RECIFAQUI

Revista Científica da Faculdade Quirinópolis

ANO 6 - Nº. 6 - Vol .1 jan/dez 2016

RECIFAQUI

Revista Científica da Faculdade Quirinópolis

Quirinópolis, GO

Dezembro de 2016

Copyright 2016 by Faculdade Quirinópolis

REVISTA CIENTÍFICA DA FACULDADE QUIRINÓPOLIS

Equipe Técnica

Coordenadora responsável: Profa. Ma. Maria da Felicidade Alves Urzedo

Revisão Ortográfica:
Ma. Janice Aparecida de Azevedo Fernandes e Ma. Fabiana Rosa Moraes

Diagramação: Prof. Leon Alves Corrêa

Catalogação: Wivia Mota (Biblioteca da Faculdade Quirinópolis)

Arte da Capa: Leon Alves Corrêa

CIP – Brasil – Catalogação na fonte
BIBLIOTECA DA FACULDADE QUIRINÓPOLIS

R297 RECIFAQUI: Revista Cientifica da Faculdade Quirinópolis. / Faculdade Quirinópolis. V. 1, n. 6 (Jan./dez. 2016). – Goiânia Kelps, 2016.

320 p.: il.

Anual

ISSN: 2237-325x

1. Administração. 2. Agronomia. 3. Direito. 4. Saúde. 5. Educação. 6. Biomedicina. 7. Eng. Quimica. 8. Arquitetura. I. Faculdade Quirinópolis

CDU: 001.8(051)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS -É proibida a reprodução total ou parcial da obra, de qualquer forma ou por qualquer meio sem a autorização prévia e por escrito da autora. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9610/98) é crime estabelec ido pelo artigo 148 do Código Penal Brasileiro.

IMPRESSO NO BRASIL
Printed in Brazil 2016

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO SUDOESTE GOIANO

FACULDADE QUIRINÓPOLIS - FAQUI

Av. Quirino Cândido Cardoso, 38 – Centro – CEP 75860-000 Quirinópolis, GO

EXPEDIENTE

Diretora Geral: Anésia Ferreira dos Santos

Diretor Acadêmico: Marcos Divino Ferreira dos Santos

Coordenadora Pedagógica: Maria da Felicidade Alves Urzedo.

Secretária Acadêmica: Simone Maria Ferreira dos Santos.

COMISSÃO EDITORIAL

Maria da Felicidade Alves Urzedo

Janice Aparecida de Azevedo Fernandes

Leon Alves Correa

CONSELHO EDITORIAL

Maria da Felicidade Alves Urzedo (Presidente)

Adriana Vieira Macedo Brugnoli

Ana Paula Fontana

Daniela Ferreira Martins

Gilson Xavier de Azevedo

Janice Aparecida Azevedo Fernandes

Laís da Conceição da Silva

Leandro Aparecido de Souza

Marcos Divino Ferreira dos Santos

Mírian Maria de Paula

Regina Maria Pasquali

Sergio Martins de Oliveira

CONSELHO CONSULTIVO

Prof. Dr. Adam Heron, de Oliveira (FAQUI)

Prof. Dr. Andre Caviochioli Brito (OBJETIVO/Rio Verde)

Prof. Dr. Eloy Alves Filho (UFV)

Prof. Dr. Helieder Côrtes Freitas (UEMG/Ituiutaba)

Prof. Dra. Rejane Silva Guimarães (UNIRV)

Profª. Dra. Vonedirce Maria Santos Borges (FAQUI)

Prof. Dr.Wenceslau Gonçalves Neto (UFU)

SUMÁRIO

CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – ADMINISTRAÇÃO

ESTUDO DE CASO: ANÁLISE DA GESTÃO DE ESTOQUES DO SUPERMERCADO VICTOR EM 2015-2 10

Bruno Ferreira Parreira 10

Victor Augusto Ferreira de Moraes 10

Rosangela Ferreira Martins Oliveira 10

CIÊNCIAS AGRÁRIAS - AGRONOMIA

AVALIAÇÃO TOXICOLÓGICA DE COMPONENTES PRESENTES NOS LÁTICES DE *EUPHORBIA MILLI* DES MOULINS E DE *EUPHORBIA TIRUCALLI* L. SOBRE AS LARVAS DO MOSQUITO *AEDES AEGYPTI* LINN 33

A QUESTÃO DO MÉTODO NA PESQUISA CIENTÍFICA 39

Mírian Maria de Paula 39

CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – DIREITO

SEQUESTRO PARENTAL: O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA 48

Simone Alves de Lima Fernandes 48

Paulo Henrique Garcia Andrade 48

DIREITO DA SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS: A INCONSTITUCIONALIDADE SE COMPARADA AO DO DIREITO DOS CÔNJUGES 68

Chirlley Daiany Mendes de Oliveira 68

Luciana Aparecida Resende Nascimento 68

DOS ESTIGMAS E DAS LETRAS: ASPECTOS JURÍDICOS DA PRESENÇA NEGRA EM RECORTES DA LITERATURA BRASILEIRA 90

Janice Ap. de Azevedo Fernandes 90

Gilson Xavier de Azevedo 90

Simone Maria Zanotto 90

DO HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO 110

Hallys Martins Clemente 110

Gabriela Bastos Machado Ferreira 110

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DIANTE DOS PRINCÍPIOS: MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL 130

Isaac Lincon Dutra Cavalcante 130

Cristiane Daia Rizzo 130

AS ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA NO ÂMBITO DA PENSÃO POR MORTE 151

Kátia Kelly Da Silva Vieira 151

Diony Tarso Ferreira 151

ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO E SEU PODER NORMATIVO 171

Késia Da Silva Alves 171

Kaio de Bessa Santos 171

MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI Nº. 11.340 APLICADAS NA CIDADE DE QUIRINÓPOLIS, GO 187

Livia Cristina Barroso Pimenta 187

Tadeu dos Santos Mariano 187

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS 215

Mario Merculis Silva Barros 215

Heberton Duarte de Sousa 215

A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO SISTEMA ATUAL BRASILEIRO E SEUS REQUISITOS 235

Natália Francisca da Silva 235

Marcelo Divino de Oliveira 235

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA 254

Rácilei Costa Medeiros 254

Ricardo Freitas Queiróz 254

INTERNACIONALIZAÇÃO DA ADOÇÃO 276

Wéllington Antunes da Silva 276

Orlando de Andrade neto 276

CIÊNCIAS HUMANAS – EDUCAÇÃO

CONSTRUINDO A IGUALDADE DE GÊNERO: MAIS QUE UMA PROPOSTA, UMA NECESSIDADE 299

Gilson Xavier de Azevedo 299

Simone Maria Zanotto 299

EDITORIAL

Esta 6ª edição da Revista Cientifica da Faculdade Quirinópolis – RECIFAQUI foi desenvolvida com base na importância da relação entre a pesquisa e a divulgação cientifica, buscando transferir o conhecimento cientifico a comunidade. É um projeto que cria vinculo de caráter cientifico de estudos e pesquisas e que vem de encontro a missão da Faculdade Quirinópolis- FAQUI, tendo por objetivo a publicação de artigos com foco na graduação, que contemplem as peculiaridades desse nível de formação, as políticas relacionadas e as suas articulações com a graduação, a pesquisa e a inovação.

A Revista Cientifica da Faculdade Quirinópolis - RECIFAQUI compreende o somatório de esforços coletivos de pesquisadores que atuam nas áreas de ciências agrárias, ciências sócias aplicadas, ciências da saúde e engenharias especialmente nos cursos de Administração, Agronomia, Arquitetura e Urbanismo, Biomedicina, Ciências Contábeis, Direito, Enfermagem e Engenharia Química que são oferecidos pela Faculdade Quirinópolis.

É um periódico aberto a contribuições da comunidade cientifica em geral, de abrangência multidisciplinar, baseado no sistema de onde são publicados resultados de pesquisas, divulgações, revisões, estudo de casos e desenvolvimentos de novas técnicas e materiais. Seus números acolhem as contribuições autorais de fluxo contínuo e as edições temáticas lançadas por edital público. São aceitos manuscritos somente em português. A versão impressa é distribuída sem ônus para bibliotecas e centros de informação científica do país e do exterior, sendo também admitida a compra de exemplares avulsos.

A Comissão Editorial da Revista Cientifica da Faculdade Quirinópolis- RECIFAQUI agradece aos alunos, professores, a coordenação pedagógica, a direção geral da Faculdade Quirinópolis- FAQUI, e a todos que contribuíram para que essa edição se transformasse em realidade. Este é um trabalho em conjunto que integra conhecimentos e proporciona mais possibilidades de colaboração para o mundo global que vive a era da participação, no princípio da comunicação associativa, com intensa produção de conteúdo, participação e colaboração, na busca por informação.

Então aproveite!

Boa Leitura!

Profa. Ma. Adriana Vieira Macedo Brugnoli

ARTIGOS

CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

ADMINISTRAÇÃO

ESTUDO DE CASO: ANÁLISE DA GESTÃO DE ESTOQUES DO SUPERMERCADO VICTOR EM 2015-2

CASE STUDY: ANALYSIS OF VICTOR SUPERMARKET STOCK MANAGEMENT IN 2015-2

Bruno Ferreira Parreira
Victor Augusto Ferreira de Moraes[1]
Rosangela Ferreira Martins Oliveira[2]

RESUMO

O estudo apresentado se propôs a questionar e analisar o processo de gestão do supermercado Victor, sabendo que diante do cenário atual é relevante entender as falhas no processo e tentar melhorar a fim de proporcionar maior competitividade no mercado consumidor. Diante de tal argumento foi realizada a pesquisa, com a intenção de explorar o amplo ambiente que envolve a gestão do supermercado Victor, descrevendo a realidade encontrada a fim de entender e explicar os acontecimentos encontrados; para tanto os pesquisadores realizaram a entrevista semi-estruturada contendo 20 questões ao sócio e responsável pelo setor Victor Augusto, por meio do estudo de caso, foi possível responder ao objetivo principal -"Analisar a gestão de estoque do supermercado Victor Ltda. Constatou-se que a gestão de estoques não é eficiente, por isso, algumas observações sobre esta ineficiência foram descritas; verificou-se ainda que o sistema de informação não proporciona base na tomada de decisões, acarretando problemas tais como sistema de pedidos e compras indefinidos, despreparo no controle e falta de planejamento sendo fatores que levam à ineficiência do processo de gestão de estoque e consequentemente, prejuízos.

Palavras-chave: Supermercado Victor. Gestão de estoques. Sistema de informação. Controle. Planejamento.

ABSTRACT

This study aims, to analyze and question the management process inside the work environment of a supermarket named Victor. Nowadays, by knowing the competitive scenario it is relevant to learn from failures to achieve success. Facing that argumentation, a research was done with the purpose to explore the management process inside the work environment of the supermarket mentioned above. There were 20 questions directly done to the business associate, Mr. Victor Augusto. It was possible understand the main objetive which was the analysis of the stock management. It was found out that the stock management isn't efficient, for that reason, some observations about that inefficiency were ruled out. It was also noticed that the information system used inside the store is not well organized and it may slowdown decision-making at times, such as: applications and indefinite criteria when shopping for groceries, no control and lack of planning are relevant factors that may lead to na inefficient inventory management process and consequently losses.

Keywords: Victor Supermarket. Inventory management. Information system. Control. Planning.

INTRODUÇÃO

O Brasil vive um dos momentos mais desafiadores da história da Nova República, em que todos os *stakeholders* do mercado de bens de consumo – fabricantes, varejistas e, sobretudo, o consumidor – são impactados (NIELSEN, 2016). Em um cenário instável e incerto, a alta da inflação, crescimento do desemprego e maior nível de endividamento, o consumidor se adéqua a uma nova realidade e procurando alternativas para continuar consumindo ou, até mesmo, reduzindo o volume de compras.

Cientes desse novo comportamento do consumidor, mais planejado e decidido a fazer

[1] Formado em Administração pela FAQUI, 2016.

[2] (Orientadora) Possui graduação em Administração pela Faculdade Quirinópolis(2008) e especialização em GESTÃO DE PESSOAS pela Faculdade Quirinópolis(2010). Atualmente é Professora da Faculdade Quirinópolis e Contadora do Escritório Acontagro Contabilidade.

escolhas para equilibrar o orçamento, as empresas devem se adaptar aos novos hábitos dos consumidores revendo suas estratégias de negócios e com isso, os estoques ganham destaque nas novas estratégias por consumirem boa parte dos recursos financeiros de uma empresa.

Em empresas de pequeno porte, como a pesquisada, o estoque não é visto como um ativo que gera retorno à empresa e acaba não sendo prioridade dos proprietários e isso limita o potencial da empresa que pode aperfeiçoar seus resultados com boas práticas de gestão de estoques. Em boa parte das empresas os ativos imobilizados em estoques possuem boa parcela de representatividade em comparação aos ativos totais, além de causar impacto nos custos da empresa e no nível de serviço oferecido ao cliente. Essas premissas implicam no tocante à gestão dos estoques e se por um lado a necessidade dos estoques é justificada pelo controle para mitigar custos, por outro deve haver respostas rápidas para atender a demanda do cliente.

A compreensão de que modo seu estoque funciona, quais produtos são mais significativos e geram mais retorno para a empresa, quais são os produtos mais buscados pelos *shoppers* e como períodos sazonais influenciam a decisão de compra permitiriam a empresa se posicionar e estar pronta para sanar as exigências do novo consumidor.

Este TCC surgiu da problemática da análise da gestão de estoques do Supermercado Victor, uma empresa nos moldes da administração familiar, baseado em um modelo empírico de gestão, em que não há informações confiáveis retiradas de indicadores ou pesquisas, mas sim da vivência de seus proprietários na rotina da empresa.

1 ORIGEM, CONCEITOS E EVOLUÇÃO DA LOGÍSTICA

Desde a transição das sociedades humanas do nomadismo para o sedentarismo e, por consequência, a invenção e desenvolvimento da agricultura a produção excedente era armazenada até o término de seu consumo ou escambo.

Como ressalta Donato (2010, p. 7): "A necessidade de estocar foi estabelecida no momento em que o homem primitivo descobriu que podia guardar para o uso futuro os produtos excedentes às suas necessidades diárias ou ainda para permutá-los com os outros homens por produtos dos quais não dispunha".

Donato (2010) chama a atenção para a evolução da logística quando implementada, aplicada e desenvolvida no campo militar sendo utilizada como estratégia de guerra. Alexandre, O grande, um dos maiores estrategistas militares e conquistador de todos os tempos desenvolveu o modelo logístico extremamente funcional para as necessidades do exército macedônio. Alexandre aboliu o uso de carros de boi e institui o uso de cavalos garantindo mais velocidade e como ressalta Partha Bose:

> O exército macedônio se constitui na operação logística mais eficiente já criada pelo homem, tendo servido de modelo para Napoleão e para os exércitos relativamente modernos das duas Guerras Mundiais. [...] O General macedônio também foi o responsável pelo advento da ideia de se ter um ponto de contato único em torno de todas as questões logísticas, assegurando-se uma tal simplicidade nos objetivos militares que qualquer logístico era capaz de entendê-los com total clareza e, assim, cumpri-los (BOSE, 2010, p. 238).

Farias e Costa (2010) discordam de autores que defendem a origem logística nas atividades militares pois, durante a construção das Pirâmides do Egito ou a via Ápia em Roma, estas já possuíam atividades relacionadas à logística.

O termo "Logística" empregado até hoje foi definido em 1927 por Ralph Borsodi na obra *The Distribuitione* e se refere à "capacidade de planejar e prever uma situação antes da execução da mesma" (DONATO, 2010, p. 30). Ainda segundo Donato, o termo é oriundo do

grego "LOGISTIKOS"; é derivado do latim "*LOGISTICUS"* e significa "cálculo e raciocínio no sentido matemático".

> Logística é a parte do Gerenciamento da Cadeia de Suprimentos que planeja, implementa e controla o fluxo e armazenamento eficiente e econômico de matérias-primas, materiais semi-acabados e produtos acabados, bem como as informações a eles relativas, desde o ponto de origem até o ponto de consumo, com o propósito de atender as exigências dos clientes (CARVALHO, 2002, p. 31).

Como salienta Ballou (2006) a logística tenciona agregar valor, enquanto reduz os custos e aumenta a produtividade. Donato (2010, p.30) sugere que a logística se envolva em várias áreas dentro de uma empresa por abranger as atividades que se definem pelo "planejamento, operação, controle e avaliação dos processos que se referem aos recursos humanos, recursos materiais, patrimônio, produção, sistemas de informações, tributos, finanças e contabilidade".

Las casas (2012, p. 265-6) salienta que o termo "logística" é usado no marketing para designar todas as atividades referentes a "frete, armazenamento, manuseio material de proteção e embalagem, controle de estoques, localização de fábrica, processamento dos pedidos, previsão e serviços ao consumidor".

Já Faria e Costa (2010) defendem que a logística objetiva a entrega dos produtos ou serviços ao seu comprador, em tempo hábil, com menor custo possível e nas condições pré-estabelecidas durante a compra. Ainda defendem que a definição correta e mais difundida entre os profissionais da área é do Conselho dos Profissionais de Gestão da Cadeia de Suprimentos.

> Logística é a parte do processo da cadeia de suprimentos que planeja, implementa e controla, de forma eficiente e eficaz, a expedição, o fluxo reverso e a armazenagem de bens e serviços, assim como do fluxo de informações relacionadas, entre o ponto de origem e ponto de consumo, com o propósito de atender às necessidades dos clientes (FARIA, COSTA, 2010, p. 16).

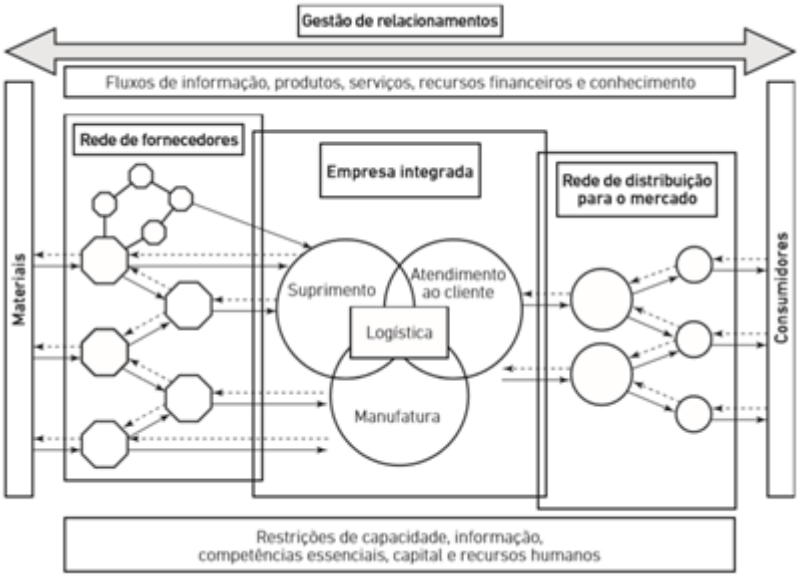
Depreendemos a partir deste conceito que a logística estabelece uma cadeia de ligações conectadas por elos fundamentais desde a fonte de matéria-prima até o consumidor final, passando pelas indústrias, distribuidores, varejistas e/ou prestadores de serviços durante o trajeto.

Para Faria e Costa (2010, p. 17) o objetivo da logística envolve desde os fornecedores, processo de serviços por ele requeridos, com a entrega do "produto certo, no momento certo, nas condições certas e pelo custo certo".

Chiavenato (2005) também é favorável a este conceito ao afirmar que o objetivo da logística é atender as necessidades do cliente no final de todo o fluxo.

> A logística envolve o processo de planejamento, implementação e controle da eficiência e do custo efetivo relacionado ao fluxo de armazenagem de matéria-prima, material em processo e produto acabado, bem como do fluxo de informações do ponto de consumo com o objetivo de atender às exigências do cliente (CHIAVENATO, 2005, p. 162).

Ainda, segundo Chiavenato (2005) o sistema logístico é a parte do gerenciamento da cadeia de suprimentos que planeja, implementa e controla o fluxo constante de bens, serviços, produtos e informações que estão presentes em qualquer ambiente organizacional, sempre focando suas atividades ao máximo a fim de atender as suas necessidades e satisfazer os clientes.



FONTE: Bowersox et al (2014, p.7).

Martel e Vieira (2008) ressaltam a capacidade da logística como ferramenta estratégica, ensejando-a como crucial na otimização dos custos e processos e além de incrementar valor para o consumidor.

No que se refere à evolução da logística Faria e Costa (2010) afirmam que sua importância é notória nos últimos anos. Tencionam que durante a década de 50 os custos logísticos não eram comprovados, e ainda que durante a década de 60 poucas empresas passaram a controlar o fluxo de materiais e transportes; possuíam conhecimento dos custos das operações logísticas, mas sem uma estrutura definida para a coleta de dados para contribuir na tomada de decisão.

Faria e Costa (2010) ainda evidenciam que entre 1960 e 1970 os fatores da economia de mercado, a evolução dos computadores e pesquisas acadêmicas a respeito da logística e de seus custos contribuíram para que as empresas absorvessem o conceito de balanceamento de custos de transporte de armazenagem/movimentação. Entre os anos 1970 e 1980 objetivou a estruturação da armazenagem e distribuição com o intuito de reduzir os custos e somente a partir de 1980 a logística ganhou expressiva relevância no cenário empresarial. Já que integrou os elos da cadeia de suprimentos.

1.1 Cadeia de suprimentos

Atualmente, o maior desafio das organizações é a otimização dos processos logísticos para se manterem à frente da concorrência. Para isso, passaram a estudar toda a cadeia de suprimentos e todos os elos, já que *Supply Chain* abrange planejamento estratégico, serviço de informação, marketing/vendas e atividades financeiras.

Faria e Costa (2010, p. 19) salientam que a cadeia de suprimentos é "constituída pelo conjunto de organizações e que mantém relações mutuas do início ao final da cadeia logística, criando valor aos produtos e serviços, desde os fornecedores até o consumidor final". Ela abrange toda a produção, incluindo a logística, mesmo sendo conceitos distintos, pelo fato de a cadeia de suprimentos englobar todas as atividades relacionadas ao fluxo e transformação de mercadorias.

> O gerenciamento da cadeia de suprimentos é definido como a coordenação estratégica sistemática das tradicionais funções de negócios e das táticas ao longo dessas funções de negócios no âmbito de uma determinada empresa e ao longo dos negócios no âmbito da cadeia de suprimentos, com o objetivo de aperfeiçoar o desempenho a longo prazo das empresas isoladamente e da cadeia de suprimentos como um todo (MENTZER et. al. apud BALLOU, 2006, p. 28).

Portanto, a cadeia de suprimentos envolve todas as atividades de gestão logística, como o planejamento e controle de todas as demais atividades desde a aquisição, produção e entrega, visando agregar valor ao produto e dilatar as oportunidades de negócio.

> A Logística/Cadeia de suprimentos é um conjunto de atividades funcionais (transporte, controle de estoques, etc.) que se remetem inúmeras vezes ao longo do canal pelo qual matérias-primas vão sendo convertidas em produtos acabados, aos quais se agrega valor ao consumidor (BALLOU, 2006, p. 29).

Ballou salienta que a logística e a cadeia de suprimentos compartilham algumas funções idênticas, uma vez que a logística acompanha o produto por todo o ciclo produtivo. Faria e Costa (2010) ensinam que os processos logísticos podem ser entendidos como logística de abastecimento, logística de planta interna ou operativa e logística de distribuição.

Ainda Faria e Costa (2010, p. 23) destacam que a logística de abastecimento compreende as atividades relacionadas à disponibilidade de materiais e componentes (nacionais e importados) para a "produção ou distribuição, utilizando técnicas de armazenagem, movimentação, estocagem, transporte e fluxo de informações". Isso mostra que o processo logístico busca disponibilizar produtos ou materiais em um curto espaço de tempo e com o menor custo.

A logística interna, também conhecida como logística de planta como Farias e Costa (2010) a denominam, responsável pela movimentação de matérias-primas e o reabastecimento do departamento administrativo abrange todos os processos relativos a manufatura e entrega dos produtos acabados para a logística de distribuição. É uma ferramenta estratégica bastante utilizada quando se pretende reduzir os estoques nos processos de industrialização e redução dos custos de produção.

Por fim, a logística de distribuição se inicia com o "subprocesso de armazenagem, recebendo e estocando os produtos acabados oriundos da fábrica, como também, as embalagens adquiridas de terceiros" (IDEM, 2010, p.24). Nesta etapa se tem o recebimento de pedido, a entrega, o faturamento e a cobrança.

No tocante ao planejamento estratégico, este pode ser dividido em 3 níveis - estratégico, tático e operacional. O primeiro é de longo prazo e o rumo e os objetivos são traçados pelo corpo Diretor da organização, já o segundo, é gerencial, pois convertem os objetivos em metas e as tornam palpáveis e factíveis ao nível operacional, o qual tem por função atingir as metas estabelecidas pelos processos definidos pelos níveis estratégico e tático, (FARIA, COSTA, 2010).

De acordo com Ballou (2006, p. 541) a logística também visa distribuir da melhor forma os recursos humanos disponíveis para a concretização das metas da empresa. Ainda ressalta que a organização administrativa é "a estrutura que cria condições para a criação, a implementação e avaliação dos planos". Complementa afirmando que o principal objetivo da organização é estabelecer a coordenação entre as atividades logísticas para seu planejamento e controle. A organização pode ser informal, semiformal e formal, sendo a primeira concretizada mediante um variado número de meios informacionais que não exigem mudanças na estrutura organizacional existente.

Na organização semiformal a estrutura organizacional permanece sem alterações, todavia o gerente logístico compartilha autoridade e a responsabilidade pela decisão com o

gerente da área envolvida, sendo necessário justificar as despesas para as atividades e os programas logísticos, podendo ocasionar conflitos em decorrência dos diversos pontos de vista. Por fim, na organização formal são estabelecidas e definidas autoridades e responsabilidades para a logística, sendo padronizada de acordo com as circunstancias individuais em cada empresa (BALLOU, 2006).

