de História das Relações Internacionais. **PROF. DR. LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER:** Doutorado em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM (2008). Mestrado em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2001). Especialização em Filosofia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1988). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1984). **PROF. DR. LUÍS FERNANDO SGARBOSSA:** Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). **PROF. DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER:** Pós-Doutorado pela PUCPR. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em História pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. LUIZ FELIPE VIEL MOREIRA:** Pós-Doutorado pela Universidade Nacional de Córdoba, U.N.C., Argentina. Doutorado em História Social pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. **PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE:** Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata (2014). Doutorado em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza (2001), revalidado pela UFSC. Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). **PROF. DR. MATEUS BERTONCINI:** Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorado e Mestrado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR:** Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1987) e doutorado em Direito - Universität Friedrich- Alexander Erlangen-Nürnberg (1987). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1983). Graduação em Direito pela Universidade de Taubaté (1977). **PROF. DR. OCTAVIO CAMPOS FISCHER:** Doutorado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado

Instituto Memória

em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). **PROF. DR. PAULO BRENO NORONHA LIBERALESSO:** Doutorado em Distúrbios da Comunicação (2007/2011) pela Universidade Tuiuti do Paraná. Mestrado em Neurociências (2003/2004) pela Universidade Federal de São Paulo. Pós-graduação em Epileptologia (2002/2003) pela Universidade Federal de São Paulo. Residência médica em Pediatria (1999/2000) e Residência médica em Neuropediatria (2001/2002) pelo Hospital Pequeno Príncipe, Curitiba, PR, Brasil. Graduação em Medicina (1998). **PROF. DR. PAULO RICARDO OPUSZKA:** Doutorado em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito (2006). Bacharelado em Direito (2000) pelo Centro Universitário Curitiba. **PROF. DR. PAULO ROBERTO CIMÓ QUEIROZ:** Doutorado em História Econômica pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil. **PROFA. DRA. PRISCILA CANEPARO DOS ANJOS:** Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2011). Especialista em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009). Graduada pelo Centro Universitário Curitiba (2007). **PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI:** Doutorado em Direito pela UFPR. **PROF. DR. RICARDO ANTÔNIO SILVA SEITENFUS:** Doutorado no Institut des Hautes Etudes Internationales (IHEL) - Universidade de Genebra (1980). Graduação em História Moderna e Contemporânea - Universidade de Genebra (1978). Graduação em Economia do Desenvolvimento - Universidade de Genebra (1973). Graduação em Ciência Política - Universidade de Genebra (1973). **PROF. DR. RICARDO LEHTONEN RODRIGUES DE SOUZA:** Doutorado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (2001). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1995). Graduação em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Paraná (1991). **PROF. DR. ROLAND HASSON:** Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. RUI FERNANDO PILOTTO:** Doutorado em Genética pela Universidade Estadual de Campinas (1991). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1973). Graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1983). Graduação em História Natural - Biologia pela Universidade Federal do Paraná (1969). **PROFA. DRA. SARÁ PETROCCIA:** Research Fellow - Ph.D - Gabriele d'Annunzio University, Chieti- Pescara, Italy. **PROF. DR. SERGIO ODILON NADALIN:** Doutorado em História e Geografia das Populações - Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1978). Mestrado em História pela Universidade Federal do Paraná (1975). Graduação em História (Licenciatura) pela Universidade Federal do Paraná (1966). **PROF. DR. SIDNEY GUERRA:** Pós-Doutorado pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra e Pós-Doutorado pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ). É Doutor, Mestre e Especialista em Direito. **PROF. DR. TÁRSIS NAMETALA SARLO JORGE:** Doutorado e mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, com especialização em Direito Previdenciário. **PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÉA LEÃO JÚNIOR:** Pós-doutorado em Direito pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015). Doutorado pela ITE - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2012). Mestrado pela PUC - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Graduação (1996) no UNIVEM - Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha" de Marília-SP. **PROFA. DRA. VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR:** Doutorado em Direito do Estado pela PUC-SP. Mestrado em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialização em Direito Processual Civil pela PUCAMP. **PROF. DR. WAGNER MENEZES:** Pós-doutorado (Universidade de Pádova - Itália). Doutorado (USP). Mestrado (PUCPR).

Instituto Memória