Com relação ao controle da Cadeia de suprimentos/logística este tem a finalidade de comparar o desempenho real do planejado e colocar em prática ações corretivas. O mecanismo de controle "inclui auditorias e relatórios sobre o desempenho do sistema, as metas estabelecidas em termos de desempenho e alguns meios para desencadear ações corretivas" (BALLOU, 2006, p. 568).

Neste século é fundamental diferenciar a ofertas de produtos e serviços em relação à concorrência e a logística é uma estratégia competitiva que possibilita às empresas gerar vendas, reduzir custos e aumentar a produtividade. O tópico a seguir aborda sobre o controle de estoque que em virtude da alta rotatividade dos produtos nas prateleiras exige uma maior atenção quanto aos níveis de mercadorias disponíveis para reposição nos supermercados.

1.2 Estoques

Atualmente um dos obstáculos enfrentados pelas empresas é prever a demanda de seus produtos, buscando continuamente alternativas de manterem níveis de estoque que atendam prontamente as quantidades solicitadas pelos clientes no momento em que solicitarem. Com isso a missão logística, toma espaço e importância quando usada como estratégia diferencial, a fim de garantir o produto nas características pré-determinadas, no tempo pré-determinado e no local determinado.

Segundo Chiavenato (2005, p. 67) estoque "é a composição de materiais- MPs, materiais em processamento, materiais semi-acabados, materiais acabados, PAs- que não é utilizada em determinado momento na empresa, mas precisa existir em função de futuras necessidades". Assim, é necessário garantir que todas as áreas produtivas sejam abastecidas, para proporcionarem economia de custos evitar a paralisação da linha.

Martins (2009) argumenta que a necessidade de um estoque de segurança é evitar a falta dos produtos, visto que, os produtos não são adquiridos e entregues na mesma celeridade que são vendidos, com isso o estoque de segurança tem a função de proteger o sistema produtivo quando a demanda e o tempo de reposição variam. Isso porque pode haver uma entrada maior do que a saída ou uma procura maior que a entrada, o que faz com que o estoque aumente ou diminua. Da mesma forma, um produto perecível deve ser adquirido com maior frequência e em quantidade menor e distribuído com maior rapidez para garantir as condições de consumo ideais para o consumidor.

Para Chiavenato (2005) existe a necessidade de se acumular estoques em níveis que garantam harmonia ao funcionamento do sistema produtivo, porém a alocação de recursos financeiros é alta pelo simples fato do aumento dos estoques não aumentar as vendas ou o lucro.

> [...] os estoques constituem um ativo circulante necessário para que a empresa possa produzir e vender com um mínimo de risco de paralisação ou de preocupação. Os estoques representam um meio de investimento de recursos, e podem alcançar uma respeitável parcela de ativos totais da empresa (CHIAVENATO, 2005, p. 68).

Se por um lado estoques em níveis muito altos podem comprometer o processo pelo ônus da deterioração/obsolescência, a falta pode diminuir ou até mesmo parar o sistema de

produção ocasionando prejuízos; por outro lado manter um estoque de segurança permite a possibilidade de proteger o sistema produtivo da volatilidade externa ocasionada pela demanda de produtos e pelo tempo de reposição da matéria prima, portanto é fundamental otimizar os investimentos nessa área, com maior assertividade no planejamento e controle.

Dias (2009, p. 4) argumenta que "o estoque é necessário para que o processo de produção/vendas da empresa opere com um número mínimo de preocupações e desníveis". Ainda, de acordo com o autor é impossível uma empresa trabalhar sem estoques, visto que estes compõem os ativos da empresa e representam as aplicações do capital investido. Portanto, é necessário otimizar o investimento, reduzindo custos com matéria-prima por meio de boas negociações no momento da compra em busca de melhores preços, maior rapidez no processo de produção e na entrega do produto ao cliente.

Segundo Martins (2009) os estoques se classificam em materiais, de produtos em processos, produtos acabados, estoque em trânsito e estoque em consignação. O primeiro se refere à matéria-prima e materiais básicos adquiridos pela empresa para serem usados no processo produtivo. "O volume de cada matéria-prima depende do tempo de reposição que leva para receber os pedidos, da frequência de uso, do investimento exigido e das características físicas do material" (DIAS, 2009, p. 14).

De acordo com Dias (2009) estoques de produtos em fase de processamento são todos os itens que já fazem parte do processo de produção que ainda não foram concluídos; são produtos que ainda estão na linha de processamento em algum estágio da produção. Já os estoques acabados, como o próprio nome sugere, são os produtos prontos para a comercialização. O processo produtivo acontece com o objetivo de colocar à disposição "um número suficiente de produtos acabados para satisfazer à demanda pela previsão de vendas, sem criar estoques em excesso, e auxiliar na minimização dos custos totais" (DIAS, 2009, p.15).

Os estoques em trânsito, por sua vez, correspondem aos produtos que já foram despachados e que ainda não chegaram ao seu destino. Por fim, têm-se os estoques em consignação, ou seja, aqueles que permanecem sob a responsabilidade do fornecedor até serem vendidos podendo ser devolvidos sem ônus.

Quanto à importância dos estoques, Martins (2009) aponta a entrega do produto ao cliente no momento em que deseja, a possibilidade de negociar preços com os fornecedores, a movimentação interna dos materiais na redução de custos no processo produtivo e a estocagem. No que diz respeito às funções do estoque Chiavenato destaca:

> Garantir o abastecimento de materiais à empresa, neutralizando os efeitos de: Demora ou atraso no fornecimento de materiais; Sazonalidade no suprimento. Proporcionar economias de escala: Por meio da compra ou produção em lotes econômicos; Pela flexibilidade do processo produtivo; Pela rapidez e eficiência no atendimento às necessidades (CHIAVENATO, 2005, p. 68).

Portanto os estoques representam um importante papel na empresa por constituírem um elo entre o processo de compra e venda, minimizando os erros de planejamento e as oscilações inesperadas de oferta e procura.

Pode ser elencada vantagem como pronto atendimento ao cliente e como desvantagem os custos decorrentes de sua manutenção. Assim, se faz necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre os benefícios e os custos de reposição para que a redução na margem de lucro não seja agravada pela irregularidade da venda do produto.

A capacidade de geração de lucro do estoque é associada à capacidade de rotação de todo o estoque da empresa dentro de um período, assim faz-se necessária a utilização de indicadores de rotatividade, conforme salienta Hoji (2010, p. 289): "Os índices de rotação (giros) são calculados relacionando-se os elementos patrimoniais com os itens da

demonstração de resultados e evidenciam o prazo de renovação dos elementos patrimoniais dentro de determinado período".

Hoji (2010) ainda chama a atenção para análise do giro de estoque e destaca que por meio dos resultados quantitativos obtidos é capaz de fornecer informações sobre as políticas e gestão da empresa. O giro de estoque é um dos indicadores mais significativos da eficiência dos estoques das empresas. Quanto mais rápido e maior o giro, mais rentável o estoque se torna.

Como endossa Dias (2010, p 73): "O grande mérito do índice de rotatividade do estoque é que ele representa um parâmetro fácil para a comparação de estoques, entre empresas do mesmo ramo de atividade e entre classes de material do estoque.

O giro de estoque, ou índice de rotatividade (IR) é definido pela quantidade de "vezes" que o estoque se renova completamente dentro de um período apurado, seja dias, semanas, meses ou anos. Chiavenato (2005, p. 68) expõe que por meio da seguinte equação é possível encontrar o índice de rotatividade:

$$Indice\ de\ rotatividade(IR) = \frac{consumo\ médio\ no\ período}{estoque\ médio}$$

Quanto maior a rotação do estoque, consequentemente, será menor o dispêndio financeiro com a manutenção, e com prejuízo causado pela deterioração de matérias primas, ou produtos acabados.

Segundo Chiavenato) o índice de rotatividade, ou giro de estoque, oferece as seguintes vantagens:

> 1. Apresenta um índice de fácil comparação de estoques entre várias empresas do mesmo ramo de atividade ou entre classes de itens de materiais. 2. Pode ser utilizado como um padrão de comparação para as taxas reais de cada item ao longo dos meses (CHIAVENATO, 2005, p. 68.

Em um mercado altamente concorrencial a capacidade de uma empresa operar com custos operacionais baixos contribui para a entrega de preços mais baixos que seus concorrentes dentro de um mesmo mercado. A utilização de Benchmarking decorrente da obtenção dos valores de um mesmo indicador usado pelo concorrente torna o cotejamento dos dados uma maneira de chamar a atenção das empresas para a importância do acompanhamento dos custos intrincados à gestão, movimentação, renovação e manutenção dos estoques.

No que se refere aos custos de estoque estes dependem da quantidade em estoque e do tempo de permanência em estoque. "Quanto maior a quantidade e quanto maior o tempo de permanência, tantos maiores serão os custos de estoque" (CHIAVENATO, 2005, p. 92). Isso porque grandes quantidades de estoque exigem mais equipamentos e pessoal. O mesmo acontece na estocagem e armazenamento, pois mercadoria parada não gera lucro, apenas despesas e ainda há o risco desta produção se deteriorar com o tempo, sendo então necessário vendê-la com prejuízos. Isso significa que os estoques não podem ser muito grandes, pois implicam desperdício e capital parado, nem pode ser muito pequeno devido ao risco de falta de materiais e, consequentemente, paralisação da produção e o não atendimento do cliente, o que pode ocasionar sua perda para a concorrência e ainda prejuízos financeiros.

Chiavenato (2005) cita os custos de capital (juros, depreciação), com pessoal (salários, encargos sociais), edificação (alugueis, impostos, luz, conservação) e custos de manutenção (deterioração, obsolescência, equipamento). Além desses, ainda há o custo total e aqueles

decorrentes da falta de estoque e o total, sendo que primeiro é o somatório do custo de armazenamento e do custo de pedido. Já o segundo ocorre quando um pedido atrasa ou não pode ser entregue pelo fornecedor, podendo ocasionar perda de lucros, cancelamento do pedido, multas, prejuízo em decorrência de custos adicionais e comprometimento da imagem da empresa beneficiando o concorrente.

Parente e Barki (2014) ressaltam a importância de serem avaliados os investimentos em estoque não só para efeitos fiscais, mas também porque muitos indicadores de desempenho são estimulados com base nestes investimentos. Para os autores os estoques devem ser avaliados no método de custo "somando-se o preço de custo de cada produto aos seus respectivos valores pago no frete" (PARENTE, BARKI, 2014, p. 173) e no método de preço de venda "o valor final do estoque é determinado pela relação percentual entre o valor e o preço de custo e o valor e o preço de vendas de um volume de mercadorias, disponível para venda, em certo período de tempo" (PARENTE, BARKI, 2014, p. 175).

O planejamento e controle de estoque é um dos grandes desafios das empresas, mantê-los em níveis adequados sem afetar o processo produto e sem aumentar os custos financeiros exige dos administradores conhecimento de mercado e ferramentas tais como os fichários de estoques e a classificação ABC[3].

> Os estoques tendem a flutuar, e é muito difícil controlá-los em toda sua extensão, pois os materiais se transformam rapidamente, por meio de processo produtivo, e a cada momento podem ser classificados diferentemente. De um lado, quando o estoque é obtido para uso futuro da produção, representa capital parado e passa a ser visto como um mal necessário, exigindo um grande esforço para controlar e reduzir investimento. De outro lado, torna-se também difícil determinar o estoque mínimo e depender da confiabilidade dos fornecedores quanto às entregas aprazadas (CHIAVENATO, 2005, p. 77).

Desta forma, compreende-se que o conhecimento é fundamental para controlar o estoque e à medida que os níveis destes vão diminuindo faz-se necessário reabastecê-lo. Para isso, recursos como fichário ou banco de dados possibilitam obter informações que servem para analisar, detectar falhas no processo e controlar os estoques de materiais ou produtos acabados. Embora o fichário seja útil, este se torna inviável quando o número de itens aumenta, sendo indispensável a utilização de softwares apropriados que possibilitam resultados mais confiáveis e com maior agilidade.

1.2.1 Curva ABC

A teoria 80-20 ou curva ABC nasceu após a publicação do resultado de um estudo de renda na Itália realizado pelo economista Vilfredo Pareto em 1897, quando foi apurada a distribuição de renda entre os habitantes, demonstrando que uma pequena parcela da população absorvia um grande percentual de renda, e o restante era dividido entre os demais, o que proporcionou uma imensa gama de aplicabilidade nos negócios desta teoria segundo Ballou (2006). O estudioso afirma que também o conceito 80-20 é formalizado depois de se observar os padrões de produtos das empresas e que grande parte da receita advém de um pequeno percentual dos produtos.

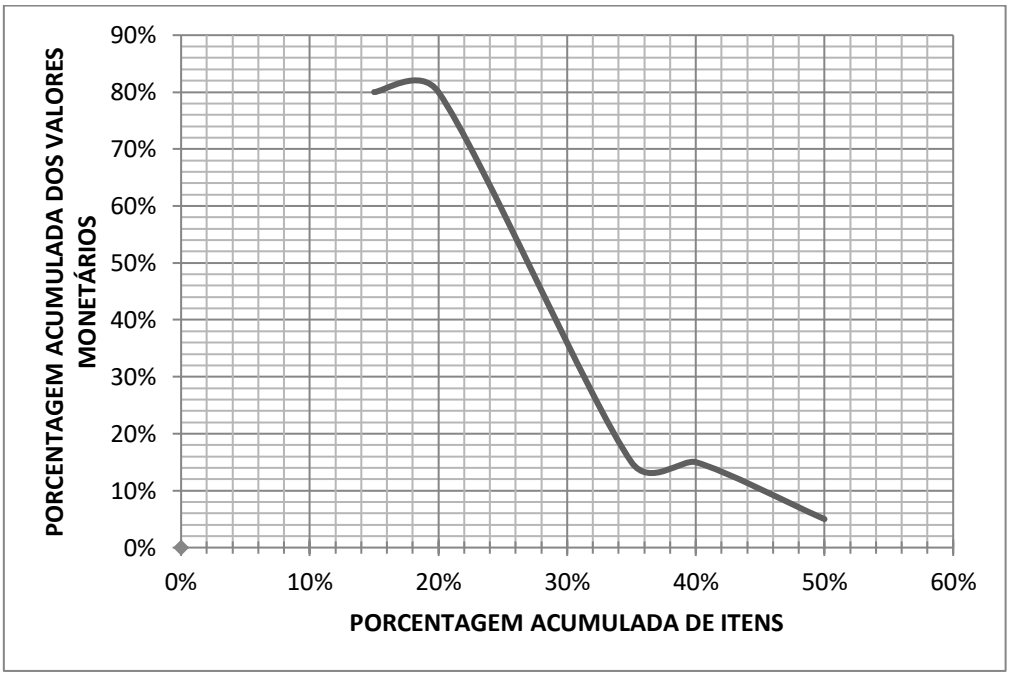
Quanto à curva ABC, Chiavenato (2005, p. 79) salienta que "baseia-se no princípio que a maior parte do investimento em materiais está concentrada em um pequeno número de itens". O autor ainda a classifica em três classes A, B e C.

[1]A Classificação ABC surgiu de um estudo realizado por Vilfredo Pareto em 1897. Este observou que "20% da população controlava 80% da renda" (PARENTE, BARKI, 2014, p. 148).

> Classe A: é constituída de poucos itens (de 15% a 20% do total de itens). Que são responsáveis pela maior parte (aproximadamente 80%) do valor monetário dos estoques. São os poucos itens mais importantes e que merecem uma atenção individualizada, pelo seu enorme volume ou valor monetário. O número de itens da *classe A* é pequeno, mas o seu peso no investimento em estoque é enorme. Classe B: é constituída de uma quantidade média de itens (35% a 40% do total de itens) que representam aproximadamente 15% do valor dos estoques. São os itens intermediários, que tem relativa importância no valor global dos estoques. Classe C: é constituída de uma enorme quantidade de itens (40% a 50% do total de itens) de pequeno volume e que representam um valor desprezível (5% a 10% dos estoques). São os itens mais numerosos e menos importantes, pois respondem com pouca importância ao valor global dos estoques (CHIAVENATO, 2005, p. 79).

É interessante observar que na Classe A estão os itens mais importantes, na B estão situados aqueles que possuem pouca representatividade e na C os que necessitam de menor atenção por parte do administrador. Deste modo a curva ABC possibilita ao gestor de materiais identificar quais itens necessitam de mais atenção. Tem sido usada tanto na administração de estoques quanto na definição de políticas de vendas e no estabelecimento de prioridades, bem como na programação da produção (DIAS, 2009).

CURVA ABC



FONTE:CHIAVENATO (2005, p. 81).

O principal objetivo da análise ABC é "identificar os itens de maior valor de demanda e sobre eles exercer uma gestão bem mais refinada, especialmente porque representam altos valores de investimentos e seu controle mais apurado vai permitir grandes reduções no custo dos estoques" (GONÇALVES, 2013, p. 198).

É importante salientar que a curva ABC é muito difundida e utilizada no comércio varejista e a análise deve ser realizada entre produtos com um alto grau de *substituibilidade* para não excluir itens de seu mix que possam deixar os clientes insatisfeitos, como advertem Parente e Barki (2014, p.148): "Produto A – 10% dos principais itens – representam 70% das vendas. Produto B – 20% dos outros principais itens – representam 20% das vendas. Produto C – 70% dos itens restantes – representam 10% das vendas".

A curva ABC possui um amplo espectro de aplicações, podendo ser utilizada por empresas de vários portes e ramos. Além dos estoques, pode ser usada para análises de resultados financeiros.

No tópico a seguir a gestão de estoques será abordada de forma mais completa, visto que supermercados precisam manter estoques em níveis adequados para garantir que o cliente encontre o que deseja.

1.2.2 Gestão de compras

No tocante ao departamento de compras este tem por função suprir as necessidades de materiais ou serviços. Para isso, precisa planejar a quantidade correta a ser adquirido de cada produto, verificar se recebeu o que foi comprado e providenciar o armazenamento.

De acordo com Dias (2009, p. 229) o departamento de compras tem por objetivo:

> Obter um fluxo contínuo de suprimentos a fim de atender aos programas de produção; coordenar esse fluxo de maneira que seja aplicado um mínimo de investimento que afete a operacionalidade da empresa; comprar materiais e insumos aos menores preços, obedecendo a padrões de quantidade e qualidade definidos; procurar sempre dentro de uma negociação justa e honrada as melhores condições para a empresa, principalmente em *termos* de pagamento.

No exposto, tem-se que compras é a previsão necessária de suprimentos e, portanto, deve ser realizada com informações precisas da quantidade a suprir, dispondo do tempo necessário para negociar, fabricar e entregar os produtos solicitados, tendo em vista reduzir custos. Gonçalves também afirma que a função de compras envolve uma responsabilidade maior:

> [...] Ela requer planejamento e acompanhamento, processo de decisão, pesquisas e seleção das fontes supridoras dos diversos materiais, diligenciamento para assegurar que o produto será recebido no momento esperado, inspeção tanto da qualidade quanto das quantidades desejadas. Requer uma coordenação geral entre os diversos órgãos da empresa: almoxarifados, no que tange ao armazenamento dos materiais; planejamento de estoques, responsável por definir as quantidades a serem adquiridas e os respectivos prazos de entrega; finanças, no que se relaciona a autorização e controle de pagamentos das faturas dos materiais recebidos e muitos outros setores da estrutura organizacional (GONÇALVES, 2007, p. 241).

Nessa definição, está claramente explícito que o setor de compras tem uma responsabilidade muito grande, pois todo o processo que envolve desde a aquisição da matéria-prima ou do produto acabado deve ser realizado como critérios definidos para não cometer erros que possam comprometer toda a cadeia e, principalmente, a imagem da empresa. Saber o que comprar no momento e na quantidade certa é fundamental.

1.2.3 Gestão de estoques

Empresas de vários ramos de atividades possuem sistemas e modelos de controle de estoques distintos devido ao fato de atenderem públicos diferentes e distribuí-los de modo desigual.

Em empresas varejistas, Parente e Barki (2014, p.169) enfatizam que o "controle de estoques deve ser bem monitorado, visando minorar o capital total investido em estoque, já que este consome a maior parte do caixa da empresa". O dimensionamento adequado a demanda prevista e com margem que cubra as oscilações advém da previsão de demanda e que a necessidade de projeções de demanda é comum no processo de planejamento e controle (BALLOU, 2006).

Para Viana (2012, p.117): "Gestão é um conjunto de atividades que visa, por meio das respectivas políticas de estoque, ao pleno atendimento das necessidades da empresa, com a máxima eficiência e ao menor custo, através do maior giro possível para o capital investido em materiais".

Para tanto, Gonçalves (2010) e Slack et al (2012) sugerem que para avaliação do sistema de gestão de estoques existentes deve-se fazer duas perguntas: Quando pedir? E quanto pedir? Gonçalves (2010, p. 150-1) explana que a "primeira questão remete a necessidade de saber o momento exato para a renovação dos estoques de cada item em particular, com a finalidade de manter de forma adequada e otimizada"; Slack et al (2012) relatam que o objetivo da questão é descobrir o tamanho que se deve ser o pedido. A segunda pergunta alude-nos a delimitar a quantidade que deverá ser reposta sempre que surgir a necessidade de renovação do estoque (GONÇALVES, 2010).

Para se gerir o estoque de qualquer empresa o passo fundamental é conhecer a demanda gerada pelos mercados consumidores como retrata Ballou (2006, p. 242): "A previsão dos níveis de demanda é vital para a empresa com um todo, à medida que proporciona a entrada básica para o planejamento e controle das áreas funcionais, entre as quais Logística, *Marketing*, Produção e Finanças".

Ainda Ballou (2006) acrescenta que os níveis de demanda e os momentos em que ocorrem afetam fundamentalmente os índices da capacidade, as necessidades financeiras e a estrutura geral de qualquer negócio. Kotler e Keller (2012) elucidam que demanda é o volume total que seria comprado por um grupo de clientes, independentemente da demanda ser de matéria prima ou de produtos acabados a sinergia que deve existir no funcionamento é clara, pois o departamento financeiro depende das previsões de demanda para a alocação de caixa necessário para o funcionamento da operação, já o departamento de produção apoia-se sobre as estimativas para a aquisição de materiais e equipamentos necessários. Kotler e Keller (2012) ressaltam ainda que os níveis de estoques determinados dependem das estimativas de venda, ou a demanda prevista para que não ocorra a falta, tampouco o excesso de estoques.

Fonseca (2012) chama a atenção para o fato de que a gestão de estoques completa o ciclo de abastecimento juntamente com as ferramentas da administração de materiais que permitem a adequação e acurácia dos níveis de estoques e ainda completa que "é importante ter em mente que o controle de estoques é feito através de dados que representam um estoque físico, ressaltando que divergências entre o mundo físico e o virtual exibem diferenças, sendo necessário utilizar métodos de previsão, conferencia e custeio para alcançar a eficiência e prevenindo perdas e desperdícios" (FONSECA, 2012, p. 72).

Chiavenato (2005) sugere o fichário de estoques para inventariar as quantidades, tipos, marcas e utilidades dos produtos ou materiais armazenados, guarnecendo dados básicos, porém indispensáveis à gestão de estoques.

> O fichário de estoque – também denominado banco de dados sobre materiais – é um conjunto de documentos e informações que sevem para informar, analisar, e controlar os estoques de materiais. Quando o fichário de estoque ocupa um arquivo normal, seu processamento é manual. Quando se utiliza o processamento de dados com ajuda de computador, tem-se um banco de dados. O fichário de estoque é composto por um conjunto de fichas de estoque ou planilhas de estoque (CHIAVENATO, 2005, p.77).

Chiavenato (2005) ainda argumenta que a quantidade de informações que os fichários de estoque contêm demonstra o nível de sofisticação do controle de estoques da empresa e ainda acrescenta que o uso de *softwares* para essa finalidade é indispensável à medida que o número de itens a serem controlados aumenta.

Exemplo de fichário de estoques

1. Identificação do item:
a) Nome do item;
b) Número ou código do item;
c) Especificação ou descrição do item;
d) Unidade de medida (quilo,metro,litro,unidade);
e) Tipo de utilização (a que se destina o item).

2. Controle do item:
a) Estoque mínimo;
b) Lote econômico;
c) Demanda de consumo (utilização mensal);
d) Dias de espera para a chegada do pedido de renovação;
e) Fornecedores do item;
f) Porcentagem de perda ou rejeição na produção;

3. Entradas de material no estoque:
a) Recebimentos de material (entradas em quantidades);
b) Preço unitário de cada lote de recebimento;
c) Valor monetário de cada lote (quantidade x preço unitário);

4. Saídas de material do estoque:
a) Saídas de material em quantidades (*RMs* atendidas);
b) Preço unitário de cada lote de saída;
c) Valor monetário de cada lote (quantidade x preço unitário);

5. Saldo de estoque:
a) Saldo em estoque (quantidade existente em estoque);
b) Saldo disponível (quantidade existente + quantidade encomendada não recebida);
c) Saldo das encomendas (quantidade encomendada a receber);
d) Saldo das reservas (quantidade requisitada em *RM* e ainda não retirada no almoxarifado);

6. Valor do saldo em estoque:
a) Custo unitário de cada lote de entrada no almoxarifado;
b) Custo unitário médio;
c) Custo unitário de cada saída;
d) Valor monetário do saldo em estoque (unidades x custo unitário);

7. Rotação do estoque:
a) Soma das entradas (pedidos de reposição efetuados);
b) Soma das saídas (*RMs* atendidas);
c) Porcentagem das entradas sobre saídas.

FONTE: Chiavenato (2005, p.78).

Segundo Viana (2012, p. 107), "o gerenciamento de estoque reflete quantitativamente os resultados obtidos pela empresa ao longo do exercício financeiro, o que, por isso mesmo,

tende a ter sua ação concentrada na aplicação de instrumentos gerenciais baseados em técnicas que permitam a avaliação sistemática dos processos utilizados para alcançar as metas desejadas". Portanto é primordial que o gerenciamento de estoques se baseie em resultados obtidos mediante de técnicas gerenciais de estoques comprovadamente funcionais munindo o gestor logístico de informações para a equidade entre custos e materiais dentro dos estoques.

Vale destacar que o fichário de estoque ainda contém a quantidade mínima de unidades que deve ser mantida em estoque, sendo conhecida como estoque de segurança, Viana (2002) o concebe como estoque mínimo, isto é quantidade mínima de um PA- produto acabado, MP-matéria-prima, capaz de suportar um ressuprimento superior ao programado ou um consumo não previsto. Quando o estoque atinge uma posição de declínio indica a condição crítica em que o PA/MP se encontra, desencadeando providências, como a emissão das solicitações de compra. Fonseca (2012) complementa que o estoque de segurança é utilizado para cobrir problemas com o abastecimento, visto que o produto não é entregue no momento em que o pedido é disparado existindo uma latência que, por vezes, paralisa a linha de produção, ou evita a venda do produto por não possuí-lo no lugar e momento em que o consumidor precisa.

A gestão de estoques tem como objetivo o abastecimento da linha de produção e/ou lojas, munindo os gestores com informações sobre produtos em estoques e suas respectivas quantidades, tempo estocado e finalidade de uso. O uso de técnicas como o Fichário de estoque e o estoque mínimo é fundamental para o bom funcionamento, como esclarecido por Kotler e Keller (2012) e Fonseca (2012). Ratificando que a boa gestão previne custos desnecessários e perdas com estoque, visto que é um ativo financeiro indispensável ao bom funcionamento de qualquer empresa.

A gestão de estoque também é responsável por fornecer informações precisas sobre quantidades armazenadas em cada centro de distribuição ou depósito da empresa em qualquer lugar de sua área de atuação. Previsões de demanda fornecem ao gestor de estoque informações sobre as possíveis oscilações entre produção e consumo, adquirindo a característica de informar aos centros de distribuição as quantidades a serem entregues pelos canais de distribuição dentro da distribuição física da empresa, como será abordado pelo próximo tópico.

1.3 Distribuição e armazenagem

Os produtos que não são imediatamente utilizados após sua aquisição necessitam de um lugar onde aguardam até surgir à necessidade de uso, os armazéns são utilizados para tal função. Seja uma empresa varejista ou indústria, a necessidade de armazenamento se faz presente, porque não é possível prever a demanda com exatidão, Kotler e Keller (2012, p.502) explicam que todas as empresas precisam armazenar os produtos acabados até que sejam vendidos dado que os ciclos de produção e de consumo raras vezes coincidem, e ainda, como expõe Viana (2009, p. 116) "sem estoques é impossível uma empresa trabalhar, pois ele funciona como amortecedor entre os estágios da produção até a venda final do produto".

Em empresas varejistas que majoritariamente há a venda direta ao consumidor, a necessidade de se manter estoques é inquestionável, haja vista que os consumidores comumente adquirem tudo o que precisam em um único lugar e em pequenas quantidades, porém conhecendo a premissa que as necessidades de tipos e quantidades de produtos não são previstos com exatidão, e ainda diante do fato de que as entregas dos fornecedores não acontecem de forma instantânea ao recebimento do pedido os estoques influenciam muito no nível de serviço percebido.

> Se as demandas pelos produtos pelos produtos da empresa forem conhecidas com exatidão e se as mercadorias fossem fornecidas instantaneamente, teoricamente não há necessidade para manter espaço físico para o estoque. Entretanto, não costuma ser prático nem econômico operar desta maneira, pois geralmente a demanda não pode ser prevista precisamente (BALLOU, 2009, p.152-3).

Dessa forma, a armazenagem se torna vital para garantir o abastecimento contínuo do ponto de venda, protegendo a empresa contra variações entre oferta e demanda, garantindo que mesmo com as incertezas citadas, consiga manter o produto acessível ao cliente.

Mesmo exercendo grande pressão aos custos logísticos -- segundo Ballou (2009) os custos com armazenagem podem representar cerca de 12% a 40% das despesas logísticas da firma e se bem administrados podem proporcionar ganhos que superam estas percas, pois são compensados com os custos de transporte por permitir o uso de quantidades maiores e mais econômicas nos lotes de carregamento e os de produção por absorver as flutuações dos níveis de produção gerados pela incerteza das variações de oferta e demanda.

Viana (2007, p. 301) lista as possibilidades de economia de custos providas pela armazenagem:

> Obter economias de transporte. Por exemplo, com a consolidação das cargas. Reduzir custos na produção por permitir um fluxo constante no suprimento de materiais para a produção de bens e serviços, principalmente considerando o tempo existente entre a produção, o consumo e as flutuações do mercado. Facilitar um pronto atendimento às exigências dos clientes. Permitir a obtenção de descontos nas compras de grandes quantidades.

Depreende-se que a armazenagem constitui fator determinante no cumprimento da função logística de se prover o produto adequado, no lugar adequado e nas condições determinadas aos clientes. Não obstante, grandes empresas mantêm seus produtos, sendo produzidos por elas ou adquiridas de terceiros, armazenadas em depósitos fora da área de loja como parte de uma estratégia para garantir a entrega de todos os produtos requisitados em tempo hábil, visto que nem sempre consumidores e lojas estão próximos, havendo a necessidade de posicionar os depósitos para facilitar a distribuição dos produtos como reforça Arnold:

> A distribuição física é vital em nossas vidas. Geralmente, fabricantes, clientes e clientes potenciais estão geograficamente bem distribuídos. Se os fabricantes atendem apenas a seu mercado local, acabam restringindo seu potencial de crescimento e lucro. Ao estender seu mercado, uma empresa pode ganhar economias de escala na produção, reduzir o custo de compra, obtendo descontos sobre o volume, e melhorar sua lucratividade (ARNOLD, 2009, p. 357).

Ao estender sua abrangência de atuação, empresas que possuem fábricas em apenas um local, contam com depósitos distribuídos estrategicamente pelas regiões em que pretende-se atuar.

> A empresa pode contar com armazéns próprios e também alugar espaço em armazéns públicos. Os *depósitos* estocam produtos por períodos de média a longa duração. Os *centros de distribuição* recebem produtos de várias fábricas da empresa e dos fornecedores e os distribuem assim que possível. Os *depósitos automatizados* utilizam avançados sistemas de manuseio de materiais sob o controle de um computador central (KOTLER, KELLER, 2012, p. 502).

Para que ocorra o fornecimento adequado dos produtos solicitados é imprescindível o uso da distribuição; Viana (2012) adverte que distribuição física é a atividade pela qual entrega seus produtos acabados prontos para o consumo e Arnold (1999) simplifica expondo que nada mais que o transporte dos materiais a partir do produtor até o consumidor.

No âmbito varejista há a predominância da intermediação do processo de distribuição dos produtos a serem comercializados, sendo um canal de distribuição, como Kotler e Armstrong o endossam:

> Poucos fabricantes vendem seus produtos diretamente aos consumidores finais. Em vez disso, a maioria usa intermediários para levar seus produtos ao mercado. Eles tentam montar um **canal de marketing** (ou **canal de distribuição**) – um conjunto de organizações interdependentes que ajudam a tornar um produto ou serviço disponível para o consumo ou uso por um consumidor ou usuário organizacional (KOTLER; ARMSTRONG 2007, p. 305).

Um canal de distribuição corresponde a uma ou um grupo de indivíduos ligados a empresa que compõem o fluxo de produtos dos depósitos onde são armazenados até o consumidor. Arnold (1999) salienta que um canal de distribuição corresponde a uma ou mais empresas ou indivíduos que participam do fluxo de produtos e/ou serviços desde o produtor até o cliente ou usuário final.

A distribuição física é responsável por entregar aos clientes o que eles desejam a um custo mínimo e para isso todas as atividades ligadas ao transporte e armazenamento devem ser organizadas. Kotler e Armstrong (2007) afirmam que a escolha dos transportadores afeta o preço dos produtos, a eficiência da entrega e as condições em que as mercadorias chegam a seu destino.

Dentro da atividade logística de armazenagem e distribuição está última que é o principal foco da logística, visto que é imprescindível a sinergia entre a execução de cada etapa do processo, e os sistemas de informação oferecem esta possibilidade ao gestor logístico, provendo ferramentas para o acompanhamento desde quantidades de produtos em estoques até o rastreamento da entrega em uma rodovia.

1.4 Sistemas de informação

Em compasso com a velocidade que a informação passou a ser disseminada pelo mundo as empresas simultaneamente vislumbraram as oportunidades geradas pelo desenvolvimento tecnológico, seja com a robótica nas linhas de montagens desde a década de 60, segundo Slack et al (2012), ou seja, com o aprimoramento dos sistemas de informações desde Alan Turing até a atualidade.

Informações sobre os níveis de estoques, demandas sazonais e os efeitos sobre a demanda de itens podem oferecer a empresa com acesso a informações a possibilidade de se antecipar ao ato e oferecer ao cliente o melhor nível de serviço. A visão organizacional mudou pelo fácil acesso e redução nos custos e tempo apresentados pelos sistemas de informações. É considerado um recurso tão importante como o capital e o trabalho. Os sistemas de informação afetam diretamente como as decisões são tomadas pelos gerentes, e fornecem informações que influenciam quais produtos podem continuar a serem produzidos ou descontinuados.

> Dentro da configuração do sistema físico, todavia, o que é importante é a forma como a informação se move, é modificada, é manipulada e apresentada de modo a poder ser utilizada no gerenciamento de uma organização. Esses são sistemas de informação gerencial (SLACK et al 2012, p.189).

Segundo Davis (BALLOU, 2009, p.79) o SIG "um sistema de informação gerenciais ... é um sistema integrado homem/máquina, que providencia informações para apoiar as funções de operação, gerenciamento e tomada de decisão numa organização. O sistema utiliza *hardware* e *software* de computadores, procedimentos manuais, modelos gerenciais e de decisão em uma base de dados".

Nas palavras de Ballou (2009) o SIG engloba todos os recursos, sejam humanos,

financeiros, equipamentos disponíveis e processos estabelecidos capazes de criar e manter um fluxo de informações que são usadas diariamente nas operações e planejamento das atividades da empresa. Ainda Ballou (2009) assim como Slack et al (2012) salientam que o sistema de informações deve ser capaz de disseminar a informação desde os pontos onde é obtida até onde é necessário, ou seja, que seja encaminhada aos tomadores de decisão.

Segundo Parente e Barki (2014, p. 98) "o sistema de informação vem a cada dia sendo mais automatizado", eliminando tarefas manuais que contribuem com pouco valor para o cliente e que não são vistas como essenciais, mas que ainda geram custos para o varejista.

No âmbito varejista existem vários benefícios com a automatização da loja, segundo Parente e Barki (2014), principalmente em relação à operação, gestão, e conformidades legais. Parente e Barki (2014) ainda ressaltam que a captação, uso e processamento de informações é mais confiável e barata e ainda possibilitam a redução de custos de atendimento, logística e compras, também tornando mais transparente a relação existente entre cliente x empresa.

> A automação dos sistemas de informação no varejo, desde as últimas décadas do século passado, vem sendo alimentada pela tecnologia eletrônica dos códigos de barras, e, mais recentemente, pela nova tecnologia eletrônica de radiofrequência, conhecida pela sigla em inglês RFID (*Radio frequency Identification)* (PARENTE E BARKI, 2014, p. 98).

Parente e Barki as classifica como:

> A tecnologia de eletrônica de código de barras provocou um forte impacto no relacionamento entre fornecedores e varejistas, facilitando o processo de abastecimento por meio dos sistemas EDI (*Electronic Data Interchange* - Processo de comunicação entre empresas, sem papel, mediante a transmissão eletrônica de documentos pré-formatados), mas também aprimorando os sistemas de gestão de estoques e permitindo maior produtividade no trabalho do varejista. Já a tecnologia conhecida de radiofrequência, conhecida pela sigla em inglês RFID, vem sendo utilizada para pesquisas especificas dentro do varejo e até mesmo em situações para minimizar furtos. Inúmeras áreas e sistemas do varejo podem se beneficiar do RFID, como o sistema de gestão (áreas estratégicas e administrativas), de relacionamento com os clientes (área de marketing), sistemas de suprimentos (área de operação e logística, ou estoque) (PARENTE; BARKI, 2014, p. 98).

Ballou (2006) salienta que a eficiência das operações logísticas é consolidada pelas informações atualizadas e distribuídas entre os departamentos relacionados da empresa. Ainda completa que à medida que os integrantes da cadeia de relacionamento conseguem tirar proveito da informação disponível as incertezas na tomada de decisão são anuladas.

O que mostra claramente a importância de estabelecer uma visão holística de todos os processos da empresa por meio das informações disponibilizadas dentro da cadeia de tomada de decisões. Como o descrito, o gerenciamento das informações dispõe a empresa de dados para a criação da estratégia, como salientado por Martins e Petrônio G. (2009) em que a gestão do fluxo de informações passa a ter um caráter estratégico na obtenção da vantagem competitiva, objetivo final de qualquer empresa.

Nas palavras de Ballou (2006, p.133): "O propósito maior da coleta, manutenção e processamento de dados no âmbito de uma empresa é a sua utilização no processo decisório, que vai de medidas estratégicas a operacionais, com isso facilitando as operações componentes do seu negócio".

O sistema de informações tem um papel de suporte a administração da empresa, ao fornecer os dados necessários imbuídos no processo de criação da estratégia ou no gerenciamento de departamentos. O sistema de informações visa atender as necessidades logísticas da organização, de armazenamento e transporte.

Como descrito por Ballou (2009) o "Sistema de Informações Logísticas (SIL)" é um

subsistema do sistema de informações gerenciais, que somente dispõe das informações relacionadas e solicitadas necessárias para a administração logística.

O SIL deve possuir escopo amplo, englobando e relacionando todas as áreas funcionais da organização, que possibilitam a exatidão e a linearidade da estratégia estabelecida, e mitigam as incertezas da cadeia de suprimentos.

Ballou (2006 p. 133-7) define os componentes do SIL como:

Tipo de Sistema	Definição
SGP Sistema de gerenciamento de pedidos	O subsistema de gerenciamento de pedidos (SGP) que conduz o contato inicial com o cliente na etapa de procura dos produtos e da colocação de pedidos. É na verdade a vanguarda do SIL. O SGP entra em comunicação com o sistema de gerenciamento de armazéns para atualizar-se sobre o produto, a partir dos estoques ou programas de produção.
SGA Sistema de gerenciamento de armazéns	Trata-se de um subsistema de informação assessorando no gerenciamento do fluxo ou armazenamento de produtos nas instalações da rede logística. Os elementos principais podem ser identificados como: 1) entrada; 2) estocagem; 3) gerenciamento de estoques; 4) processamento e retirada de pedidos; 5) preparação do embarque.
SGT Sistema de gerenciamento de transportes	O Sistema de gerenciamento de transportes cuida do transporte *da e para* a empresa, sendo parte integral do SIL.

Contudo, desde os grandes impérios varejistas às mercearias de bairro que queiram se destacar oferecendo o melhor mix de produtos aos seus *shoppers*, no tempo e quantidade certa, a um custo baixo, devem dar mais atenção a automação de seus processos, neste caso, a gestão de estoques, já que estoques é um investimento de capital em produtos que ficarão armazenados enquanto não há pedidos, o objetivo é diminuir o intervalo entre o esgotamento e a reposição do produto evitando desperdícios. Os sistemas de informação são recursos indispensáveis e efetivos no gerenciamento de estoques pois fornecem informações detalhados para o processo decisório de seus gerentes no dia a dia da organização.

CONCLUSÃO

O estudo apresentado surgiu questionando o processo de gestão do supermercado Victor, e a necessidade de analisar a gestão de estoque da empresa, sabendo que diante do cenário atual é relevante entender as falhas no processo e tentar melhorar a fim de proporcionar maior competitividade no mercado consumidor. Diante de tal argumento foi realizada a pesquisa e por meio do estudo de caso foi possível verificar que a empresa necessita implantar programas que ofereçam maior controle de estoque e suporte para planejamento e tomada de decisões, sendo necessário contratar um colaborador para a função.

Ainda se averiguou até onde o sistema de informação da empresa fornece suporte para tomada de decisões; também foi possível constatar fatores internos que afetam o processo de compras e após a pesquisa ficou claramente exposta a ineficiência da gestão, porém não foi

possível mensurar o nível de eficiência do processo de compras e gestão de estoques.

Como indagado em uma das hipóteses, no decorrer da análise, notou-se uma centralização na tomada de decisões relacionadas ao processo de compra e gestão de estoque, já que somente uma pessoa está a par da situação e consegue gerir sem um sistema que auxilie esta gestão, desta forma todas as informações que envolvem o processo ficam retidas, impossibilitando um auxílio de outra pessoa, percebe-se ainda que o único sistema de informação que a empresa possui não é utilizado conforme deveria.

No que se refere às compras é comprovada a hipótese de que existe falta de planejamento, pois o supermercado não dispõe de métodos que possibilitam prever as demandas para antecipar, daí não se sabe quando pedir e quanto pedir, deixando passar o momento da reposição, ocasionado algumas vezes a falta de mercadorias, em virtude da indefinição do ponto de pedido e falta de delimitar os níveis de estoque. Esta realidade pode ser alterada se a empresa dispuser de uma forma mais concreta ao se mensurar a quantidade de produtos em estoque, diferente da conferência em prateleira que já é realizada.

Por último, foi notado que o controle das mercadorias existentes no estoque deixa a desejar, pois a mercadoria é conferida apenas ao chegar no estoque, no instante da venda e na prateleira no momento da reposição, sendo que a parte armazenada fica sem controle efetivo, não possuindo um inventário que constate realmente a quantidade presente no mercado para fins de controle.

A pesquisa permite afirmar que a gestão de estoque do supermercado Victor Ltda. é ineficiente e necessita de reestruturação para sua melhoria, sendo os pontos vitais o planejamento que pode ser feito com a construção de um processo padronizado de compras para obter melhor base na tomada de decisões; ainda é imprescindível que melhore o sistema de informações e estabeleça ferramentas e indicadores que proporcionem maior controle e organização dos níveis de estoque. A empresa se mostra eficaz por estar no mercado e sempre prosperando, mas com implantação de ferramentas gerenciais pode se elevar ainda mais atingindo a excelência.

REFERÊNCIAS

Trad. por Hugo T. Y. Yoshizaki. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AMARAL, Jéssica Taiani do; DOURADO, Laurinda Oliveira. **Gestão de estoque.** Disponível em: <http://www.unisalesiano.edu.br/simposio2011/publicado/artigo0055.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico:** elaboração de trabalhos na graduação. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ARNOLD, Tony R. J. **Administração de materiais.** São Paulo: Atlas, 1999.

AVOZANI, Camila; SANTOS, Aline Regina. **Logística empresarial:**conceitos e definições. Disponível em: <http://www.logisticadescomplicada.com/logistica-empresarial-conceitos-e-definicoes/>. Acesso em: 13 jun. 2016.

BAILY, Peter; et al. **Compras:** princípios e administração. São Paulo: Atlas, 2000.

BALLOU, Ronald H. **Gerenciamento da cadeia de suprimentos/Logística Empresarial.** Trad. por Raul Rubenich. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2006.

_____. **Logística Empresarial:** transporte, administração de materiais e distribuição física. BOWERSOX, D. J. et al. **Gestão logística da cadeia de suprimentos**. 4. ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

CALLEGARO, Chaiane Giatti; QUAGLIATO, Ligia Fernanda. **Gestão de estoques e sua importância para as organizações.**2010. Disponível em: <http://www.cneccapivari.br/libdig/index.php?option=com_rubberdoc&view=doc&id=232&format=raw>. Acesso em: 14 jun. 2016.

CARVALHO, José Meixa Crespo de. **Logística.**3. ed. Lisboa: Edições Silabo, 2002.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração de Materiais:** uma abordagem introdutória. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CORRÊA, Henrique L.; CORRÊA, Carlos A.. **Administração de produção e operações:** manufatura e serviços uma abordagem estratégica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CPSCETEC.**Pesquisa.**2015. Disponível em: <http://www.cpscetec.com.br/adistancia/pesquisa/aula2.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

DIAS, Marco Aurélio P.. **Administração de materiais:** princípios, conceito e gestão. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DONATO, Vitorio. **Introdução da logística:** o perfil do profissional. São Paulo: Ciência Moderna, 2010.

ECR BRASIL. **Manual do gerenciamento por categorias**. Disponível em:<http://www.ecrbrasil.com.br/ecrbrasil/includes/baixarArquivo.asp?caminhoArquivo=../downloads/destaques/ECR_manualGC.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

FACHIN, Odília. **Fundamentos de metodologia.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FARIA, Ana Cristina de; COSTA, Maria de Fátima G.. **Custos:** Logística empresarial administração de materiais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FONSECA, Eduardo. **Administração de compras e suprimentos.** Rio de Janeiros: SESES, 2015.

GONÇALVES, Paulo Sérgio. **Administração de materiais.** 4. ed. São Paulo: Elsevier, 2013.

HOJI, Masakazu. **Administração financeira e orçamentária:** matemática financeira aplicada. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

KAWASE, Fabio Seizo; PAULA, Luciano Leiroz de. **A importância do gerenciamento do estoque no setor supermercadista de pequeno porte na cidade de Lins - SP.**Disponível em: <http://www.fateclins.edu.br/site/trabalhoGraduacao/ywTkMe1dtJmdjFqbUvgF3tCHDfww4PThe5RVstFyLI2IKg.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.

KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. **Princípios de marketing.** Trad por Cristina Yamagami.12. ed. São Paulo: Pearson, 2007.

KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. **Administração de marketing.** Trad. por Sônia Midori Yamamoto. 14. ed. São Paulo: Pearson, 2012.

LAS CASAS, Alexandre Luzzi. **Administração e vendas.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LAS CASAS, Alexandre Luzzi; BARBOSA, Valdemirson Alves. Marketing no varejo. In: LAS CASAS, Alexandre Luzzi; GARCIA, Maria Tereza (org.) **Estratégia de marketing para varejo:** inovações e diferenciações estratégicas que fazem diferença no marketing de varejo. São Paulo: Novatec Editora, 2007.

M, Redação. **Varejistas usam inventário para contabilidade e abastecimento de lojas.** 2012. Disponível em: <http://www.sm.com.br/detalhe/ultimas-noticias/varejistas-usam-inventario-para-contabilidade-e-abastecimento-de-lojas>. Acesso em: 21 jun. 2016.

MARTINS, Petronio G.; CAMPOS, Paulo R. **Administração de materiais e recursos patrimoniais.**3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORITA, Alessandra. **Inventário bem-feito redução de custos.** Disponível em: <http://www.sm.com.br/detalhe/negocios/inventario-bem-feito-reducao-de-custos>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Alessandra. **Inventário rotativo reduz perdas e ruptura.** Disponível em: <http://www.sm.com.br/detalhe/prepara-brasil/inventario-rotativo>. Acesso em: 21 jun. 2016.

MOURA, R. A. **Sistema e técnicas de movimentação e armazenagem de materiais.** v.1. São Paulo: Imam, 2008.

NIELSEN. **Mudanças no mercado Brasileiro.** 2016. Disponível em: <http://www.nielsen.com/content/dam/corporate/Brasil/reports/2016/Paper-MMB2016.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

PARENTE, Juracy; BARKI, Edgard. **Varejo no Brasil:** gestão e estratégia. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIRES, Flávio Constanst. Início de um conjuntura complexa em 2015. **Revista SuperVarejo.** São Paulo, SP, ano XIV, n. 165, dez, 2014.

SANTIAGO NETO, Boaventura. **Sistema de informação como ferramenta gerencial no processo de controle de estoque: o caso de uma microempresa.** Disponível em: <http://www.uesc.br/cursos/graduacao/bacharelado/administracao/monografias/boaventura.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2016.

SILVA, Andressa Danielly Vasconcelos. **A importância da logística para a fidelização de clientes.** Disponível em: <http://docplayer.com.br/6981410-A-importancia-da-logistica-para-a-fidelizacao-de-clientes.html>. Acesso em: 14 jun. 2016.

SLACK, Nigel; CHAMBERS, Stuart; HARLAND, Christine, HARRISONM, Allan, JOHNSTON, Robert. **Administração da produção.** São Paulo: Atlas, 1997.

SLACK. **Administração da produção**. 15 reimpressão. São Paulo: Atlas. 2012.

SOUZA, José Paulo de; JARDIM, Gabriela Feresin; AVELHAN, Bruna Liria. **Logística em supermercados:** teoria e aplicação. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2008_tn_sto_069_492_10867.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.

TAYLOR, David A.. **Logística na cadeia de suprimentos:** uma perspectiva gerencial. São Paulo: Pearson Addison-wesley, 2005. Traduzido Claudia Freire.

VIANA, João José. **Administração de Materiais: um enfoque prático**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CIÊNCIAS AGRÁRIAS

AGRONOMIA

AVALIAÇÃO TOXICOLÓGICA DE COMPONENTES PRESENTES NOS LÁTICES DE *EUPHORBIA MILLI* DES MOULINS E DE *EUPHORBIA TIRUCALLI* L. SOBRE AS LARVAS DO MOSQUITO *AEDES AEGYPTI* LINN

TOXICOLOGICAL EVALUATION OF COMPOUNDS IN LATTICES OF EUPHORBIA MILLI DES MOULINS AND EUPHORBIA TIRUCALLI L. ON THE LARVAE OF THE AEDES AEGYPTI LINN

Heliane Sousa da Silva[4]
Renata Bernardo Araújo[5]
Júnia de Oliveira Costa[6]
Helieder Cortes Freitas[7]

RESUMO

O látex de *Euphorbia milli* é um fluido leitoso de baixa densidade, possui um pH em torno de 4,5-5,0 e é altamente tóxico para os seres vivos . Desta forma, para testar a toxicidade destes látices vegetais sobre as larvas do mosquito *Aedes aegypti* Linn, as lavas foram capturadas com o auxílio de mosquitéricas que foram confeccionadas e colocadas em lugares estratégicos da cidade de Ituiutaba-MG. Os látices coletados de *Euphorbia milli* Des Moulins e *Euphorbia tirucalli* L. foram diluídos separadamente em tampão NH_4HCO_3 0,05 M. Em seguida, as soluções foram submetidas à temperatura de – 20 ºC por de 72 horas. Após a centrifugação para a retirada da parte insolúvel em água, o sobrenadante resultante foi aplicado nas larvas de 3º estágio do mosquito *Aedes aegypti* Linn. As análises fitoquímicas foram realizadas com os sobrenadantes dos látices separadamente.
Palavras chaves: Látex. Toxicidade. *Aedes aegypti*.

Abstract

The latex of Euphorbia milli is a milky fluid of low density, has a pH around 4.5 to 5.0 and is highly toxic to living beings. Thus, to test the toxicity of plant latex on the larvae of the mosquito Aedes aegypti Linn, the lavas were captured with the aid of mosquitéricas that were made and placed in strategic places in the city of Ituiutaba-MG. Initially, the latex of Euphorbia milli and Euphorbia Des Moulins tirucalli L. were diluted separately in 0.05 M NH_4HCO_3 buffer. Then the solutions were subjected to a temperature of - 20 ° C for 72 hours. After centrifugation to remove the part insoluble in water, the resulting supernatant was applied to the 3rd stage larvae of the mosquito Aedes aegypti Linn. The phytochemical analysis was performed with the supernatants of the lattices separately.

Keys words: Latex. Toxicity. *Aedes aegypti.*

INTRODUÇÃO

Capazes de alterar o conjunto funcional orgânico, as plantas tóxicas, mais precisamente a família das Euphorbiaceae, classificadas pelo botânico Carolus Linnaeus, provoca reações químicas adversas em contato com a nossa pele como irritações, edemas, e distúrbios clínicos complexos e graves. O grau de toxidade depende da dosagem e do indivíduo. Há substâncias altamente tóxicas que, em dosagens mínimas, entram na composição de vários remédios. E, há ainda, aquelas que só fazem efeito cumulativamente, mas a maioria entra em ação ao primeiro contato (ALBUQUERQUE, 2003, ; PANNEERSELVAM et al, 2013, 102).

A espécie Euphorbia milii Des Moulins (coroa-de-cristo) é uma planta laticífera, muito tóxica, originária de Madagascar, muito utilizada como cerca viva e como planta ornamental. O

[4] Doutora pelo Instituto de Química da Universidade Federal de Uberlândia – UFU (helianesousa@hotmail.com).
[5] Mestra pelo Instituto de Química da Universidade São Paulo –USP (narer@hotmail.com).
[6] Professora doutora e Coordenadora de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação – IFTM/Campus Ituiutaba (juniacosta@iftm.edu.br).
[7] Professor Doutor da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG (corteshf@yahoo.com.br).

látex desta planta é um fluído leitoso que contém um aglomerado de materiais de baixa densidade, comuns aos látices e várias enzimas, bem como vitaminas, carboidratos, lipídeos e aminoácidos livres (MATOS et al, 2011, 134)

O Avelós (Euphorbia tirucalli) é uma planta da família Euphorbiaceae que vem sendo utilizada popularmente no tratamento do câncer, tosse, asma, gonorreia. Esta planta nativa da África chegou ao Brasil em 1892. É considerada uma planta tóxica, pois o seu látex é corrosivo em contato com pele e mucosas (KUMAR et al., 2010, 1672).

Há uma extensa literatura relatando o potencial moluscicida de várias espécies do gênero Euphorbia. Teoricamente, essas plantas representam uma solução de baixo custo e ecologicamente correta no combate de vetores da esquistossomose (HUA et al., 2017, 2).

Estudiosos relatam que alguns componentes do látex estão sendo empregados como medicamento no tratamento de hepatite e edema abdominal. Seu látex apresenta ainda compostos com propriedades cosmetológicas e ação moluscicida (HUA et al., 2017, 1).

A dengue, o Zika e a Chikungunya são infecções virais transmitidos por mosquitos do gênero Aedes. Estas enfermidades são consideradas uma das maiores preocupações mundiais de Saúde Pública. A dengue apresenta ampla incidência nos países tropicais e subtropicais, e estima-se que aproximadamente 1,3 bilhões de pessoas estejam em risco de serem infectadas com o vírus (CURTIS et al., 2017, 197).

O mosquito Aedes aegypti L. é o principal inseto transmissor da dengue nos países tropicais. Nas Américas, é responsável por freqüentes epidemias e a circulação dos quatro sorotipos do vírus no continente. Na tentativa de manter a incidência da enfermidade sob controle, são destinadas, continuamente, quantias significativas de recursos para programas contra o vetor, porém surtos de epidemias são freqüentes. Esse fato decorre de fatores relacionados à biologia e ao comportamento do vetor, somados aos problemas típicos dos centros urbanos (CALVO, et. Al., 2016, 32).

A dengue é endêmica em todos os continentes exceto a Europa, e a epidemia da febre hemorrágica de dengue ocorre na Ásia, nas Américas e algumas ilhas do Pacífico (ABDUL et al., 2008, 756).

O Zika vírus (ZIKV) é outro arbovírus da família Flaviviridae, gênero Flavivirus, foi isolado primeiramente de um primata febril não-humano na Zika Forest na Uganda em 1947. A doença é caracterizada por uma ampla gama de sintomas clínicos, incluindo febre, erupção cutânea, dor de cabeça, dor retro-orbital, mialgia, artrite, conjuntivite e vômitos, que são sinais clínicos semelhantes à doença da dengue (MAYER et al., 2017)

Surtos recentes de infecção por Zika vírus foram associados a doenças mais graves. O aumento da transmissão de Zika vírus no Brasil em 2015 foi coincidindo com um aumento na ocorrência de microcefalia (MLAKAR et al., 2016) um defeito de nascimento que resulta em uma redução no tamanho da cabeça, causando várias complicações, incluindo desenvolvimento demora. Além disso, a infecção por Zika vírus também foi associada com a doença auto-imune neurológica, Guillain- Síndrome de Barre (TEIXEIRA et al., 2016, 601).

Chikungunya Vírus (CHIKV) é um membro do gênero Alphavirus, família Togaviridae, cujos sintomas caracterizam-se, principalmente, pela febre alta (cerca de 39ºC) e fortes dores nas articulações (CALVO, et al., 2016, 32).

Embora os surtos de CHIKV tenham sido relatados desde a década de 1950 na África e na Ásia, de 2013 a dezembro de 2015, 1,8 milhões de casos e 265 mortes foram relatados nas Américas. Na República Dominicana foram registrados 540000 casos em 2014 e na Colômbia 356000 casos em 2015. (CALVO, et al., 2016, 32).

O controle do culicídeo utilizando inseticidas, constitui a principal medida adotada pelos Programas de Saúde Pública. Entretanto, em diferentes partes do mundo (RAWLINS e

WAN 1995, 59) e no Brasil (MACORIS et al. 2003, 703), tem sido registrada a resistência desse díptero aos inseticidas convencionais. Tendo em vista a grande diversidade de vegetais existente no Brasil (SANDES e BLASI 2000, 28).

Diversos estudos comprovam a atividade larvicida de extratos vegetais contra diferentes espécies de mosquitos incluindo A. aegypti (PANNEERSELVAM et al, 2013, 102). Os látices vegetais proporcionam a utilização de biomoléculas com atividade específica no controle de vetores de doenças endêmicas que, pela sua complexidade de composição, diminuem os riscos de resistência e minimiza a toxicidade para o meio ambiente (PORTO et al. 2008, 586).

Estudos a partir de extratos vegetais surgem com a expectativa de se encontrarem substâncias com propriedades inseticidas e simultaneamente seletivas para serem usadas em futuras formulações de um produto comercial.

Tendo em vista os fatos apresentados, o presente trabalho determinou o potencial larvicida dos látices vegetais de Euphorbia milli Des Moulins e de Euphorbia tirucali contra as larvas de A. aegypti Linn.

METODOLOGIA

As larvas do mosquito foram cedidas pelo Centro de Controle de Zoonoses de Ituiutaba, a partir de coletas em bairros da cidade de Ituiutaba-MG e também foram capturadas através de armadilhas (mosquitérica) que foram deixados em lugares estratégicos da cidade.

Os látices de coroa-de-cristo (*Euphorbia milii* Des Moulins) e de avelós (*Euphorbia tirucalli*) coletados, foram diluídos separadamente em tampão bicarbonato de amônio (AMBIC) 0,05 M pH 7,8. Para a administração dos látices brutos em larvas do A*edes aegypti* Linn*,* as proporções foram determinadas por meio de ensaios pilotos, visando obter resultados satisfatórios. Para o fracionamento destes látices, a proporção foi de 1:4, sendo acondicionado em geladeira por no mínimo 24 horas. Logo em seguida, a mistura foi submetida à temperatura de – 20 ºC por cerca de 72 horas. Posteriormente, foi centrifugada por 20 min a 10.000 x g até que toda a porção insolúvel em água fosse retirada. Os sobrenadantes resultantes foram aplicados nas larvas do mosquito da dengue para inferir a toxicidade.

As larvas de terceiro estádio foram colocadas em tubos de vidro (20 mm-100 mm) contendo 5 mL de solução. Os ensaios foram realizados no mínimo em triplicata. O comportamento larval foi monitorado por 24 horas em temperatura que simule as suas condições naturais de sobrevivência.

ANÁLISE FITOQUÍMICA

A presença de terpenos foi determinada utilizando o teste de Liebermann-Burchard, que consiste em pegar dois mL do sobrenadante dos látices em um tubo de ensaio e dissolver três mL de clorofórmio. Em seguida, colocou-se dois mL de anidrido acético sob agitação. Adicionou-se cinco gotas de ácido sulfúrico concentrado á solução resultante. O aparecimento sucessivo de cores do róseo ao azul e verde caracteriza-se a presença de terpenos.

A investigação da presença de alcalóides na planta foi feito com ensaios específicos, onde misturou-se dois mL do sobrenadante do látex em HCl a 1%, seguida de aquecimento da mistura a 100°C por dois minutos. Em seguida, acrescentou-se o reagente de Dragendorff. O aparecimento de um precipitado vermelho alaranjado confirma a presença desse metabólito.

As saponinas foram avaliadas pelo teste de espuma, que consiste no tratamento de dois mL do látex bruto em cinco mL de água destilada colocados em um tubo de ensaio. Após agitação vigorosa por cinco minutos, a persistência de espuma por 30 minutos evidencia a

presença de saponinas.

RESULTADOS E DICUSSÃO

Os resultados mostraram que o látex bruto de *Euphorbia milii* Des Moulins desencadeou a mortalidade de larvas cerca de 45 minutos após a aplicação. A melhor diluição do sobrenadante do látex em tampão AMBIC 0,05 M foi de 1:10 (Figura 1). O controle contendo somente tampão não resultou em mortalidade larval.

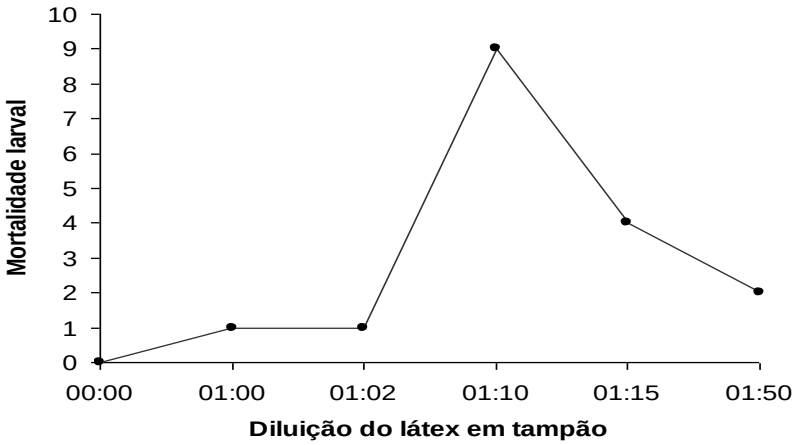


GRÁFICO 1: Toxicidade do látex de *Euphorbia milii* Des Moulins sobre as lavas de terceiro estágio do *Aedes aegypti* Linn
* Todos os resultados referem-se à média de 5 ensaios.

Fonte: Autor, 2017

Assim como o látex de coroa-de-cristo, o látex de avelós possui efeito tardio, desencadeando cerca de 90% de mortalidade larval após 24 horas da aplicação, conforme mostra a figura 2.

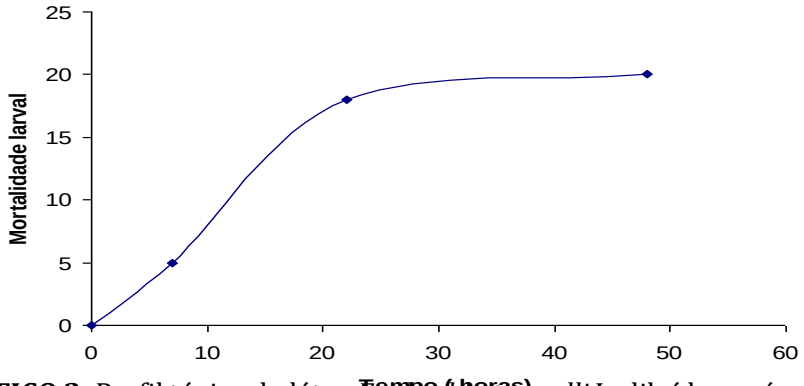


GRÁFICO 2: Perfil tóxico do látex *Euphorbia tirucalli* L. diluído em água quando administrado em larvas de 3° estágio do mosquito *A. aegypti* Linn.

Fonte: Autor, 2017

A análise fitoquímica qualitativa, baseada na metodologia proposta, evidenciou a

presença de alguns metabólitos que conferem a toxicidade a esses látices conforme mostra a tabela 1.

TABELA 1: Análise ftoquímica do sobrenadante dos látices vegetais

	Alcalóides	Terpenos	Saponinas
Euphorbia milli	positivo	positivo	positivo
Euphorbia tirucalli	positivo	positivo	negativo

Fonte: Autor, 2017

CONCLUSÃO

O estudo da toxicidade do Látex vegetal de *Euphorbia milli Des Moulins* e de *Euphorbia tirucalli* Lineu sobre as larvas do Aedes aegypti Linn é cientificamente, economicamente e comercialmente promissora, pois nossos resultados comprovaram a existência de componentes que possuem atividade larvicida e inseticida. Desta forma, num futuro próximo, poderá ser desenvolvido um produto natural que combata as larvas do vetor da febre amarela e do dengue.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDUL et al. **Isolation and identification of mosquito larvicidal compound from *Abutilon indicum* (Linn.)** Sweet. Rev. Parasitology Research, 26, 2008, 756-758.

ALBUQUERQUE, J.M. 2003**. Plantas suspeitas de serem tóxicas. No jardim e no campo.** Disponível em: < http:// infomídia. com.estudante >. Acesso em: 10 jan. 2005.

CALVO, E. P., QUETEA, F. S., DURÁNA, S., SANDOVALA, I., CASTELLANOS. J. E. **Easy and inexpensive molecular detection of dengue, chikungunyaand zika viruses in febrile patients**. Acta Tropica, 163, 2016, 32–37

CURTIS, A., QUINN, M., OBENAUER, J., RENK, B. M. **Supporting local health decision making with spatial video: Dengue, Chikungunya and Zika risks in a data poor, informal community in Nicaragua.** Applied Geography, 87, 2017, 197-206.

HUA, J., LIU,Y., XIAO, C. J., JING, S. X., LUO, S. H. LI, S. H. **Chemical profile and defensive function of the latex of Euphorbia peplus**. Phytochemistry .2017, 1-9

KUMAR, A., PRASAD, M. R., MISHRA, D., SRIVASTAV, S. K., SRIVASTAV. A. K. **Toxicity ofaqueousextractof Euphorbiatirucalli latex oncatfish, Heteropneustesfossilis.** Ecotoxicology and Environmental Safety. 73, 2010, 1671–1673.

MACORIS, M.L.G., ANDRIGHETTI, M.T.M.; TAKAKU, L. C.M.; GLASSER, V.C. GARBELOTO & BRACCO ,J.E**. Resistance of Aedes aegypti from the state of São Paulo, Brazil, to organophosphates insecticides**. Mem. Inst. Oswaldo Cruz. 98, 2003, 703-708.

MATOS, R. A., CORDEIRO, T. S., SAMAD, R. E. VIEIRA, N. D., COURROL. L. C. **Green synthesis of stable silver nanoparticles using Euphorbia milii látex.** Colloids and Surfaces A: Physicochem. Eng. Aspects, 389, 2011, 134– 137.

MAYER, S. V., ROBERT B. VASILAKIS, T. N. The emergence of arthropod-borne viral diseases: a global prospective on Dengue, chikungunya and zika fevers. **Acta Tropica, 166, 2017, 155-163**

MLAKAR J, KORVA M, TUL N, POPOVIC M, POLJSAK-PRIJATELJ M, MRAZ J, KOLENC M, RESMAN RUS K, VESNAVER VIPOTNIK T, FABJAN VODUSEK V et al.: **Zika virus associated with microcephaly**. N Engl J Med. 374, 2016, 951-958.

PANNEERSELVAM, C., MURUGAN, K., KOVENDAN, K., MAHESH, P., SUBRAMANIAM. J. **Mosquito larvicidal and pupicidal activity of Euphorbia hirta Linn. (Family: Euphorbiaceae) and Bacillus sphaericus against**

Anopheles stephensi Liston. (Diptera: Culicidae). Asian Pacific Journal of Tropical Medicine. 2013, 102-109.

PORTO, KARLA REJANE DE ANDRADE et al. **Atividade larvicida do óleo de Anacardium humile Saint Hill sobre Aedes aegypti (Linnaeus, 1762) (Diptera, Culicidae).** *Rev. Soc. Bras. Med. Trop.* 41, n. 6, 2008, 586-589.

RAWLINS, S. & WAN,J.O.H. **Resistance in some Caribbean population of *Aedes aegypti* to several insecticides.** J. Am. Mosq. Control. 11, 1995, 59-65.

SANDES, A.R.R. & BLASI ,G. **Biodiversidade química e genética.** Biotec. Ciê. Des. 13, 2000, 28-37.

TEIXEIRA M G, COSTA MDA C, DE OLIVEIRA WK, NUNES ML, RODRIGUES LC: **The epidemic of Zika virus-related microcephaly in Brazil: detection, control, etiology, and future scenarios.** Am J Public Health. 106, 2016, 601-605.

A QUESTÃO DO MÉTODO NA PESQUISA CIENTÍFICA

THE QUESTION OF THE METHOD IN SCIENTIFIC RESEARCH

Mírian Maria de Paula[8]

RESUMO

Este artigo descreve as concepções do método empirista, mostrando que para o empirismo lógico, o objetivo da ciência consiste na busca pela verdade, no estabelecimento de proposições verdadeiras a cerca de um objeto de estudo. Ele fundamenta-se em um resgate teórico sobre o método positivista e no pressuposto do território como a análise da categoria geográfica nos estudos em bacias hidrográficas. O texto procura indicar ainda que na postura positivista, o progresso da ciência ocorre pelo acúmulo de dados, ou seja, quanto mais observações forem realizadas, mais é possível de se aproximar da realidade.

Palavras-chave: Positivismo. Território. Bacia hidrográfica.

ABSTRACT

This article describes the conceptions of the empiricist method, showing that for logical empiricism, the objective of science consists in the search for truth in the establishment of true propositions about an object of study. It is based on a theoretical rescue on the positivist method and on the assumption of the territory as the analysis of the geographical category in the studies in watersheds. The text also seeks to indicate that in the positivist posture, the progress of science occurs through the accumulation of data, that is, the more observations are made, the more it is possible to approach reality.

Keywords: Positivism. Territory. Hydrographic basin.

INTRODUÇÃO

Este artigo é parte do pressuposto teórico da disciplina "Organização Espacial" realizada como composição de créditos para o doutoramento em Geografia e, apesar de não adentrar no tema, a discussão centralizar-se-á sobre os fundamentos teóricos metodológicos que conduziram tal pesquisa.

Tendo lido muitos livros, artigos e periódicos foi possível observar que Geografia se originou e se desenvolveu sistematicamente como ciência, utilizando conceitos, métodos e procedimentos tanto das ciências humanas e sociais, quanto das ciências naturais (AMORIM; NUNES, 2006).

Inicialmente, o paradigma unificador da relação entre os aspectos físicos e sociais foi o positivismo, que durante muito tempo, principalmente na área da Geografia Física, influenciou, teórica e metodologicamente, várias gerações de geógrafos.

O presente estudo tem como objetivo mostrar como o método positivista auxilia na verificação de estudos de abordagem espacial, pois no ambiente terrestre, além dos constituintes naturais da paisagem a ação antrópica provoca interferências e modificações na paisagem.

A primeira seção deste artigo destaca como surgiu o positivismo e o modo com que esta corrente influenciou a maioria dos geógrafos, em especial os chamados geógrafos físicos.

Na sequência, o texto discute a consolidação da ciência geográfica fazendo também uma abordagem sobre os pressupostos da categoria território em estudos de bacias

[8] Licenciada em Geografia. Mestre em Geografia pelo Programa de Pós-graduação em Geografia da Universidade Federal de Goiás, Regional Jataí. Professora da Faculdade Quirinópolis e da Universidade Estadual de Goiás, Câmpus Quirinópolis. e-mail: mirian.paula@ueg.br

hidrográficas (aqui tomada como categoria de análise da pesquisa).

Na terceira seção explicita-se a concepção do modelo empirista, destacando que para o empirista a ciência se concretiza a partir do momento que ela mais aproxima da realidade, a partir de proposições verdadeiras a cerca de um objeto de estudo.

1 O POSITIVISMO E OS ESTUDOS GEOGRÁFICOS

Nas ciências sociais, o conceito de filosofia positiva, tal como o conhecemos hoje, remonta inicialmente nos escritos de Condocert (TEIXEIRA; MELACO, 2016), o qual formula a ideia de que a ciência da sociedade deve tomar o caráter de uma matemática social, ser objeto de estudo numérico, preciso e rigoroso. Considerava ainda, que a ciência positiva da sociedade deveria funcionar como as ciências físicas, neutras de interesses e paixões, pois estes deturpam o conhecimento científico baseada na experiência factual.

O segundo a discutir o positivismo foi Saint-Simon (TEIXEIRA; MELACO, 2016), que foi o primeiro a utilizar o termo ciência positiva, indicando que a nova ciência da sociedade deveria se chamar filosofia social. O terceiro expoente foi Augusto Comte, pai da terminologia sociologia, que formulou a ideia de que o estudo da sociedade seria uma física social, e teria por objetivo o estudo dos fenômenos sociais, considerados no mesmo âmbito que os fenômenos astronômicos, físicos, químicos e fisiológicos. Para Comte os fenômenos sociais estariam submetidos a leis naturais e invariáveis (WACQUANT, 1996 citado por TEIXEIRA; MELACO, 2016). Cada uma dessas fases pressupõe certos estágios distintos e lineares de desenvolvimento do conhecimento e do espírito humano, a sequenciar: o teológico, o metafísico e o científico.

Halfpenny, 1982 (citado por TEIXEIRA; MELACO, 2016) descreve que no conhecimento teológico os fenômenos sociais são explicados tomando por base o sobrenatural. A ligação entre natural e sobrenatural, visível e invisível é muito próximo. Já no conhecimento metafísico, ao contrário do primeiro, os fenômenos sociais são explicados a partir de entidades ocultas e abstratas. Entendendo-se por abstrato o conhecimento especulativo através de pura reflexão, sem nenhuma relação empírico positivista. O terceiro e último conhecimento é o científico, que defende a reorganização da sociedade e a restauração da ordem social.

Observa-se, diante do exposto que as sociedades e todas as formas de conhecimento, para Comte, evoluem a partir desses dois primeiros estágios e se completam no último. A negação de todo e qualquer tipo de conhecimento fora de controle sensível e a tentativa de afirmação da unidade do método científico, exaltando a ciência moderna como o único meio capaz de resolver todos os problemas humanos e sociais, são aspectos do legado do positivismo de Comte que caracterizam grande parte do pensamento positivista do final do século XIX.

Como destaca Amorim e Nunes (2006) a Geografia se originou e se desenvolveu sistematicamente como ciência, utilizando conceitos, métodos e procedimentos tanto das ciências humanas e sociais, quanto das ciências naturais. Inicialmente, o paradigma unificador da relação entre os aspectos físicos e sociais foi o positivismo, que durante muito tempo, principalmente na área da Geografia Física, influenciou, teórica e metodologicamente, várias gerações de geógrafos.

O positivismo, ao mesmo tempo em que influenciava a maioria dos chamados geógrafos, em especial os chamados geógrafos físicos, por outro lado influenciou os geógrafos que trabalhavam com os aspectos sociais, passando a incorporar novos paradigmas nas análises geográficas (NUNES et al, 2016). Segundo os autores, essa dificuldade de construção de um arcabouço teórico-metodológico unificador das áreas ambiental e humana, tem suas raízes na

predominância da escola de pensamento positivista, associada à ausência de uma discussão filosófica mais aprofundada sobre os métodos de interpretação da realidade.

Halfpenny (1982), num estudo sobre o positivismo de Comte (TEIXEIRA; MELACO, 2016), assevera que a filosofia Comteana pode ser vista como um esforço de síntese de teses do conhecimento científico através da observação empírica dos fenômenos da experiência humana. Em outras palavras, o método positivista defende a ideia de que o conhecimento deve vir a partir da experiência, da observação neutra e sistemática, ou seja, na observação empírica da realidade.

2 A CONSOLIDAÇÃO DA CIÊNCIA GEOGRÁFICA: pressupostos da categoria território em estudos de bacias hidrográficas

O período em que pontificaram os institucionalizadores da Geografia e em que ocorreu a consolidação do conhecimento geográfico – século XIX até meados do século XX – pode ser denominado segundo MENDONÇA (1993) de período naturalista. Neste período, a concepção naturalista vinculada a Geografia deveu-se, fundamentalmente, a influência do modo de produção capitalista; a burguesia, como importante classe social da época e a filosofia positivista, que estruturou metodologicamente os trabalhos das inúmeras ciências, inclusive da Geografia.

A gama de informações acumuladas a respeito da superfície da terra, proporcionada pelo incentivo do capitalismo e da burguesia, através das inúmeras viagens e do aprimoramento técnico, constituíram o pressuposto histórico e material para a sistematização do conhecimento geográfico.

Segundo Farenzena (2016), a intensa preocupação em conhecer a superfície da Terra e em controlar a natureza, fez com que as ciências da observação e da experimentação se expandissem. A Geografia passou a ter lugar destacado dentre as ciências por ter função essencialmente descritiva, o que satisfazia a necessidade da classe hegemônica que buscava "explicações" objetivas e quantitativa da realidade. Segundo o autor, no início do século XIX, as condições culturais, econômicas e políticas propiciaram a mudança nas diretrizes intelectuais levando as ideias ao positivismo estruturado por Augusto Comte. Os postulados positivistas, profundamente empiristas e naturalistas, foram a base sobre a qual foi estruturada a Geografia deste período e que influenciou os fundadores da Geografia, enquanto ciência.

Na perspectiva empírica de construção da paisagem, diferentes elementos são capazes de promover novos padrões de organização da mesma. Santos (2006) aponta como caminho para a compreensão da realidade e do espaço, a totalidade, e nesta dimensão, para compreender a totalidade é necessário realizar a sua divisão, a análise das partes e da interação e função das partes no todo.

No conjunto dos elementos que formam a paisagem, recursos ou capitais naturais, como os solos e a água, possui força singular para interferir no processo de (re) construção, afinal, os seres humanos, dotados de técnica, não podem criar aqueles, mas apenas preservar.

Adotando a dimensão da totalidade para compreender a realidade, sugerida por Santos (2006), os solos e a água são abordados de forma sistêmica e baseado nos princípios da termodinâmica do não equilíbrio, ciência que rege os sistemas abertos.

Segundo Rebouças (2004) a água é considerada um recurso ou bem econômico, porque é finita, vulnerável e essencial para a conservação da vida e do meio ambiente. Além disso, sua escassez impede o desenvolvimento de diversas regiões. Por outro lado, é também tida como

um recurso ambiental, pois a alteração adversa desse recurso pode contribuir para a degradação da qualidade ambiental. Já a degradação ambiental afeta, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a fauna e a flora; as condições estéticas e sanitárias do meio; e a qualidade dos recursos ambientais.

Diante disso, a bacia hidrográfica, como unidade de pesquisa, planejamento e gestão, vem ganhando espaço nos segmentos científicos e sociopolíticos, como reflexo da mudança de paradigma, que, anteriormente, era setorial e fragmentada, passando para uma abordagem multitemática e integrada. A intervenção antrópica no sistema bacia hidrográfica pode se dar de diversas formas, mas basta a substituição da vegetação natural para implantação de pastagem que vários processos são iniciados para auto ajustagem das formas e, consequentemente, dos fluxos que interagem na bacia hidrográfica. A mudança no uso da terra pode resultar em inúmeras consequências como: erosão em sulcos, alteração da forma das vertentes e taludes, assoreamento dos cursos d'água, mudança do nível de base dos cursos d'água, dentre outras. Os problemas advindos desta intervenção podem ser maiores se houver demanda de água para atividades econômicas ou abastecimento de assentamentos humanos.

Neste contexto, pesquisas em bacias hidrográficas são necessárias, pois buscam evidenciar que a necessidade permanente de estudos em recursos hídricos decorre de uma complexa cadeia de usos múltiplos da água em função, principalmente, do desenvolvimento econômico, que gera aumento da demanda e da intensificação do uso e a deterioração deste elemento natural, criando conflitos entre os diversos usuários.

Em função de suas características naturais, as bacias hidrográficas têm se tornado, atualmente, importante unidade espacial utilizada para gerenciar atividades de uso de conservação dos recursos naturais, principalmente nas situações atuais de grande pressão sobre o ambiente em função do crescimento populacional e do desenvolvimento (SILVA et al, 2004). Para tal, o estudo integrado de um determinado território pressupõe o entendimento da dinâmica de funcionamento do ambiente natural com ou sem as intervenções das ações humanas.

Por manter uma estreita relação entre os componentes do ambiente e as atividades antrópicas, fica então evidenciada a necessidade de realizar uma análise integrada do sistema solo, paisagem e água da área em estudo e, em especial, avaliar carga de entrada (precipitação) e saída (vazão) de água em Bacia Hidrográfica, uma vez que todo principal curso d'água das bacias recebe cargas de efluentes advindos das mais distintas atividades urbanas e rurais.

A importância do estudo abordando o recorte de bacia hidrográfica se dá devido ao caráter sistêmico da mesma, ou seja, o uso e ocupação na área evidenciarão reflexos nos canais, como erosões, assoreamento e alteração na quantidade e qualidade da água. Segundo Capra (1996) quanto mais se estuda os principais problemas da atualidade, mais se leva a perceber que eles não podem ser entendidos isoladamente. São problemas sistêmicos, o que significa que estão interligados e são interdependentes.

Neste aspecto, buscar-se-á resgatar e explicitar algumas reflexões sobre a categoria território e os atores envolvidos na área de estudo em questão, evidenciando suas formas de uso e apropriação da terra que possam se definir como territorialização, pois independente da forma como é utilizada a categoria território deve apresentar algum tipo de relação de poder, de apropriação. Segundo Ferreira (2016) a bacia hidrográfica, com base no seu uso, pode apresentar-se como um território, a partir de suas vertentes natural e política, e de suas relações de poder que envolvem a gestão dos recursos hídricos.

Souza (2002), ao citar Raffestin (1993), ressalta que sempre que houver homens em interações com um espaço, primeiramente transformando a natureza (espaço natural) em trabalho, e depois criando continuamente valor ao modificar e retrabalhar o espaço social,

estar-se-á também diante de um território, e não só de um espaço econômico – o território está presente em toda espacialidade social.

Diante da abordagem geossistêmica a bacia hidrográfica se torna a unidade territorial mais indicada para a gestão de recursos hídricos, visto que é na bacia hidrográfica onde se regula as atividades da sociedade humana que dela se utiliza.

3 CONCEPÇÕES DO MODELO EMPIRISTA

No modelo empirista o ponto de partida para construir qualquer conhecimento científico é a experiência do mundo sensível e espontâneo (AROZTEGUI, 2016). Isto é, para construir conhecimento científico é necessário perceber a natureza pelos sentidos (olhar, tocar, ouvir...). Ou seja, é objeto de estudo do empirista todo aquilo que se pode indagar e receber uma resposta que seja perceptível. Segundo o autor (ibidem), o modelo empirista foi construído ao longo de muito tempo por muitas pessoas que compartilhavam os mesmos pressupostos metodológicos. O modelo empirista tem sua origem na Idade Média mas é plenamente desenvolvido durante a construção do capitalismo pois o capitalismo é uma construção empirista que representa o rompimento superador com a forma antiga e medieval. O modelo empirista é o modelo científico empregado pela maioria dos pesquisadores de hoje pois é fruto da sociedade, cultura e tradição capitalista moderna.

Entre as correntes contemporâneas destaca-se o empirismo lógico: uma visão lógica das ciências. No século XX, o filósofo Karl Popper (SPOSITO, 2004) proporcionou uma visão lógica para a ciência. Ele propôs o problema da demarcação: "...estabelecer um critério que nos habilite a distinguir entre ciências empíricas, de uma parte, e a matemática e a lógica, bem como os sistemas metafísicos, de outra". O critério de demarcação por ele proposto é o da falseabilidade: uma ciência é empírica se for possível refutá-la através de experimentos (POPPER, 1975).

Segundo Aroztegui (2016) o empirista contemporâneo caracteriza o conhecimento científico como aquele que pode ser experimentado, isto é: confirmado ou falseado pela experiência. Para o cientista empírico, todo conhecimento que não pode ser submetido a um experimento para sua confirmação ou refutação não é científico. A teoria é científica se existirem experimentos que possibilitem falsear a teoria, isto é, poderá existir um experimento que contradiga a teoria. De certa forma, Popper (1975) limita o conhecimento científico àquele que tem chance de ser falseado por um experimento. O método que ele denomina de empírico levaria à produção de conhecimentos que seriam passíveis de refutação, ou seja, de um "teste de falseabilidade" que, uma vez superado, deixaria para a ciência a contribuição de algo que, cientificamente produzido, seria mais um acréscimo ao progresso da ciência (SPOSITO, 2004).

Essa discussão não tem o intuito de buscar a colaboração de outros autores que também discutem o empirismo, como é o caso de Henri Lefébvre, Jonh Locke, David Hume, pois trata-se aqui de elucidar o método a ser utilizado na pesquisa já anteriormente citada.

O objetivo então é o realizar uma relação causal entre a pesquisa e o método a ser utilizado, uma relação entre a percepção e o mundo real, tendo os comportamentos definidos pela maneira como se percebe a realidade por meio da rotina de trabalhos de campo e coleta de dados.

Cervo e Bervian (2002) mencionam que método é a ordem que se deve impor aos diferentes processos necessários para atingir um certo fim ou um resultado desejado. As ciências, genericamente, empregam um método comum nas suas investigações, na medida em que utilizam os mesmos princípios.

Sendo a metodologia de importância vital para o desenvolvimento da pesquisa e para alcançar os resultados almejados nesta pesquisa, utilizar-se-á um método quantitativo, o qual tem, como característica importante, a quantificação, tanto no processo de coleta de informações, como no tratamento destas por meio de técnicas estatísticas e procedimentos matemáticos. Seabra (2001) indica que um método quantitativo é frequentemente empregado nos estudos descritivos de relação de causalidade entre fenômenos; representa a intenção de garantir a precisão dos resultados, evitando distorções de análise e interpretação, possibilitando aumentar a margem de segurança na comprovação das hipóteses formuladas.

Vale ressaltar que a pesquisa em questão insere-se na concepção do empirismo lógico, que conforme explica Hempel (1965, citado por ALVES, 2016), um enunciado é científico se for verificável empiricamente. Na postura positivista, o progresso na ciência ocorre pelo acúmulo de dados. Quanto mais observações forem realizadas, mais esta se aproxima da verdade. Para o empirismo lógico, o objetivo de uma ciência consiste na busca pela verdade, no estabelecimento de proposições verdadeiras acerca de um objeto de estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade permanente de estudos em recursos hídricos decorre de uma complexa cadeia de usos múltiplos da água em função, principalmente, do desenvolvimento econômico, que gera aumento da demanda e da intensificação do uso e a deterioração deste elemento natural, criando conflitos entre os diversos usuários.

Para a realização desses estudos a definição do método é essencial, pois o mesmo possibilita alcançar o resultado almejado.

No positivismo, o objetivo de uma ciência consiste na busca pela verdade, no estabelecimento de proposições verdadeiras acerca de um objeto de estudo.

Este estudo mostrou que a Geografia se originou e se desenvolveu sistematicamente como ciência, utilizando conceitos, métodos e procedimentos tanto das ciências humanas e sociais, quanto das ciências naturais. Inicialmente, o paradigma unificador da relação entre os aspectos físicos e sociais foi o positivismo, que durante muito tempo, principalmente na área da Geografia Física, influenciou, teórica e metodologicamente, várias gerações de geógrafos.

REFERÊNCIAS

ALVES, M. A. **Reflexões acerca da natureza da ciência:** comparações entre Kuhn, Popper e empirismo lógico. Disponível em: <https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/marcosalves.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2016.

AMORIM, M. C.; C. T; NUNES, J. O. R. **Geografia e ambiente:** reflexões sobre o

AROZTEGUI, M. **Metodologia científica**. Disponível em: <http://producao.virtual.ufpb.br/books/edusantana/metodologia-do-trabalho-cientifico-livro/livro/livro.chunked/ch02s03.html>. Acesso em: 16 dez. 2016.

atual momento da Geografia Física. Geografia: Rio Claro, v.31, n.2, 2006. 435p.

CAPRA, F. **A teia da vida:** uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996. 249 p.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A. **Metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002. 143 p.

FARENZENA, D.; TONINI, I. M.; CASSOL, R. **Considerações sobre a temática ambiental em Geografia**. Disponível em: <

http://www.comiteibicui.com.br/Sub%20bacia%20rio%20Ibicui%20mirim%20%20Classificacao%20das%20zonas%20agroecologicas%20na%20adequacao%20das%20culturas%20ao%20tipo%20de%20solo%20(1).pdf>. Acesso em: 29 dez. 2016.

FERREIRA, D. L. do N. **Território e bacia hidrográfica:** reflexões teóricas para um modelo de gestão dos recursos hídricos na Amazônia. Disponível em: < http://ppgeoufpa.net/boletim/index.php/boletim/article/view/10>. Acesso em: 29 out. 2016.

HALFPENNY, P. **Positivism and Sociologoy:** explaining social life. London: George Allen e Unwin, 1982.

MENDONÇA, F. **Geografia e meio ambiente.** São Paulo: Contexto, 1993.

NUNES, J. O. R. et al. **A influência dos métodos científicos na geografia física.** Disponível em: <https://web.ua.es/es/giecryal/documentos/documentos839/docs/texto-terra-livre-final.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo:** uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia/São Paulo: Edusp, 1975.

REBOUÇAS, A. **Uso inteligente da água**. São Paulo: Escrituras, 2004. 208 p.

SANTOS, M. **A natureza do espaço:** Técnica e tempo / Razão e emoção. 4. ed. 2. reimp. São Paulo: EDUSP, 2006. 384 p.

SEABRA, Giovanni de F. Pesquisa cientifica: o método em questão. Brasília: Editora da UnB, 2001.

SILVA, A. M.; SCHULZ, H. E.; CAMARGO, P. B. **Erosão e hidrossedimentologia em bacias hidrográficas.** São Carlos: Rima, 2004. 138 p.

SOUZA, C. G., et al. **Caracterização e manejo integrado de bacias hidrográficas**. Belo Horizonte: EMATER, 2002. 124p.

SPOSITO, E. S. **Geografia e filosofia:** contribuições para o ensino do pensamento geográfico. 2. reimp. São Paulo: Editora UNESP, 2004

TEIXEIRA, R. J. D.; MELACO, G. A**. Empirismo lógico do Círculo de Viena e falsificacionismo de Karl Popper**. Disponível em: <http://www.didinho.org/Arquivo/EMPIRISMOLOGICODOCIRCULODEVIENAEFALSIFICACIONISMODEKARLPOPPER.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

DIREITO

SEQUESTRO PARENTAL: O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

PARENTAL SEQUESTRO: THE PRINCIPLE OF THE BEST CHILD INTEREST

Simone Alves de Lima Fernandes[9]
Paulo Henrique Garcia Andrade[10]

RESUMO

A pesquisa tem a finalidade de estudar a Convenção da Haia Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores. O trabalho tem ainda a missão de avaliar o princípio do melhor interesse da criança. O Brasil é membro da Convenção de Haia assinada em 25 de outubro de 1980, a qual tratou dos aspectos civis da subtração internacional de menores, visando combater o sequestro por meio de um acordo de cooperação entre autoridades centrais e de um procedimento célere para a restituição imediata do menor ao seu País de residência habitual, tendo como ponto central o respeito e o bem estar das crianças subtraídas indevidamente por um de seus pais. Assim, a Convenção impede a retenção ilegal do menor em outro País, vez que a mesma protege o melhor interesse da criança. Para tanto, fez-se necessário um estudo detalhado da Convenção para o entendimento de seu conteúdo, o qual apesar de bem elaborado especialmente nos aspectos que determinam a restituição do menor não prevê punição para o descumprimento da norma, o que pode acabar por impedir plenamente sua execução.

Palavras-chave: Sequestro. Parental. Menores. Convenção. Interesse. Criança.

ABSTRACT

The research aims to study the Hague Convention on Civil Aspects of International Abduction of Children. The work also has the task of evaluating the principle of the best interests of the child. Brazil is a member of the Hague Convention, signed on October 25, 1980, which dealt with the civil aspects of international abduction of children in order to combat abduction by an agreement of cooperation between central authorities and a rapid procedure for the prompt return the minor to his country of habitual residence, with the central point and respect the welfare of children wrongfully abducted by a parent. Thus, the Convention prevents the illegal retention of the minor in another country, since it protects the best interests of the child. To do so, it is necessary a detailed study of the Convention for the understanding of the contents that although well developed especially in aspects that determine the return of the child, does not provide for punishment for the breach of the standard, which may end up fully prevent its execution

Keywords: Kidnapping. Parental. Smaller. Convention. Interest. Child.

INTRODUÇÃO

Este trabalho científico tem como temática o "Sequestro Parental – O princípio do Melhor Interesse da Criança". Esta modalidade de sequestro não é tão recorrente no Poder Judiciário, mas vem hodiernamente sendo discutida em algumas áreas, principalmente no Direito de Família que, neste caso, acaba sendo amparado pelo Direito Internacional.

O tema é pouco explorado e no novo cenário jurídico delineado para a atualidade e especialmente caracterizado pelo ritmo das inovações emergentes. O universo jurídico tem passado por um processo de transformação como, por exemplo o assunto abordado neste trabalho, afinal respostas satisfatórias e justas devem ser dadas aos envolvidos nesta temática e para que isso aconteça é necessário buscar conhecimentos na área, destacando inclusive que nem todos os casos que envolvam o Sequestro Parental são repercutidos na mídia, como foi o caso de Sean Goldman, repercussão que inclusive culminou na escolha do tema deste trabalho.

Não seria viável que o Judiciário deixasse lacunas na prestação jurisdicional daqueles que dele invocam uma resposta, devendo a mesma ser certa, não deixando margens de dúvidas à sociedade e sobretudo aos litigantes. Assim sendo, o Poder Judiciário deve estar atento aos direitos das crianças, principalmente no que se refere ao princípio do melhor interesse da criança, qual seja o seu real interesse, que seria simplesmente ter o direito garantido de

[9] Graduada em Direito pela FAQUI em 2014.

[10] (Orientador) Advogado. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Quirinópolis – FAQUI; e-mail: phgandrade@hotmail.com

conviver com ambos os pais.

Os tribunais brasileiros têm lidado com a questão quando a vítima é a criança, ficando a mesma refém de um de seus pais e sujeita à regência de seus caprichos, pois este choque de mudança repentina e brusca de seu aconchego familiar a impossibilita de traçar novos vínculos de amizade, vez que em alguns casos em virtude do sequestro é obrigada a viver no anonimato e num ambiente estranho à sua realidade e destituída do princípio do melhor interesse da criança.

As crianças retiradas de sua residência habitual acabam por romper forçosamente todos os vínculos adquiridos desde o corte do cordão umbilical e são privadas da convivência do poder familiar. "Um conjunto de direito e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos" (DINIZ, 2007, p. 514).

Desta forma, os direitos e obrigações em relação ao filho menor devem ser exercidos por ambos os genitores e, assim sendo, o trabalho visa destacar a importância da doutrina em definir o melhor interesse da criança. Pretende-se ainda refletir sobre a relevância da Convenção da Haia de 1980 em relação aos direitos das crianças diante da possibilidade da sua aplicação, resguardando sempre o melhor interesse da criança – princípio consagrado no ordenamento jurídico que garante à criança o direito de sua residência habitual.

Este trabalho se propõe a demonstrar o melhor interesse da criança no caso do Sequestro Parental e, sobretudo, conscientizar aqueles que terão a oportunidade de terem acesso a esta obra do verdadeiro direito das crianças que muitas vezes se tornam vítimas de seus próprios pais.

1 FAMÍLIA E BASE PRINCIPIOLÓGICA

O vínculo conjugal entre homem e mulher teve início desde a criação do mundo. Relata as Escrituras Sagradas no livro de Gênesis, capítulo I, versículos 26 a 28 que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, criando macho e fêmea e os abençoou, determinando que multiplicassem e enchessem a terra.

Este vínculo aparentava ter somente a finalidade da procriação, e com o passar dos anos a estrutura familiar acabou se modificando, sendo que nos dias hodiernos o vínculo afetivo estabelecido entre um homem e uma mulher não é visto somente como um fator de reprodução, tendo a família alcançado um processo de normatização e sobre o assunto pondera Maria Berenice Dias:

> O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instituto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todos têm à solidão. Parece que as pessoas só são felizes quando têm alguém para amar. Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito (DIAS, 2013, p. 27).

O direito estrutura a base familiar e nesta base o Estado assegura à família sua proteção desde sua constituição, pois a mesma é o alicerce da sociedade. Com o passar dos anos e com o advento da globalização o homem começara a transitar de um País para outro, facilitando assim o intercâmbio de pessoas.

> Desde Francisco de Vitória, no século XV, estuda-se cientificamente o fluxo migratório; o homem sai de seu território e se embrenha em outro, enfrentando todo um conjunto de adversidades culturais, físicas e geográficas em nome da satisfação das necessidades que não podia atingir na sua terra natal (PEREIRA, 2006, p. 6).

Apesar da migração entre os homens a família não foi ceifada da sociedade, ao contrário, começa a surgir a união entre nacionalidades diferentes e com esta união surge a procriação, havendo a necessidade da proteção estatal para quem dela precisar se valer.

1.1 Breve conceito histórico

Conta a história sobre Édipo, a qual foi imortalizada ao ser elaborada pela tragédia grega especialmente por Sófocles, no século V antes de Cristo, de que em Tebas Laios casou-se com Jocasta e não conseguindo gerar filhos consultaram o Oráculo de Delfos e lhes foi revelado de que ambos teriam um filho e que este estava destinado a matar seu pai e em seguida se casaria com sua mãe.

O tempo passou e finalmente o filho de Laios e Jocasta nasceu, momento em que Laios se lembrou da consulta com o Oráculo e, em seguida, ordenou que os servos matassem o filho. A criança foi retirada do seio materno e abandonada numa floresta com os pés furados e amarrado de ponta cabeça numa árvore para ser devorado por animais selvagens. Posteriormente, a criança foi encontrada e levada por pastores de Corinto, os quais a entregaram aos reis da Cidade e por eles foi adotado recebendo o nome de Édipo.

Por determinação de Laios o seu filho foi subtraído do convívio familiar, tendo os laços afetivos ceifados por aquele que deveria ser o seu protetor, ficando a mãe da criança privada de dar e receber o carinho daquele que em seu ventre foi gerado. Assim, Édipo filho de Laios e Jocasta é possivelmente uma das primeiras histórias relacionadas à subtração parental e privação da dignidade da pessoa humana.

1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Inicialmente cabe abordar a importância dos princípios sobre o assentamento da norma jurídica, afinal os princípios constitucionais sustentam e estruturam o mundo jurídico e sobre princípio Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 183) assim o conceitua:

> É o veículo dos valores mais fundamentais de uma sociedade. É o ponto de partida, o começo, a origem mesma dessa sociedade. Numa perspectiva jurídica, princípio é o mandamento nuclear de um sistema jurídico, a *pedra angular, a norma normarum,* o alicerce e fundamento mesmo desse sistema, que lhe imprime lógica, coerência e racionalidade. É a viga-mestra que suporta e ampara o sistema jurídico ou cada um dos subsistemas existentes.

Um princípio constitucional jamais deve ser violado e sobre o assunto Celso Antonio Bandeira de Melo (1999, p. 620) adverte:

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

O tratamento digno deve ser incondicionalmente aplicado a todas as pessoas sem

distinção de idade, raça, sexo ou cor, afinal a Constituição Federal garante a dignidade da pessoa. Gama (apud DIAS, 2013, p. 66) na obra intitulada *Manual de Direito das Famílias* salienta que "a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem".

O princípio da dignidade da pessoa humana além de possuir assento constitucional é também consolidado nos tratados internacionais, conforme leciona o mestre Alexandre Ernesto de Almeida Pereira (2011, p. 53):

> O princípio da dignidade da pessoa humana, nesse prisma, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, cumpre a função legitimatória do prestígio dos direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou augurados em tratados internacionais, revelando, de tal fortuna, sua íntima relação com o artigo 5 §§ 2º e 3º, da Lei Fundamental brasileira.

Dentre os princípios constitucionais resguardados o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais abrangentes, pois é dele que surgem os demais direitos. A pessoa humana é o cerne garantido pela Constituição Federal de 88 no artigo 1º, III, sendo, portanto, a dignidade humana um princípio absoluto, reinando sobre os demais princípios, devendo o ordenamento jurídico se dobrar diante deste.

1.2.1 Princípio da afetividade

Para discorrer sobre princípio da afetividade faz-se necessário primeiramente conceituar o que é o amor, e sobre este seria impossível encontrar palavras mais belas do que as proferidas no Novo Testamento pelo Apóstolo Paulo no capítulo 13, nos versículos de 1 a 13, em sua primeira carta aos Coríntios:

> Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa, ou como o sino que tine. Ainda que eu tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que eu tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria. E ainda que distribuísse toda a minha fortuna para o sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, e não tivesse amor, nada disso me aproveitaria. O amor é paciente, é benigno. O amor não inveja, não se vangloria, não se ensoberbece. Não se porta inconvenientemente, não busca os seus próprios interesses, não se irrita, não suspeita mal. O amor não se alegra com a injustiça, mas se regozija com a verdade. Tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta. O amor nunca falha. Mas havendo profecias, cessarão; havendo línguas, desaparecerão; havendo ciência, passará. Pois em parte conhecemos, e em parte profetizamos, mas quando vier o que é perfeito, então o que é em parte será aniquilado. Quando eu era menino, falava como menino, pensava como menino, raciocinava como menino. Mas logo que cheguei a ser homem, acabei com as coisas de menino. Agora vemos em espelho, de maneira obscura; Então veremos face a face. Agora conheço em parte; Então conhecerei como também sou conhecido. Agora permanecem estes três: a fé, a esperança e o amor, mas o maior destes é o amor (BÍBLIA SAGRADA POPULAR, 1990, p. 107, Novo Testamento).

Não há dádiva maior do que a de ter um descendente, ao qual o amor jamais deveria falhar, pois uma criança é a perfeição divina e por ela os pais devem doar até a própria vida mas infelizmente nem sempre isso acontece e como já anteriormente mencionado existem pais que possivelmente não amam os seus filhos, pois contra eles são capazes de praticar a alienação parental, sendo extremamente egoístas e não se importando em oferecer a afetividade a eles.

Na obra intitulada *Novo Curso de Direito Civil*, (2013, p. 92-3) Pablo Stolze Gagliano com Rodolfo Pamplona Filho citam as normas protetivas da criança e do adolescente que têm como base o afeto como vetor de orientação comportamental dos pais ou representantes, como pode ser verificado na Convenção de Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional:

> Reconhecendo que, para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer em meio familiar, em clima de felicidade, de amor e de compreensão; Recordando que cada país deveria tomar com caráter prioritário, medidas adequadas para permitir a manutenção da criança em sua família de origem; Reconhecendo que a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente à criança para quem não se possa encontrar uma família adequada em seu país de origem; Convencidos da necessidade de prever medidas para garantir que as adoções internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e com respeito a seus direitos fundamentais, assim como para prevenir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças; E desejando estabelecer para esse fim disposições comuns que levem em consideração os princípios reconhecidos por instrumentos internacionais, em particular a Convenção das Nações Unidas sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à proteção e ao Bem-estar das Crianças, com Especial Referência às Práticas em Matéria de Adoção e de Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional (Resolução da Assembleia Geral 41/85, de 3 de dezembro de 1986).

Em entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) nº 78, ano 13, veiculado em janeiro/fevereiro o teólogo Frei Betto (2013, p. 4) ao ser questionado sobre a contribuição da valorização do afeto para a consolidação de um Direito de Família mais próximo dos princípios afirmados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos responde: "O amor é a base da vida e da felicidade. A saúde psíquica de um adulto depende de como foi tratado quando bebê. Um bebê tratado como desprezo ou indiferença será uma pessoa agressiva, revoltada, mas se for tratada com carinho, tenderá a ter equilíbrio e uma subjetividade saudável".

E ainda na mesma entrevista Frei Betto (2013, p. 4) endossa que "a família é toda relação amorosa entre pessoas que decidem fazer de sua união um projeto de vida, e um projeto que inclui a geração e/ou formação de novas vidas. A família é a base nuclear da sociedade e tem direito a uma complexa e segura rede de proteção social".

Sendo o amor um dom sublime a afetividade jamais deve ser deixada de lado, pois se a mesma for afastada, o princípio da afetividade ficaria comprometido e o Direito de Família não subsistiria. Apesar do amor emanar da essência de cada indivíduo a família deve ser tratada como política pública, vez que uma família bem estruturada e calcada nas bases da dignidade humana, dificilmente será vítima da alienação parental, cuja prática pode ser considerada um dos primeiros sinais para a prática do sequestro parental.

1.2.2 Princípio da plena proteção das crianças e dos adolescentes

Os responsáveis pelo seio familiar, especialmente os pais, não devem deixar passar desapercebido as diretrizes na Política Nacional da Infância e Juventude e visando a garantia do princípio da plena proteção das crianças e dos adolescentes chancela a Constituição Federal de 1988:

> Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2013, p. 74).

Os pais devem velar e resguardar pela proteção de sua prole, mandamento que também se encontra no artigo 1.566 do digesto processual civil: "Art. 1566 – São deveres de ambos os cônjuges: I [...]/ II [...]/ III [...]/ IV – sustento, guarda e educação dos filhos".

Deve-se, portanto, observar primeiramente o interesse dos filhos. Consoante orientam Flávio Tartuce e José Simão citado por Gagliano e Pamplona (2013, p. 103):

> O art. 3º do próprio ECA prevê que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Ainda sobre o tema lecionam os doutrinadores Tartuce e Simão também citados por Gagliano e Pamplona (2013, p. 103):

> Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio de melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecimento pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças.

Obviamente os pais são os verdadeiros guardiões de seus filhos e as crianças gozam de plena proteção, tendo todos os seus direitos assegurados não só pela seara jurídica, mas também nas Escrituras Sagradas. O grande mestre Jesus Cristo no Livro de São Mateus, capítulo 19, versículo14, proferiu: "Deixai os pequeninos, e não os impeçais de vir a mim, pois dos tais é o reino dos céus".

Assim como Jesus o Estado também oferece proteção e segurança às crianças, as quais de acordo com a determinação estatal e ainda com ordem de Jesus não devem jamais ser importunadas e privadas de seus direitos. Os direitos delas devem ser assegurados primeiramente pelos pais, pois a eles cabe a atribuição do zelo, guarda e felicidade de seus pupilos para que haja a convivência familiar.

1.2.3 Princípio da convivência familiar

Pelo princípio da convivência familiar os pais deveriam ficar juntos. Gagliano em seu livro *Novo Curso de Direito Civil* (2013, p. 104) salienta que:

> O afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento de dever legal.

Pais e filhos jamais deveriam ser separados e havendo a separação esta deveria ser medida excepcional, pois nem mesmo a situação financeira precária deve ser motivo da retirada de um filho da guarda de seus pais, vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 23 não autoriza a privação da presença do convívio familiar pela ausência de recursos financeiros:

> Artigo 23 - A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. Parágrafo único – Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio (BRASIL, 1990, p. 938-9).

A convivência familiar saudável contribui para a formação e o caráter da criança, pois por ainda não ter o desenvolvimento completo é necessário que haja um ambiente propício onde a mesma tenha assegurada a sua residência habitual.

2 CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES

Com o advento da globalização não é de se olvidar que o deslocamento entre as pessoas de países diversos fosse mitigado, ao contrário, devido ao avanço tecnológico há facilidade para se locomover como afirma Dias:

> O fenômeno da globalização permitiu que as pessoas se tornassem cidadãs do mundo. Mudam de país, casam com pessoas de outras nacionalidades e têm filhos. A mobilidade enseja o surgimento de inúmeros problemas em razão das diferenças que existem entre os vários sistemas jurídicos. Daí a importância dos tratados e convenções internacionais (DIAS, 2013, p. 477).

As mudanças internacionais de domicílio sem sombra de dúvida contribuíram para a formação de novas famílias, conforme menciona Nádia de Araújo (2011, p. 551): "A sociedade global, com sua imensa gama de comunicações e mobilidade, mudou o perfil das famílias: é comum haver mais de uma nacionalidade no grupo familiar, ou sua mudança de país no curso da relação familiar".

Diante das mudanças internacionais de domicílio envolvendo crianças surgiram controvérsias em relação à guarda dos filhos diante da separação do casal e para solucionar o impasse surgiu a Convenção de Haia sobre o Sequestro Internacional de Crianças, popularmente conhecida como Convenção de Haia de 1980 visando à proteção das crianças envolvidas no sequestro interparental, quando deslocadas ilegalmente de seu limite territorial para outro país diferente de sua residência habitual, pois a Convenção diz respeito ao sequestro internacional de crianças e tem como cerne o respeito aos direitos das mesmas.

A Convenção Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças foram assinada em Haia em 25 de outubro de 1980, tendo entrado em vigor internacionalmente em 1º de dezembro de 1983. Afinal, era necessário um respaldo jurídico que viesse a proteger as crianças dos deslocamentos ilegais proporcionados por um de seus pais, permitindo sua restituição ao Estado de sua residência habitual conforme determinado no artigo 1º da Convenção:

> a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante (BRASIL, 2000, p. 2).

A Convenção surgiu não para regularizar os assuntos inerentes à guarda das crianças vítimas do sequestro parental internacional, mas com o fito de proporcionar sua restituição imediata ao seu Estado de origem, qual seja o de sua residência habitual, primando pelo seu retorno imediatamente atemorizando os pais de reterem seus filhos fora do local de sua origem. Desta forma, a Convenção objetiva o retorno imediato de crianças transferidas ilicitamente e garante seus interesses, portanto não trata da guarda e sim da jurisdição.

Destaca-se que o respeito aos direitos das crianças é um dos pontos centrais da Convenção, o qual é assegurado por um sistema de cooperação entre autoridades centrais e um rápido procedimento para que o menor seja devolvido ao país de sua residência habitual.

2.1 A importância da Convenção de Haia nos direitos das crianças

A Convenção se preocupa em traçar normas que impeçam as dificuldades impostas pelos Estados no cumprimento da mesma, vez que cria os mecanismos da viabilização jurídica de cooperação entre os Estados Contratantes. A desavença entre os casais acaba por agravar a situação, pois o conflito instaurado entre ambos pode terminar com um dos cônjuges sequestrando o próprio filho, contrariando assim a vontade alheia.

Antes da Conferência de Haia o País envolvido em caso de sequestro internacional parental mostrava-se favorável a reter o seu nacional e a dificuldade da localização do menor era um ponto a favor, vez que os países não tinham mecanismos de cooperação internacional.

> Para essas situações, os instrumentos tradicionais do direito internacional privado eram inadequados: era difícil tanto o pedido de guarda no país estrangeiro, quanto o cumprimento da ordem proveniente do exterior, que necessitava ser cumprida em outra jurisdição, pois havia grande sentimento de desconfiança entre os juízes. Presumia-se que depois que a criança fosse restituída para outro país jamais retornaria. Isso gerou grande sensação de frustração dos envolvidos nos sistemas jurídicos estrangeiros. Não havia nenhum instrumento em prol da cooperação entre os poderes judiciários e a exceção de ordem pública assumiu um papel preponderante na maioria dos julgamentos. (ARAÚJO, 2011, p. 553-4).

A Conferência de Haia iniciada a partir de 1970 implementou novos rumos sobre o assunto e sabedora da problemática que assolava os Estados veio a pacificar a situação na cooperação entre os mesmos para estabelecer regras sobre a devolução do menor. Assim, a Convenção assegura a segurança jurídica entre os Estados e promove o melhor interesse da criança preservando sua dignidade, não descartando sobretudo sua base principiológica, ou seja, assegura o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas ou retidas indevidamente para qualquer Estado.

2.2 Conceito e considerações do termo sequestro

A palavra sequestro apresenta diversos significados, mas o que interessa na oportunidade é o sequestro de pessoas e o Código Penal Brasileiro reza:

> Art. 148 – Privar alguém se sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.
> § 1º A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos:
> I - se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos;
> II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;
> III - se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias;
> IV - se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;
> V - se o crime é praticado com fins libidinosos.
> § 2º Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos (BRASIL, 2013, p. 509-510).

Portanto, no Direito Penal Brasileiro o sequestro é um crime, o qual é configurado quando uma pessoa priva alguém de sua liberdade, pois a liberdade é um direito garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se direito à vida, à liberdade [...]"

Observa-se também que no Brasil a subtração de menores de 18 anos é criminalizada pelo artigo 249 do Código Penal, embora o juiz possa deixar de penalizar o violador da infração caso o menor seja restituído e não tenha sofrido maus tratos ou privações.

Embora a Convenção de Haia trate a respeito do sequestro não é o mesmo tipo de sequestro tratado no ordenamento penal brasileiro, pois o artigo 4º da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças trata da aplicação da mesma.

A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos.

Assim, quem viola o direito da residência habitual de um menor, retendo-o em outro território comete o sequestro internacional parental como enfatiza Duarte (apud DIAS, 2013,

p. 477):

> Apesar do nome, não se trata de 'sequestro' como delito previsto no direito penal. A transferência ilícita e a retenção indevida de menor, de até 16 anos (4º), em território nacional, sem a devida autorização do outro responsável pela guarda, configura sequestro internacional parental, sendo ilegal e injustificada, o que caracteriza ofensa ao dever de boa-fé que deve estar presente nas relações intersubjetivas.

Desfeita a relação conjugal independente do motivo, consequências surgem e sobre o assunto posiciona-se Natalia Camba Martins (2013, p. 19):

> O rompimento de uma relação desta natureza pode gerar efeitos mais graves à prole constituída do que o fim de um casamento dito "não misto", dado não ser incomum que, nesses casos, um dos genitores decida, sem a anuência do outro, retirar o filho do país onde a família habitualmente reside, para fixar residência em outro Estado. Tal fenômeno tem sido denominado de subtração internacional de crianças.

Percebe-se nitidamente a importância do Brasil aderir como Estado Membro da Convenção de Haia Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças visando à proteção das mesmas do Sequestro Internacional Parental, proporcionando-lhes o direito de permanecerem no local onde residem. Afinal, a Convenção Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças resguardam o direito da residência habitual da criança e prima pelo seu melhor interesse, de tal sorte que o Brasil não poderia ficar alheio a tal situação, pois a própria pérola constitucional brasileira protege integralmente as crianças.

Embora alguns países recriminem penalmente a remoção de uma criança de sua residência habitual sem a devida permissão do detentor de sua guarda é oportuno mencionar que há profissionais da área jurídica que se posicionam contra o uso do Direito Penal em favor de um problema familiar, pois o estatuto da Conferência de Haia versa sobre o Direito Internacional Privado, o que sem dúvida pode acarretar dificuldades de serem inclusos os questionamentos penais.

Assim sendo, após exauridas todas as tentativas civis e diplomáticas em casos de Sequestro Internacional Parental o Direito Penal deve ser discutido, afinal, antes da Convenção era quase impossível localizar um menor sequestrado, vez que os Estados não possuíam nenhum mecanismo de cooperação internacional.

Com o surgimento da Convenção da Haia, abriram-se novos horizontes e a proteção da criança sequestrada ganhou novos rumos conforme leciona Beaumont (apud ARAÚJO, 2011, p. 554): "essa situação só mudou com o trabalho realizado pela Conferência de Haia de Direito Internacional, que ciente das dificuldades, iniciou as discussões a partir da década de 1970".

A Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças finalmente resolveu a problemática da cooperação entre os Estados, permitindo a devolução da criança sequestrada. Observa-se que como qualquer outro convênio internacional a jurisdição só atinge os países adeptos da Convenção, os quais sobrepujam-se de que as questões sobre o melhor interesse da criança é que deve reinar, protegendo o menor e sua retenção ilícita em país estranho a sua residência habitual, primando pela sua restituição imediata ao Estado de sua residência habitual.

3 ATUAÇÃO DO BRASIL NA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE O SEQUESTRO INTERNACIONAL PARENTAL

O Direito de Família Brasileiro antes da adesão do Brasil como Estado Membro da Convenção da Haia não oferecia respaldo às vítimas, pois não havia leis específicas sobre o assunto. E quando uma criança brasileira era retirada ilicitamente de sua pátria competia ao

pai ou mãe da mesma pleitear o seu repatriamento sem o aval das autoridades brasileiras.

A Convenção Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 foi promulgada no Brasil pelo Decreto de nº 3.413 de 14 de abril de 2000, tendo o Governo brasileiro depositado o instrumento de Adesão sobre a Convenção em 19 de outubro de 1999, vigorando no Brasil em 1º de janeiro de 2000. O Brasil integra a Convenção Interamericana da Restituição Internacional de Menores como Estado Membro, a qual só é aplicada aos países signatários.

> O Brasil aderiu à Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro de Menores e faz parte da Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores. No entanto, as convenções não são aplicáveis para todos os pedidos, pois, só servem para os casos envolvendo Estados-membros (ARAÚJO, 2011, p. 555-6).

Desta forma, para invocar o direito de restituição resguardado pela Convenção é necessário que os Estados envolvidos sejam signatários da Convenção Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

3.1 Criação de um grupo permanente referente à Convenção da Haia no Supremo Tribunal Federal

Em agosto de 2006 foi instituído o Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980 sob a direção da Ministra Ellen Gracie Northfleet, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal. Compõem o grupo os representantes dos órgãos públicos envolvidos no tratamento do tema, objetivando promover estudos, pesquisas e ainda participar interna e internacionalmente de discussões sobre a Convenção entre os operadores do direito acerca dos direitos das crianças.

Sobre o assunto explica Mônica Sifuentes em sua obra intitulada *Sequestro Interparental:* A experiência Brasileira na Aplicação da Convenção da Haia de 1980 (2014, p. 139):

> A ideia inicial foi formar um grupo de trabalho com poucos membros, de modo a conferir-lhe maior eficácia e operacionalidade, bem como que esse grupo fosse composto por pessoas indicadas por órgãos envolvidos no cumprimento da convenção. A missão do grupo seria, inicialmente, elaborar comentários à convenção, franqueando o seu acesso à comunidade jurídica nacional e estrangeira. Funcionaria ainda como instrumento de apoio ao trabalho da Autoridade Central brasileira, fazendo a interlocução entre os órgãos envolvidos no seu cumprimento.

O Grupo Permanente de Estudos sobre a convenção de Haia de 1980 entre os responsáveis por executar o direito promovem os estudos e as pesquisas que auxiliam na aplicação da referida convenção para que os envolvidos em Sequestro Parental Internacional tenham uma solução.

3.2 Autoridades centrais e suas funções

Os pedidos de cooperação jurídica internacional com base no tratado devem tramitar através das Autoridades Centrais indicadas pelo Estado Contratante conforme o artigo 6º da Convenção:

> Art. 6º - Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção. Os Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de urna Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado (BRASIL, 2000, p. 2).

A Autoridade Central no Brasil designada pelo Chefe de Estado para a Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças foi a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, conforme o Decreto nº 3.951/2001:

> Art. 1º Fica designada como Autoridade Central, a que se refere o art. 6º da Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças e Adolescentes, concluída em Haia, em 25 de outubro de 1980, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 79, de 12 de junho de 1999, e promulgada pelo **Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000**, a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça (BRASIL, 2001, p. 1).

A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) entre outras atribuições em acordos internacionais atua na Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. O Decreto de nº 3.413/2000 exemplifica as funções das Autoridades Centrais:

> Art. 7º - As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção.
> Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:
> a) localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente;
> b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às parles (sic) interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;
> c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;
> d) proceder, quando desejável, à troça (sic) de informações relativas à situação social da criança;
> e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;
> f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retomo (sic passim) da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;
> g) acordar ou facilitar, conforme ás circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;
> h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;
> i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta (BRASIL, 2000, p. 2-3).

A Cartilha de Combate à Subtração Internacional de Crianças da Advocacia-Geral da União (AGU), publicada em 27.04.2011, no tocante aos pedidos de cooperação jurídica internacional dita:

> No Brasil, após o recebimento do pedido de cooperação jurídica internacional pelo Estado brasileiro, estando presentes os requisitos administrativos para admissão do requerimento, a Autoridade Central brasileira busca solucionar a questão de forma amigável, com o envio de notificação administrativa à pessoa que mantém a criança no Brasil. Havendo impossibilidade de solução amistosa, a Autoridade Central brasileira encaminha o caso à Advocacia-Geral da União, para análise jurídica e eventual promoção da ação judicial cabível (BRASIL, 2011, p. 8).

O Decreto 3.413/2000 assegura a Autoridade Central do Estado onde estiver a criança a adotar as providências de sua entrega voluntária: "Art. 10 - A Autoridade Central do Estado onde a criança se encontrar deverá tomar ou fazer com que se tomem todas as medidas apropriadas para assegurar a entrega voluntária da mesma" (BRASIL, 2000, p. 3).

Portanto, é de competência da Autoridade Central do Estado onde se encontrar a criança buscar os meios para a sua localização, cooperar na prevenção de maiores prejuízos à criança mediante procedimento de sua restituição e, sobretudo, promover a tentativa de uma conciliação para que a mesma seja entregue amigavelmente.

3.3 A Importância da Advocacia Geral da União na aplicação da Convenção de Haia no sequestro internacional de menores

Caso haja a impossibilidade da Autoridade Central em assegurar a entrega amigável da criança a capacidade postulatória é da União, conforme disposto no artigo 131 da Constituição Federal de 1988 e do artigo 1º da Lei Complementar de nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

A União é legitimada para atuar na aplicação da Convenção por intermédio da Advocacia Geral da União, defendendo seus próprios interesses de natureza pública, não defendendo o interesse privado de um dos pais da criança sequestrada e sim velando pela estrita observância do cumprimento de obrigações assumidas pela República Federativa do Brasil.

O acompanhamento das ações judiciais nas varas federais referentes ao Sequestro Parental Internacional de Menores deve ser feito pelas Procuradorias Regionais, da União e das Seccionais das varas onde houver tramitação dos processos.

3.4 Juízo competente para aplicação da convenção

O Juízo competente para julgar as ações que envolvam o Sequestro Internacional de Menores é da Justiça Federal, conforme dispõe o artigo 109, I da Carta Magna de 1988:

> Art. 109 – Aos juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (BRASIL, 2013, p. 45).

Observa-se ainda que no mesmo artigo se encontra a atribuição da Justiça Federal para promover o julgamento das demandas fundadas em tratados: "III – as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional" (BRASIL, 2013, p. 45).

A existência de conflitos de competência entre a Justiça Estadual e Federal não passaram despercebidos em vários casos na aplicação da Convenção pois a Justiça Federal conforme garantia constitucional tem competência para as causas fundadas em tratados enquanto que a Justiça Estadual trata da competência dos casos relacionados à guarda.

> Nos casos de sequestro, é comum o genitor que chega ao Brasil iniciar uma ação de guarda, sem mencionar as circunstâncias de sua vinda, no intuito de regularizar a situação do menor em solo brasileiro. Se não houver, por parte do outro genitor, nenhum pedido de retorno com base na convenção, o que pode ocorrer, o conflito não prospera. No entanto, quando há um pedido da Convenção, o requerimento de guarda fica prejudicado [...] (ARAÚJO, 2011, p. 565).

Sobre o assunto de guarda estabelece a Convenção:

> Art. 17 – O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção (BRASIL, 2000, p. 5).

Coerente a determinação da Convenção e sobre a mesma observa Martins (2013, p. 75-6):

> O objetivo de tal dispositivo é desencorajar aqueles que pretender subtrair uma criança de seu local de residência habitual, uma vez que não poderão utilizar uma decisão anterior à transferência/retenção e nunca executada, assim como não será protegida a decisão obtida posteriormente ao traslado/retenção que, na maioria dos casos, concede a 'guarda provisória' em favor do genitor sequestrador, sem oitiva da parte contrária e, muito comumente, em fraude, uma vez que deixa de mencionar todos os aspectos relativos à transferência/retenção da criança.

Evidencia-se que nos casos do Sequestro Parental Internacional de Crianças não compete ao Poder Judiciário Brasileiro discutir o direito de guarda da criança, o qual compete exclusivamente às Autoridades Judiciárias do local da residência habitual da criança, salvo hipótese da decisão da Justiça Federal decidir pela não aplicação da Convenção de Haia de 1980 é que a Justiça Estadual terá competência para decidir sobre a guarda da criança.

3.5 Ignorância dos operadores do direito acerca do conteúdo da Convenção

A ignorância acerca do conteúdo da Convenção Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores geram desconhecimento sobre o assunto entre os operadores do direito como observa a Juíza Mônica Sifuentes (2014, p. 138-9):

> Esse desconhecimento tem sido responsável por grandes delongas no procedimento interno, tanto administrativo como judicial, em razão não apenas dos pedidos formulados incorretamente, seja à Autoridade Central seja ao juiz, como também da errônea escolha dos passos processuais.

Destarte pode-se atribuir as delongas judiciais ao desconhecimento do assunto, o que de certo modo acaba por influenciar no retardamento das decisões judiciais gerando reflexos na vida da criança vez que o princípio do melhor interesse acaba sendo prejudicado acarretando desconforto na vida do menor.

3.6 Pedido de repatriação

Não sendo possível a solução amigável conforme determina a Conferência de Haia para a restituição amigável da criança ao país de sua residência habitual pela Autoridade Central e entendendo ser possível a aplicação da Convenção os documentos serão encaminhados para a Advocacia Geral da União. Esta verificará a possibilidade de ingressar com uma ação de repatriamento do menor e sendo viável é ajuizado pela Advocacia Geral da União o pedido de repatriação perante a Justiça Federal.

Tendo a criança residência habitual no Brasil e estando indevidamente noutro País, se houver interesse na restituição da mesma, além de procurar a autoridade central pessoalmente o interessado em promover o seu repatriamento poderá procurar o Ministério Público ou por meio de advogado postular diretamente em Juízo. Salienta-se nesta hipótese o alerta do próprio Supremo Tribunal Federal sobre o Combate ao Sequestro Internacional de Crianças:

> Nesse caso o interessado é instruído para preencher o formulário de denúncia padrão fornecido pela ACAF e deverá entregá-lo junto com os documentos essenciais para o início do processo (certidão de nascimento, comprovante da guarda, comprovante de residência habitual no Brasil, etc.) acompanhados das devidas traduções para a língua inglesa ou francesa ou no caso de países latino-americanos de tradução para o espanhol (BRASIL, 2014, s.p.).

No caso do Brasil, com reserva ao artigo 24 da Convenção, permitida por seu artigo 42, estabelece que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, a qual deverá ser feita por um tradutor juramentado oficial (Decreto nº 3.413, 2000).

O pedido de repatriação deve obedecer rigorosamente o disposto no artigo 8º da Convenção, *in verbis:*

> Artigo 8º - Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode participar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência para assegurar o retorno da criança. O pedido deve conter: a) informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribuí (sic) a transferência ou a retenção da criança; b) caso possível, a data de nascimento da criança; c) os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retomo da criança; d) todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança. O pedido pode ser acompanhado ou complementado por: e) cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante; f) atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria; g) qualquer outro documento considerado relevante (BRASIL, 2013, p. 3).

Determina ainda a convenção que o pedido e os documentos devem estar acompanhados das traduções para a língua francesa ou inglesa e ainda no caso dos países latino-americanos de tradução para o espanhol:

> Portanto, para tramitação do pedido de cooperação jurídica internacional (e seus anexos, apêndices, informações e documentos complementares), entre Autoridades Centrais, não parece possível exigir-se o envio, pelo Estado Requerente, nem de tradução para o português, nem que tais traduções sejam elaboradas por tradutor juramentado oficial. Interpretando-se e aplicando-se adequadamente o tratado poder-se-ia, no máximo, exigir que tais informações sejam remetidas, além da língua original do Estado Requerente, em inglês e/ou em francês (MARTINS, 2013, p. 103).

Após a instrução do processo com os documentos exigidos a autoridade central brasileira ao analisar e aceitar o pedido deverá enviar uma solicitação de repatriação à autoridade central estrangeira, a qual iniciará o pedido de repatriação da criança para o Brasil ou facilitará o pedido de restituição. Destarte, sendo a criança sequestrada trazida para o solo brasileiro a autoridade central federal a partir do momento em que recebe o pedido de restituição inicia sua atuação conforme preceitua ainda o Supremo Tribunal Federal:

> Portanto, se existe suspeita ou a confirmação que a criança encontra-se em território brasileiro, deverá o interessado procurar a autoridade central de seu país, cujo rol pode ser encontrado no sítio da Haia (www.hcch.net), a qual receberá o pedido e quando estiver com os documentos completos enviará para a autoridade central brasileira, que analisará a solicitação da autoridade estrangeira, e buscará diligenciar para promover um acordo amigável entre as partes. Não sendo possível o acordo, e entendendo possível a aplicação da convenção encaminhará os documentos para a Advocacia Geral da União, que analisará a possibilidade de ingresso da ação de repatriação e, em sendo possível, a AGU ajuíza um pedido perante à Justiça Federal (BRASIL, 2014, s.p.).

Assim sendo, havendo suspeita ou confirmação de remoção ilegal de uma criança, bem como configurada a titularidade do direito de guarda para os fins da Convenção e sendo a mesma violada, a aplicação da Convenção de Haia deve ser aplicada ao caso, afinal garante o artigo 4º da mesma: "A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos". Ressalta-se ainda que sendo a mesma aplicável é possível em caráter de excepcionalidade proceder à recusa de sua restituição pela incidência de regra estipulada na própria Convenção.

3.7 Exceções ao retorno da criança

De acordo com a Convenção o retorno da criança transferida ou retida ilegalmente para local diverso de sua residência habitual é a melhor solução, pois atende aos interesses garantidos no artigo 227 da Constituição Federal de 88. A comprovação de risco grave para a criança no seu retorno torna-se óbice para esse intento, não implicando no descumprimento da Convenção e sobre o assunto chancela Martins (2013, p. 89):

> Segundo os pesquisadores, uma alta taxa de rejeição de pedidos de restituição não significa, necessariamente, uma aplicação inadequada da Convenção da Haia de 1980, uma vez que o próprio texto prevê hipóteses que excepcionam a obrigação de retorno imediato. No entanto, quando um país, em particular, apresenta uma alta taxa de decisões judiciais de improcedência, tal situação deve ser analisada com cautela.

Tendo sido a Convenção de Haia de 1980 incorporada às leis brasileiras há de se convir que as legislações sejam rigorosamente manejadas, não ferindo qualquer direito garantido às crianças e sim velando pela proteção integral das mesmas cabendo aos magistrados aplicá-las e interpretá-las corretamente, sendo as exceções restritas e passíveis de serem analisadas de acordo com cada situação em particular.

A Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças determina no seu artigo 12:

> Artigo 12 – Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança (BRASIL, 2000, p. 4).

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança.

Percebe-se que a Convenção se preocupa com a celeridade para restituir a criança retida indevidamente no menor espaço de tempo possível, não permitindo tramitações exageradas do processo, de tal sorte a premiar o sequestrador que tendo agido ilegalmente poderia se beneficiar da situação pela demora da justiça, afinal se decorrido um ano entre a data da transferência ou retenção indevida, mesmo que o retorno possa ser concedido, o sequestrador tem a seu favor a presunção de que a criança já está totalmente adaptada em sua nova residência.

Desta forma, o tempo torna-se essencial para aplicação da Convenção, pois se a criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida num período de menos de um ano seu retorno deverá ser determinado imediatamente, o que nem sempre é fácil, vez que o Brasil conta com uma enorme extensão territorial acarretando dificuldade para a localização exata da criança, fatores estes que acabam por contribuir na morosidade do procedimento judicial. E embora haja a previsão de que após o prazo de um ano a autoridade deve ordenar o retorno da criança o requisitante perde a presunção em seu favor da adaptação da criança que se deseja repatriar, podendo o prazo impedir o retorno da criança ao seu Estado de residência habitual.

O artigo 13 da Convenção da Haia de 1980 prevê:

> Artigo 13 – Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição, (sic) ou organismo que se oponha a seu retomo provar: a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança (sic) não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto (BRASIL, 2000, p. 4).

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste artigo as autoridades judiciais ou administrativas deverão levar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

A Convenção determina o retorno da criança ao seu país de origem pela autoridade respectiva conforme determina o artigo 12 já verificado. Entretanto, o artigo 13 trata das exceções ao retorno da criança e estipula as situações em que o magistrado pode recusar o retorno da criança ao Estado de sua residência habitual.

> Portanto, as únicas hipóteses que autorizam a autoridade judicial a não ordenar o retorno da criança, previstas no artigo 13, dizem respeito: a) ao não exercício efetivo, pelo genitor (instituição ou organismo) abandonado do 'direito convencional de guarda'; b) ao consentimento ou concordância posterior, do genitor (instituição ou organismo) abandonado à transferência ou retenção; c) à exposição da criança, em seu retorno ao local de sua residência habitual, a risco grave de perigos de ordem física ou psíquica ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável; e; por fim, d) oposição da criança – desde que sua idade e grau de maturidade sejam apropriados para que sua opinião sobre a questão seja levada em consideração (MARTINS, 2013, p.118).

Provando a parte que se opuser ao retorno da criança as exceções do artigo 13 a Autoridade do Estado requerido estará desobrigada de promover a restituição da criança ao seu local de residência habitual, afinal as informações sobre a situação da criança deverão ser levadas em consideração por alguém que não esteja diretamente envolvido na situação e defenda os interesses da criança e prime exclusivamente pelo seu melhor interesse.

E, finalmente, o artigo 20 da Convenção em questão determina que o retorno da criança poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido, ou seja, aquele para o qual a criança foi levada com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O Princípio do melhor interesse da criança é resguardado amplamente na Legislação Brasileira, sendo inclusive a mesma nos dias hodiernos sujeitos de direitos, conforme o artigo 100, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Artigo 100 [...] I – condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal" (BRASIL, 2013, p. 949).

Além do princípio do melhor interesse da criança ser amparado pelas Leis Pátrias o mesmo também é de suma importância no cenário jurídico internacional, sendo de grande valor, pois visa à conservação da criança em seu seio doméstico, conforme preceitua o artigo 3º da Convenção Sobre os Direitos das Crianças (Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990):

> Artigo 3º: 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. 2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. 3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada (BRASIL, 1990, p. 3).

Por sua vez o princípio tem como ponto central o respeito ao direito das crianças e embora o referido princípio não esteja expresso na Constituição Federal de 88 e nem no Estatuto da Criança e do Adolescente pode o mesmo ser encontrado implicitamente no artigo 227 da Carta Magna Brasileira, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à mesma os direitos necessários para que sua integridade física e bem estar sejam mantidos.

> Constitui direito fundamental, protegido pela Constituição, o princípio da proteção do melhor interesse da criança. Seu efeito irradiador atinge todo o sistema jurídico nacional, tornando-se o vetor axiológico a ser seguido quando postos em causa os interesses da criança. Sua penetração no ordenamento jurídico tem o efeito de condicionar a interpretação das normas legais (ARAÚJO, 2011, p. 558-9).

Neste diapasão o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 1º dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente, e anote-se que o artigo 3º do Estatuto assegura à criança e ao adolescente os direitos fundamentais:

> Artigo 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 2013, p. 937).

Desta forma, a criança conta com o respaldo jurídico para resguardar os seus interesses, destarte para que a mesma possa ser capaz de exercer os seus direitos faz-se necessária a atuação dos pais na sua educação para que a mesma no futuro esteja preparada para assumir a condição de adulto sendo capaz de tomar suas próprias decisões.

4.1 Finalidade da convenção e o princípio do melhor interesse da criança

Anote-se que a Convenção da Haia em seu preâmbulo destaca que o interesse da criança deve ser observado:

> Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância (sic) em todas as questões relativas à sua guarda.Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita (BRASIL, 2000, p. 1).

Assim, a Convenção além de assegurar o retorno imediato da criança ilicitamente transferida dispõe que o interesse dela é tido como primordial importância.

Entretanto, faz-se oportuno registrar que a aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos, conforme determina o seu artigo 4º:

> Artigo 4º - A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos (BRASIL, 2000, p. 2).

Finalmente a Convenção visa assegurar o retorno da criança ao seu Estado de residência habitual, vez que a transferência ilícita da mesma não influencia na sua residência habitual, devendo sua guarda ser discutida em seu Estado, a qual não pode ser discutida por intermédio da Convenção da Haia, resguardando a mesma o princípio do melhor interesse da criança.

CONCLUSÃO

O vínculo conjugal existente desde a criação do mundo transformou-se em vínculo afetivo, nascendo a base familiar à qual o Estado assegura proteção desde a sua constituição. Assim, o ser humano conta com uma série de princípios que garantem a sua dignidade, afetividade, proteção às crianças e adolescentes e convivência familiar. Não obstante, devido à globalização surge a mobilidade das pessoas e com esta facilidade as famílias passam a ser compostas por pessoas de nacionalidades diversas e quando nascem os filhos, havendo a desunião entre o casal, nasce o conflito e então para dirimir a questão surge a Convenção de Haia Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores para regular a situação dos menores que porventura se tornem vítimas da disputa entre os próprios pais.

A criança acaba tendo sua formação comprometida, pois é retirada de sua residência habitual, e então a Convenção que tem como cerne o respeito ao direito das crianças protege seus interesses. Assim, para proteger os interesses dos infantes a Convenção, embora não seja plenamente eficiente, ainda é uma das únicas alternativas para proteger o melhor interesse da criança ao primar pelo retorno imediato ao local de sua residência habitual.

Embora a Convenção tenha sido concluída em 1980 a mesma só passou a integrar a Legislação Brasileira em 14 de abril de 2000, por meio do Decreto de nº 3.413 e tem ainda como hipótese a cooperação jurídica internacional, pois a Autoridade Central do Estado requerido necessita de um mandado judicial para busca, apreensão e restituição da criança para que a medida solicitada seja cumprida. Ressalte-se que no Estado Brasileiro a Autoridade Central Brasileira – Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, não tem competência para provocar o Estado requerido; tal provocação deve ser feita por intermédio da Advocacia Geral da União que tem dever constitucional de além de cumprir, fazer cumprir

as obrigações internacionais impostas ao Brasil.

Para a União não interessa com quem ficará o menor, vez que quem define sua guarda é o local de sua residência habitual, competindo à União tão somente prestar a cooperação jurídica internacional entre os Estados Contratantes, não tratando portanto das questões de guarda e sim sobre a jurisdição, pois a justiça deverá ir aonde for necessário para encontrar as partes envolvidas no sequestro parental internacional. A problemática não se limita somente ao direito de família, mas deve se ater ao cumprimento da cooperação jurídica internacional em prol do direito resguardado ao menor.

Diante do impasse do cumprimento da cooperação jurídica internacional o Julgador se vê diante do conflito de julgar o caso concreto, o qual lhe é imposto pela ordem pública e o princípio do melhor interesse da criança, não devendo ainda se esquecer da segurança jurídica que deve haver nas relações internacionais, sendo o menor o foco principal da Convenção; o mesmo não deve passar ileso diante do prejuízo advindo da conduta ilícita contra ele praticado pois se não for repatriado pelo Estado de sua residência habitual, ficará à mercê de prejuízos condicionados ao seu desenvolvimento e certamente com um forte abalo psicológico.

De tal sorte que a criança Sean Goldman, apesar de ter sido vítima do Sequestro Parental, tenha sido inicialmente privado do convívio paternal em sua residência habitual teve a Convenção a seu favor e foi amparado pelo princípio do melhor interesse da criança.

Diante do exposto, infere-se que apesar da Convenção de Haia Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores ser o único mecanismo internacional para solucionar os casos de sequestro parental internacional de menores a mesma não é tão eficaz, vez que somente pode ser aplicada aos Estados Signatários e não há previsão de sanção para os Estados que não a cumprirem, restando somente a possibilidade de uma negociação amigável ou uma solução diplomática para a questão.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de. ***Direito internacional privado***: teoria e prática brasileira. 5.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BÍBLIA SAGRADA POPULAR. Edição Contemporânea de Almeida. São Paulo: Editora Vida, 1990.

BOLETIM IBDFAM nº 78/13 janeiro/fevereiro 2013.

BRASIL. *Cartilha de Combate à Subtração Internacional de Crianças*. Disponível em: <www.agu.gov.br/dpi>. Acesso em: 07 maio 2014.

BRASIL. *Decreto nº 3.413/2000.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ decreto/D3413.htm. Acesso em: 07 maio 2014.

BRASIL. *Decreto nº 3.951/2001*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ decreto /2001/D3951.htm. Acesso em: 07 maio 2014.

BRASIL. *Decreto nº 99.710/90*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto /1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. Lei complementar nº 73/1993 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ lei/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 07 maio 2014.

CORREIO BRAZILIENSE. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/ noticia/brasil/2009/12/22/interna_brasil,162553/gilmar-mendes-cassa-liminar-e-determina-que-sean-goldman-seja-entregue-ao-pai.shtml. Acesso em: 08 julho 2014.

CUNHA, Jr. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia e NICOLETE, Juliana. **Vade Mecum compacto** / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9. ed. rev. atual e ampl. de acordo com Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens): Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 22. ed. Rev. e atual. De acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. v. s.

ERNESTO, Alexandre. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana:** Excelência em Instituição Jurídica. Goiânia: Kelps, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** volume 6: Direito de família – As famílias em perpectiva constitucional. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Natalia Camba. **Subtração internacional de crianças:** as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças: interpretação judicial da adaptação da criança. Curitiba, PR: CRV, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de direito internacional público.** São Paulo: Saraiva, 2006.

SIFUENTES. Mônica. **Sequestro interparental:** a experiência brasileira na aplicação da convenção de haia 1980. Disponível em: http: // www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/legislacao-e-publicacoes/sequestro-interparental-a-experiencia-brasileira-na-aplicacao-da-convencao-de-haia-1980. Acesso em: 05 maio 2014.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro:** a interface da psicologia com o direto nas questões de família e infância. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Combate ao sequestro internacional de crianças**. Disponível em: http:// www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp? Pagina=pedido Repatriacao. Acesso em: 21 maio 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2.ed. rev. e atual. de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09 – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DIREITO DA SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS: A INCONSTITUCIONALIDADE SE COMPARADA AO DO DIREITO DOS CÔNJUGES

RIGHT OF THE COMPANION'S SUCCESSION: UNCONSTITUTIONALITY COMPARED TO THE RIGHT OF THE SPOUSES

Chirlley Daiany Mendes de Oliveira[11]
Luciana Aparecida Resende Nascimento[12]

RESUMO

O presente trabalho requer o estudo para abordar o direito sucessório do companheiro e do cônjuge no Código Civil de 2015. O referido tema dispensa tratamento totalmente inconstitucional a quem matinha uma união com o de cujus em regime matrimonial e em regime de união estável. Serão abordados, no referido trabalhos, as diferenças, entre os dois institutos sendo observados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, abordando as principais controvérsias do sistema e a violação ao princípio da igualdade, da premissa que uma vez que cônjuges e companheiros não apresentam tratamento igualitário, o que ocorre e uma desigualdade perante a matéria se sucessão, bem como será feita uma análise acerca da inconstitucionalidade do art. 1.790, que disciplina a sucessão do companheiro, e será demonstrado o entendimento atual do tema nos nossos Tribunais.

Palavras-chave: Casamento. Companheiro. Cônjuge. Direito das sucessões. União estável.

ABSTRACT

This work requires the study to address the succession law fellow and spouse in the Civil Code of 2015. That issue layoff totally unconstitutional treatment who maintained a union with the deceased in matrimonial regime and stable regime. Will be addressed in that work, the differences between the two institutes being observed the doctrinal and jurisprudential understanding, addressing the system's main controversies and the violation of the principle of equality, the premise that since spouses and partners do not have equal treatment, what happens and inequality before the matter is succession and will be an analysis of the unconstitutionality of art. 1,790, which governs the succession fellow, and will be shown the current understanding of the issue in our courts.

Keywords: Marriage. Partner. Spouse. Inheritance law. Stable union.

INTRODUÇÃO

De um lado temos a Constituição Federa reconhecendo a união estável como uma entidade familiar e, do outro, mais precisamente o Código Civil de 2015, nos deparamos com distintas discriminações conferidas à referida matéria. Esse e o problema existente, que decorre no direito sucessório da união estável.

Diante das premissas iremos definir o que e a União estável: é quando duas pessoas vivem juntas como se marido e mulher fosse, sem que exista algum impedimento legal, caso exista algum impedimento legal e mesmo assim vivam como marido e mulher a situação é chamada de concubinato, exemplos de impedimento são: pessoas já casadas com outras, ou então viúva com o autor do homicídio do falecido marido. A diferença que se encontra entre o

[11] Bacharel em direito pela FAQUI, 2016.

[12] Possui graduação em Pedagogia Licenciatura plena pela Fundação Educacional de Lavras (1988), Bacharel em Direito pela Universidade de Rio Verde (2008) e especialização em auditoria e perícia ambiental pela Universidade de Rio Verde (2009). Foi servidora publica por 18 anos, atuando como Oficial Judiciário no Cartório do 3 Ofício de Notas, 3 Secretaria Criminal e 2 Vara Cível. Atualmente exerce advocacia em Rio Verde/GO e é professora na Faculdade Objetivo, onde ministra as disciplinas: Direito Constitucional, e Direito Administrativo. Professora na faculdade de Quirinopolis/Go, desde 2013, onde ministra as disciplinas> D,Constitucional , Processo Civil, Cooperativismo, Empresarial.

casamento civil e a união estável é o regime de bens, na união estável prevalece à comunhão parcial de bens, enquanto no casamento civil existe a possibilidade de escolha de diversas formas de regime já previstas.

Nas palavras de Francisco José Cahali a União Estável: "É o vínculo afetivo entre homem e mulher, como se casados fossem, com as características inerentes ao casamento e a intenção de permanência da vida em comum" (FONTANELLA, 2011).

A família é o mais puro exemplo de agrupamento humano, a qual, desde os primórdios, é observada como centro e base da formação da sociedade. O que de início, surgiu como meio de acúmulo patrimonial, no qual a pretensão era unir as famílias com o intuito de acumular quantas mais riquezas possíveis, logo deram espaço aos laços afetivos que, com a evolução da sociedade, passaram a ser o objetivo principal da união das pessoas, com o fim de formar uma família, sob o prisma da relação sentimental. Se antes predominava a união pelo ter, nos dias de hoje, e, o princípio da dignidade da pessoa humana, a família é instituída pelo ser.

É nesse contexto que as famílias brasileiras sofreram significante mudanças com o advento da Constituição Federal de 1988, iniciando-se assim um processo de constitucionalização do direito civil e neste contexto dando mais amparo ao conceito de família, de modo a abranger outras espécies de relações afetivas, que não somente aquelas tidas como matrimonias.

Fontanella (2011) continua afirmando que, contudo deve ser observado que até a Constituição de 1988 o legislador ordinário somente era passível para o casamento as relações advindas ente homens e mulheres, sendo que outas formas de união vista com certa discriminação. O legislador passa a reconhecer a família como parte da sociedade e reluz no artigo 226 da Constituição Federal um enunciado exemplificativo do que venha a figurar como entidade familiar, no qual, dentre as citadas espécies, encontra-se inserido no, §3º, a união estável.

A problemática deste estudo está em assimilar os direitos perante o estatuto da sucessão, juntamente para aqueles que convivem na forma de união estável. A qual se comparada para aqueles que convivem sob um regime de casamento, diante do fato em que a Constituição Federal de 1988 traz sobre a jurisdicização sobre as relações existentes fora do casamento.

Presumindo estudo visa Reconhecer o direito sucessório para a união advinda sob aqueles que convivam juntos, união estável sobre um Novo posicionamento jurisprudencial brasileiro moderno.

O Código Civil de 2002 no mesmo sentido confere direitos aos companheiros, com a partilha dos bens adquiridos onerosamente durante a convivência da união estável. E quanto ao direito sucessório traz no artigo 1.790 e seus incisos a regra para a ordem de concorrência, porém analisa a concorrência do companheiro sobrevivo com os colaterais.

A importância do estudo para a sociedade e o que se pretende não é sobrecarregar a legislação com regulamentos excessivos, mas sim a equiparação para garantir aos companheiros maiores direitos aos quais fazem jus no direito sucessório. Apenas se preza por uma igualdade na qual seria justo uma reforma legislativa, pois se a união estável é considerada como uma entidade familiar para efeitos da proteção do Estado.

Para abordar ao tema utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, web grafias, livros, artigos, jurisprudência e qualquer outro material que se torne se grande importância para estudo ao tema aqui proposto, e reforçar que o foco do estudo e voltado diretamente ao direito sucessório na união estável.

1 O DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Contexto de entidades familiares na constituição

As constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando de forma alguma as relações familiares. Na Constituição de 1981 há um único dispositivo (art.72, parágrafo 4°) com o seguinte enunciado: '*A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita'*. Compreende-se a exclusividade do casamento civil, pois os republicanos desejavam concretizar a política de secularização da vida privada, mantida sob o controle da igreja oficial e do direito canônico durante a Colônia e o Império.

Em contrapartida, as Constituições do Estado social brasileiro (1934 a 1988) democrático ou autoritário destinaram à família normas explicitas. A Constituição democrática de 1934 dedica todo o capítulo à família, aparecendo pela primeira vez à referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subsequentes.

Na Constituição autoritária de 1937, a educação surge como dever dos pais, os filhos naturais são equiparados legítimos e o Estado assume a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais. A Constituição, democrática de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, à infância e a adolescência.

Observaremos a evolução diante do Código Civil o qual durante anos tentou disciplinar o tema: "Evolução do direito de família e a mudança de paradigma das entidades familiares" (GOMES, 2007). O crescimento e consolidação do cristianismo, com poder moral, social e até temporal sobre muitos povos, ocasionou o desenvolvimento de sua própria legislação, o Direito Canônico, para o qual o matrimônio é indissolúvel, com raríssimas situações de exceção e sendo um sacramento, o divorciado de casamento religioso com efeito civil, não pode contrair novas núpcias na Igreja Católica.

Assim, a primeira lei que surgiu para regulamentar o direito de família de acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, era conhecida como a lei do pai, "uma exigência da civilização na tentativa de reprimir as pulsões e o gozo por meio da supressão dos institutos".

Muito embora nosso Código Civil de 1916 não tenha definido o instituto da família, condicionou a sua legitimidade ao casamento civil, sem fazer qualquer alusão ao casamento religioso, conforme podemos observar no artigo 229, *in verbis*: "Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos". O Primeiro grande efeito jurídico do casamento, no Código Civil de 1916, era o de legitimar a família.

O antigo Código Civil de 1916 correspondia a uma família do início do século passado, constituída apenas pelo matrimonio, única forma de entidade familiar aceitável na época. Visto o seu caráter patrimonial, não era permitida a dissolução do casamento por que correria o risco do patrimônio adquirido na instância do casamento passar a mão de terceiros. As famílias que eram constituídas sem os sagrados laços matrimoniais, atualmente conhecidas como uniões estáveis, não eram reguladas pelo Código, que trazia a expressão concubinato para classificar esses tipos de vínculos. Os filhos havidos nessa relação eram considerados ilegítimos, justamente para punir e excluir qualquer possibilidade de direitos.

A evolução por qual passou a sociedade, inclusive a família, impulsionou sucessivas transformações legislativas, para poder se adequar ao momento histórico vigente. Surgiu então de forma bastante expressiva, o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), que foi um movimento das mulheres que ficavam reduzidas ao estado de relativamente incapazes e submetidas, assim, a uma curadoria do marido, contra o então vigente Código Civil de 1916, no qual a mulher casada era considerada incapaz do ponto de vista civil, o que só foi modificado em 1962, com a aprovação do Estatuto que equiparou os direitos dos cônjuges, e devolveu a

plena capacidade a mulher casada, e resguardava agora os bens adquiridos com o fruto do seu trabalho, e ainda lhe assegurava o direito à propriedade de forma exclusiva.

Até o ano de 1977 não existia o divórcio. O único instituto comparável a ele era o desquite, que não dissolvia a sociedade conjugal e impedia o novo casamento. Porém, mesmo diante de tantos empecilhos, nada impediu que relações extramatrimoniais fossem surgindo sem, contudo, o devido amparo legal. Mesmo com a promulgação da Lei do Divórcio em 1977 (Lei 6.515/77 e EC 9/77), como a família ainda lograva de uma visão matrimonial, o desquite se transformou em separação, passando então a vigorar duas formas de romper os vínculos sagrados: o divórcio e a separação. Na tentativa de manter a família unida, ("não separe o homem o que Deus uniu"), eram exigidos longos prazos, ou ainda a identificação de um culpado pela separação, dessa forma, 'a vítima' poderia intentar uma ação no processo de separação. O identificado como culpado pela destituição do casamento perdia o direito a alimentos e era retirado o sobrenome do cônjuge. Também eram sujeitos a tais penalidades aquele que tomava a iniciativa de romper o vínculo matrimonial sem atribuir responsabilidades.

O surgimento de novos paradigmas, a mudança na realidade do país, e a evolução dos costumes desencadearam uma mudança na própria estrutura social. Após a superação de obstáculos ainda maiores ao desenvolvimento da igualdade e democracia a nível nacional e internacional, como, por exemplo, a jovem luta política contra a ditadura, a evolução do movimento feminista, defendendo, entre outros pontos, a efetiva e justa inserção das mulheres no mercado de trabalho, e a revolução sexual.

Com todas essas transformações à baila, ocorreu a promulgação da Constituição Federal de 1988, carinhosamente conhecida como Constituição Cidadã, que renovou o significado da família, segundo sua organização, passando a disciplinar de forma igualitária todos os membros, bem como suas respectivas funções. Tanto que a isonomia familiar, preconizada pela CF/88, foi considerada uma das maiores conquistas sociais no Direito brasileiro.

A sucessão consagrada pela Constituição Federal Brasileira determina a obrigação do Estado de assegurar ao indivíduo a possibilidade de transmitir seus bens aos sucessores, pois, assim fazendo, estimula-o a produzir cada vez mais, o que coincide com o interesse da sociedade (CF/1988, art. 5º, XXII e XXX). Desse modo, reconhece-se a importante função social desempenhada pela sucessão hereditária.

A Constituição Federal de 1988 introduziu relevantes mudanças no conceito de família e no tratamento dispensado a essa instituição considerada a base da sociedade. Podem ser apontados quatro vertentes básicas ditados pelos artigos 226 e seguintes da Carta Constitucional

* ampliação das formas de constituição da família, que antes se circunscrevia ao casamento, acrescendo-se como entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes;

* facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto após dois anos de separação de fato, e pela conversão da separação judicial em divórcio após um ano;

* igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal;

* igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-se a todos os mesmos direitos e deveres e sendo vedada qualquer discriminação decorrente de sua origem.

A Constituição concedeu igual proteção à família constituída pelo casamento quanto as uniões surgidas fora dele, que foram denominadas de uniões estáveis. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não no casamento, excluindo de vez a expressão filhos ilegítimos, concebeu a adoção como forma igualitária de filiação, proporcionando direitos e qualificações

idênticas a da filiação biológica. Os novos rumos assumidos pelo Direito de Família encontravam desafios para superar o sistema jurídico privado clássico e adequar-se ao modelo constitucional esculpido pela Constituição Federal de 1988, cuja estrutura é plural e fundada em princípios da promoção da dignidade humana, da solidariedade, onde a família é concebida como referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade de seus membros.

Com efeito, a Lei Maior, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de entidades familiares fora do casamento e, nessa senda, alargou o conceito de família, que antes, de forma completamente distanciada da realidade social, estava ligado apenas ao do matrimônio. Nesse sentido, a constituição de 1988 reconheceu formas entidades familiar à margem do casamento, evidenciando não ser essencial o nexo família-matrimônio, ou seja, o constituinte apreendeu a família sob o ponto de vista sociológico que não admite esse conceito unitário, mas reconhece que casamento e família são realidades distintas.

Após a carta Magna, o Código de 1916 perdeu sua função de lei fundamental do direito de família. O vigente Código Civil, que muitos doutrinadores ainda chamam de 'novo' entrou em vigor em janeiro de 2003. O projeto original, contudo datava de 1975, sendo, portanto anterior a Lei do Divórcio e a própria Constituição. Como estava em completo descompasso com o ordenamento jurídico, sofreu inúmeras alterações e emendas. Assim o nosso Código de2002, já nasceu velho, porém procurou sempre se adequar e atualizar, sobretudo os aspectos pertinentes à família, e suas alterações sofridas no século XX.

Grande parte de Direito Civil está abarcado na Constituição, que acabou "enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade". A intervenção do Estado nas relações individuais permitiu que novo interpretasse reestrutura-se o Direito Civil a luz da CF/88.

Esse fato encontra respaldo, sobretudo nos moldes do Estado Social que interfere na vida privada dos cidadãos como forma de proteger seus interesses e direitos individuais, em face do Estado Liberal que privilegia antes e acima de tudo a liberdade.

O Direito Civil então se constitucionalizou, e se distanciou do modelo individualista, patrimonialista e conservador da época do Código anterior.

O legislador constituinte alargou o conceito de família, baseado na nova realidade social, e concedeu juridicidade as relações existentes fora do casamento. Afastou a ideia de família com o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. "A convivência com diversas esferas familiares permite reconhecer que houve a necessidade de reestruturar o conceito de família, tida agora como um meio, uma entidade de proteção aos seus membros" (GOMES, 2007).

1.2 Casamento e seus regimes

O casamento como instituição, por sua vez, deriva efetivamente de um sistema organizado socialmente, com o estabelecimento de regras formais, de fundo espiritual ou laico.

Justamente por isso, as referências ao Direito Romano e ao sistema Canônico parecem fundamentais para a sua compreensão no mundo Ocidental.

Em Roma, o casamento era destinado aos homens livres, consistindo em um ato privado, que, todavia produzia efeitos jurídicos.

Na doutrina de Paul Veyne:

> A cerimônia nupcial implicava a presença de testemunhas, úteis em caso de contestação. Existia o costume dos presentes de casamento. A noite de núpcias desenrolava-se como uma violação legal, da qual a esposa saía 'ofendida contra o marido' (que, habitualmente a usar suas escravas, não percebia bem a iniciativa da violação); comumente ocorria que na primeira noite o recém-casado se abstinha de deflorar a mulher, em consideração à sua timidez; neste caso, porém, tinha a compensação de [...] sodomizá-la: Marcial e Sêneca pai o dizem proverbialmente e Casina o confirma (VEYNE, 1989, p. 45).

No que diz respeito aos efeitos do casamento romano, vale transcrever a lição de Camilo de Lelis (2006 p. 1-2): "Os efeitos do casamento romano estavam vinculados, seguramente, aos aspectos materiais do dote, ao nascimento de filhos livres e cidadãos legitimados à sucessão e, naturalmente, ao sentimento de cumprimento de dever, expressos pelos historiadores como normas morais [...]".

Essa utilização do matrimonio como fato jurídico *lato sensu* para a produção de efeitos foi continuamente observada na história da humanidade, inclusive como instrumento para a reunião de patrimônios, como se fosse uma negociação financeira ou, muito vezes, de Estados, notadamente na Idade Média, em que casamentos eram literalmente negociados entre nobres de reinos distintos.

Ademais, não podia descartar por certo a influência da religiosidade na história do casamento, pois a união permitida, em especial, a propagação e a continuidade do culto nas famílias constituídas pelos nubentes.

Como observa Venosa:

> Por muito tempo na história, inclusive durante a Idade Média, nas classes mais nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica. Várias civilizações do passado incentivaram o casamento da viúva, sem filhos com o parente mais próximo de seu marido, e o filho dessa união era considerado filho do falecido. O nascimento de filha não preenchia, pois ela não poderia ser continuadora do culto do seu pai, quando contraísse núpcias. Reside nesse aspecto a origem histórica dos direitos mais amplos, inclusive em legislações mais modernas, atribuídos ao filho e em especial ao primogênito, a quem incumbiria manter unido o patrimônio em prol da unidade religiosa-familiar (VENOSA, 2003, p. 19).

Se durante séculos, confundiu-se o Estado e a Igreja, que passou a estabelecer regras sobre diversos aspectos da organização da sociedade, notadamente no campo das relações familiares, o casamento talvez fosse melhor exemplo dessa ligação.

Assim o mundo Ocidental, de forte influência crista, o casamento fora reconhecido como o único mecanismo legítimo de criação da família.

Desta forma, enquanto o casamento romano nada mais era do que um fato social do qual decorriam certos efeitos jurídicos, para o Direito Canônico, era entendido como o fundamento da sociedade.

Tomando o casamento como um sacramento, respaldava-se a visão de sua indissolubilidade para a igreja, o que influenciou, durante muitos séculos, a normatização jurídica paralela ao Sistema Canônico.

Com efeito, as transformações que sofreu a sociedade ocidental, com a incorporação de novos valores, afetaram sobremaneira a família e, em especial, esse modelo único institucionalizado do casamento, que passou a ser questionado.

Dessa forma, paralelo ao casamento religioso, emergiu um casamento estritamente civil, destinados a todos os cidadãos, independente de credo, consistente em um especial negócio jurídico, embora a disciplina tradicional tivesse pruridos de assim o reconhecer, talvez por influência, da concepção sacramental religiosa, deflagrador de efeitos que os interessados desejassem obter (GAGLIANO, 2015, p. 113-114).

Conforme Gagliano (2015, p. 323) aduz que: "A entrada em vigor do Código Civil de

2002 operou significativa mudança no sistema jurídico vigente, na medida em que suprimiu o antigo (e superado) regime dotal, acrescentando um novo regime (participação final nos aquestos".

Diante do estudo a respeito no regime de bens vamos analisar sobre a premissa que: é o conjunto de regras, que o casal ambos juntos tenham que definir a escolha deste, antes da celebração do casamento, para definir juridicamente como os bens do casal serão administrados durante a união no casamento. Devendo observar que o regime de bens deverá ser escolhido quando o casal adentrar com o pedido da habilitação do casamento. Sendo eles:

- - Comunhão parcial de bens; consistem em todos os bens adquiridos após a data do casamento serão comuns ao casal. Ressaltando que todos os bens adquiridos por cada um individualmente antes da data do casamento permanecem de propriedade individual de cada um, inclusive bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior, como por exemplo, uma herança.
- - Comunhão universal de bens; Todos os bens atuais e futuros de ambos os cônjuges serão comuns ao casal. Para dar entrada ao processo de habilitação de casamento civil com este regime, é necessário que o casal compareça a um tabelionato de notas e faça uma escritura de pacto antenupcial, antes de dar entrada no casamento no cartório.
- - Separação total de bens; Todos os bens atuais e futuros de ambos os cônjuges permanecerão sempre de propriedade individual de cada um. Para dar entrada ao processo de habilitação de casamento civil com este regime, é necessário que o casal compareça a um tabelionato de notas e faça uma escritura de pacto antenupcial, antes de dar entrada no casamento no cartório.

Observações: vale ressaltar que o regime de bens pode ser modificado após o casamento, mediante alvará judicial e ambos os cônjuges estarem de acordo. Sendo também obrigatório o regime de Separação Total de Bens, conforme disposto no Código Civil, no art. 1.641:

> Art. 1641". É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I Das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II Da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III De todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Participação final nos aquestos; Os bens que os cônjuges possuíam antes do casamento e aqueles que adquiriram após, permanecem próprios de cada um, como se fosse uma separação total de bens. Porém, se houver a dissolução do casamento (divórcio ou óbito), os bens que foram adquiridos na constância do casamento serão partilhados em comum.

1.3 União estável e seus regimes de bens

Para chegar ao moderno conceito de união estável, é necessário, antes traçarmos uma importante diagnose diferencial.

No passado, a união não formalizada entre homem e mulher denominava-se simplesmente "concubinato".

Essa palavra com forte carga pejorativa, deriva da expressão latina *concubere,* significa "dividir o leito", "dormir com", ou conforme jargão popular caracterizaria a situação da mulher "teúda e manteúda": "tida e mantida" por um homem (sua amante, amásia, amigada).

Toda essa carga de preconceito refletia, sem sombra de dúvidas, a mentalidade da época.

Não queremos, com isso, dizer que não mais exista o preconceito hoje. Sabemos

perfeitamente que ainda existe. Mas em escala infinitamente menor do que no passado.

O último século apontou, mormente em sua segunda metade, uma nítida mudança de mentalidade a partir dê de uma necessária abertura cultural e da justa conquista de um necessário espaço social pela mulher.

Todo esse processo reconstrutivo por que passou a família concubinária resultou, paulatinamente, na ascensão da concubina do árido vácuo da indiferença e preconceito ao justo patamar de integrante de uma entidade familiar constitucionalmente reconhecida.

E, neste contexto, com alta carga de simbolismo etimológico, o Direito Brasileiro preferiu consagrar a expressões *companheirismo e união estável* - para caracterizar a união informal entre homem e mulher com o objetivo de constituição de família –, em lugar da vetusta e desgastada noção de *concubinato.*

Hoje em dia, o concubinato (relação entre homem e mulher), sob o prisma eminentemente técnico, não pode ser confundido com união estável, uma vez que, a teor do Art. 1.727 do Código Civil: "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".

Posto que possa gerar determinados efeitos jurídicos, não consubstancia em geral um *paradigma* ou *standard familiar,* traduzindo simplesmente, em uma relação *não eventual* entre o homem e a mulher, impedidos de casar.

A união estável por seu turno, não se coaduna com a mera eventualidade na relação e, por conta disso, ombreia-se ao casamento em termos de reconhecimento jurídico, firmando-se como forma de família, inclusive com expressa menção constitucional CF, § 3. ° do art. 226: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Nesse contexto, feitas tais considerações e salientadas importantes diferenças, podemos conceituar a união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família.

Sistematizando nosso conceito, podem ser apontados os seguintes elementos caracterizados essenciais da união estável na sociedade brasileira contemporânea:

> publicidade (convivência pública), em detrimento do segredo, o que diferencia a união estável de uma relação clandestina; continuidade (convivência contínua), no sentido do animus de permanência e definitividade, o que diferencia a união estável de um namoro; estabilidade (convivência duradoura), o que diferencia uma união estável de uma "ficada"; objetivo de constituição de família, que é a essência do instituto no novo sistema constitucionalizado, diferenciando uma união estável de uma relação meramente obrigacional (GAGLIANO, 2015, p. 424).

No entanto, percebe-se que ocorrem elementos fundamentais dos companheiros para ambos optar por uma união estável, não diferenciando do casamento, sendo com o intuito de constituir família, observados que estes direitos e deveres, estão elencados no art. 1724 do Código Civil: "As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

Diante do exposto vimos que, e dever de assistência e obrigação de amparar materialmente o companheiro, contudo, para os companheiros que não optar por nenhuma disposição quanto ao regime de bens, tanto por meio de contrato particular, quanto pela escritura pública, será regulado pelo regime da comunhão parcial de bens, ou seja, para aqueles que vivem na forma da união estável ocorrera como o regime de comunhão parcial de bens.

Se ambos resolverem a formalização, poderá adotar qualquer regime de bens disponível, ou adotar regime próprio, mais enquanto não houver a formalização da união

estável, vigora o regime da comunhão parcial de bens, vale lembrar que decorre deste regime ao casal que vivam em união estável, ao necessitar de eficácia plena, terá que recorrer ao judiciário.

Todavia, na esfera legal sempre existem exceções, lembrando que um dos conviventes for maior de 70 anos, a lei impõe que o regime de bens seja o da separação total de bens (nesse caso, separação obrigatória de bens).

1.4 Meação e sucessão

Com a união estável reconhecida, automaticamente passam a vigorar novas regras patrimoniais entre o casal a depender do regime de bens adotado.

Ainda que a Lei Civil trate o companheiro de forma menos favorecida em relação ao cônjuge quanto às regras de sucessão hereditária, o companheiro(a) não está mais desamparado em 100% das ocasiões como era há tempos atrás.

O convivente, ainda não tem direito à participação na herança do companheiro falecido quanto aos bens particulares (bens adquiridos anteriores ao início da união estável). Também não participa quanto aos bens adquiridos de forma gratuita (como doações e herança).

Somente participara, sobre os bens comuns do casal adquiridos de forma onerosa, isto é, sobre todo patrimônio adquirido pelo casal na constância da união estável resultante de esforço mútuo. Falecendo um dos conviventes ou com a dissolução da união estável, o outro automaticamente recebe metade do patrimônio conjunto, de acordo com o direito de meação (em caso de comunhão parcial de bens) (União Estável: 7 tópicos que irão acabar com todas as suas dúvidas, 2015).

Inicialmente, é necessário ressaltar que meação não se confunde com sucessão. A meação decorre de determinado regime de bens e o conceito vem da ideia de comunhão, que gera um verdadeiro condomínio entre os cônjuges ou companheiros.

Assim, a esposa e marido casados pela comunhão universal de bens são meeiros, ou seja, têm os bens em condomínio, sendo cada um proprietário da fração ideal de 50%.

A meação indica a relação patrimonial dos companheiros durante sua vida. Então, seguindo a determinação do artigo 1.725 segundo a qual os companheiros se sujeitam às regras do regime da comunhão parcial de bens, todos os bens adquiridos por um dos companheiros a título oneroso no curso da união estável, serão de propriedade de ambos (há MEAÇÃO). Com relação aos bens que já possuíam antes da união estável, não há meação, pois são bens particulares de cada um dos companheiros. Em idêntico sentido, os bens adquiridos no curso da união estável a título de doação ou herança.

A meação, portanto, já pertence ao companheiro, mesmo enquanto o outro estiver vivo. Não se trata de sucessão, mas sim de propriedade.

O companheiro já tem a meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável. A outra metade será destinada a sucessão e o companheiro será herdeiro nos termos do artigo 1790, o fato de o companheiro ser herdeiro não significa que ele ficará com a totalidade da herança, pois a sucessão ocorre nos termos dos incisos do art. 1790 do Código Civil:

> A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Quando há o falecimento do companheiro, abre-se a chamada sucessão. Os bens pertencentes ao falecido são transmitidos a seus herdeiros (princípio da saisine). Claro está que só irá para os herdeiros o patrimônio do falecido e não do companheiro sobrevivente. Assim, primeiro se calcula a meação (que pertence ao companheiro sobrevivente) e os bens restantes são transmitidos aos herdeiros (SIMÃO, s.d.).

1.5 Direito real de habitação

Em caso de morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito de habitação sobre o imóvel, residência do casal, enquanto viver ou enquanto não formar nova união estável ou casamento.

É o que diz a Lei 9.278/96, Art. 7°: "Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família".

Entretanto, com o advento do Novo Código Civil em 2002, o legislador se omitiu quanto companheira (o), como previsto no Código Civil em seu Art. 1.831.

> Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

O que se sucedeu foi uma calorosa discussão doutrinária sobre o assunto, sendo que a maioria dos estudiosos do Direito admite a aplicação do artigo 1831 à união estável.

Esse entendimento, portanto, melhor se adequa à visão que a Constituição dá sobre a união estável, qual seja, uma entidade familiar.

Nesse contexto, não foi diferente a apreciação do tema pelo STJ ao admitir o direito real de habitação ao companheiro (a) supérstite.

2 ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2015

2.1 Sucessão do companheiro X sucessão do conjugue

Tanto a Constituição de 1988, quanto as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, caminharam no sentido de elevar cônjuges e companheiros a um patamar de igualdade em matéria de ordem sucessória. Contudo, o Código Civil de 2002, ao dispor sobre a sucessão dos companheiros e dos cônjuges, prevê formas de sucessão muito diferentes para esses dois institutos familiares, situação essa, que por vezes, coloca o companheiro sobrevivente em posição de significativa inferioridade em relação ao cônjuge supérstite (SOUZA, 2014, s.p.).

Conforme Sílvio Rodrigues (2007, p. 117), faz uma análise dos bens adquiridos na Constância da união estável, e conclui que, se durante a união estável dos companheiros, "não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o de cujus tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado

antes de constituir união estável".

Sílvio Rodrigues (2007, p.118), ensina que: "Não se pode chegar à outra conclusão senão a de que o direito sucessório do companheiro se limita e se restringe, em qualquer caso, aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável".

Diante do estudo há de se observar, o que ocorre de fato e uma desigualdade de tratamento no Direito sucessório, ocorre à desigualdade entre o conjugue e convivente sobrevivo, pois aquele é, em certos casos, herdeiros necessários privilegiados, podendo concorrer com descendentes, se preencher certas condições, ou com ascendentes do falecido.

O convivente (companheiro), não sendo admitido como herdeiro necessário, pode ser até excluído da herança do outro, se ele dispuser isso em testamento (CC, art. 1.845, 1.846 e 1.857), sendo, porem direito a sua meação no que trata aos bens adquiridos de forma onerosamente na vigência da união estável.

A relação matrimonial no Direito sucessório prevalece sobre a estabelecida pela união estável, visto que o convivente sobrevivente, não se vê equiparado constitucionalmente ao cônjuge, sendo ele não se beneficiaria dos mesmos direitos sucessórios, autorizado ao cônjuge supérstite ficando em grande desvantagem.

Não poderia ocorrer este tratamento privilegiado, observado do modo de vista que a disciplina legal da união estável tem natureza tutelar, perante que a Constituição Federal a considera como entidade familiar apenas para fins de proteção estatal, por ser fato cada vez mais frequente entre nossa sociedade. Dá-se uma solução humana ao amparar o convivente após o óbito do companheiro, presumindo-se sua colaboração na formação do patrimônio do autor da herança (DINIZ, 2015, p.180-181).

Diante da questão analisaremos o ensinamento de Wald (2015, p. 151), afirma a respeito da sucessão *ab intestato* caberá ao *cônjuge* ou ao *companheiro sobrevivente,* se por ocasião da morte do outro não dissolvido, respectivamente, a sociedade conjugal aqui também inserida a separação de fato há mais de dois anos com culpa exclusiva do sobrevivente (CC, art. 1830) ou a união estável (CC art. 1.790).

Cônjuge: e *herdeiro necessário* no Código Civil (art. 1.845), e pode concorrer com descendentes ou ascendentes do falecido (art. 1.829). *Concorrência com os descendentes:* o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido, salvo se casado pelo regime da comunhão universal ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único): ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (art. 1. 829 I), diante do artigo supracitado relativamente à concorrência dos descendentes com o cônjuge sobrevivente casada sob o regime da comunhão parcial de bens, deve ser no sentido de reconhecer o direito à secessão, quando houver bens particulares deixados pelo falecido, sobre todo o acervo hereditário, e não apenas sobre os bens particulares do falecido.

Na hipótese de o descendente concorrer com o cônjuge sobrevivente, caberá a este "quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer" (art. 1. 832).

Concorrência com os ascendentes: havendo concorrência do cônjuge com ascendentes, ela ocorrerá independentemente de regime de bens (art. 1.829, II). Assim se o cônjuge concorrer com ascendente de 1° grau, a ele tocará um terço da herança; caber-lhe-á metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Ausência de descendentes e ascendentes; caso o falecido não deixe descendente ou ascendente, o cônjuge sobrevivente poderá ser o único herdeiro legítimo, de acordo com o art. 1.839, III, do Código Civil ressalvado a possibilidade excepcional de concorrência com o companheiro sobrevivente, o Código Civil de 2002 exclui da herança o cônjuge quando separado de fato há mais de dois anos salvo, se puder provar que essa convivência se tornou

impossível sem culpa do sobrevivo, além do caso de separação judicial.

Irmãos (colaterais de 2°): se os irmãos concorrem pessoalmente, herdam por direito próprio com partilha por cabeça. Se os irmãos pré-falecidos estão representados por seus filhos, havendo ainda irmãos vivos, dividir-se-á a herança por estirpe. Havendo irmãos bilaterais e unilaterais, os primeiros receberão o dobro dos segundos. Não concorrendo irmãos bilaterais, os unilaterais dividirão a herança entre si igualmente e por cabeça.

Sobrinhos (colaterais de 3°): na falta de irmãos herdam os sobrinhos (CC art. 1.843), concorrendo sobrinhos, herdariam por direito próprio com partilha por cabeça. Concorrendo filhos de irmãos bilaterais com os filhos de irmãos unilaterais, os primeiros receberiam o dobro dos segundos. Concorrendo filhos de irmãos germanos ou de irmãos unilaterais, herdariam todos igualmente. A representação na linha colateral só autoriza os sobrinhos a concorrerem à herança, em nome de seus pais com os seus tios.

Tios e sobrinhos (colaterais de 3°): excepcionalmente, tratando-se de consumo na mesma herança de tios e sobrinhos, herdam estes, excluindo-se aqueles em virtude do *caput* do art. 1. 843, que reconhece na falta de irmãos, o direito à herança dos sobrinhos. Os sobrinhos herdam excluindo os tios.

Tios (colaterais de 3°): o Código Civil só consagra a sucessão dos tios na falta de sobrinhos *de cujus* (art. 1.840).

Sobrinhos-netos, tios-avôs e primos-irmãos (colaterais de 4°): na falta de irmãos, sobrinhos e tios do falecido, os colaterais de 4° herdarão todos na mesma qualidade, conjuntamente, dividindo-se a herança por cabeça.

Comparando os dois institutos há de se notar que o companheiro supérstite não e herdeiro necessário, nem à legítima, mais participa da sucessão do *de cujus,* na qualidade de sucessor regular, sendo herdeiro *sui generis,* ou seja, sucessor regular (visto que não figura na ordem de vocação hereditária) somente quanto à "meação" do falecido relativa aos bens *adquiridos onerosamente na vigência da convivência,* fica de acordo que:

Se concorrer com filhos comuns: fara jus a uma quota equivalente à que, legalmente, couber a eles. Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns";

Se concorrer com descendentes: (filhos, netos, ou bisnetos, por direito de representação), só do *de cujus,* terá direito à metade do que couber a cada um deles;

Se concorrer com outros parentes sucessíveis: (ascendentes ou colaterais até o 4° grau), estes receberão 2/3, pois lhe tocará 1/3 de herança, para que não fique em posição superior à do cônjuge;

Não havendo parentes sucessíveis: terá direito à totalidade da herança. (DINIZ, 2015. p. 173-175).

2.2 Da vocação

No que tange ao dispositivo, fica determinado que a lei beneficiará aos membros da família, no que se refere à vocação hereditária, diante do novo conceito de família, visto que deste modo agregando mais valor ao cônjuge sobrevivente em concorrência com os descentes, que não era possível antes.

Como consta no artigo 1829, do Código Civil, da ordem da vocação hereditária, em seu inciso I, A sucessão legítima ocorre na seguinte ordem: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecimento no regime da comunhão universal, ou na separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou se, no regime da

comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Há de se observar que ocorreu uma alteração, visto que no Código de 1916, o cônjuge era classificado em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária, isto que só ocorreria após os descendentes e ascendentes, sendo ainda possibilidade de ser afastado da sucessão por via testamentária, sendo que não era se quer considerado como herdeiro necessário.

O que ocorre, e que, para que o companheiro (a) participe da sucessão atendera o que está disposta no artigo 1790 CC na seguinte forma:

> Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Diante ao analisar o artigo, a impressão que é transmitida por Venosa (2015, p. 158), "e de que o legislador teve esforços em classificar a companheira ou o companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária".

Preceitua o art. 1.790 que o companheiro participará da sucessão hereditária, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Sendo assim, percebe-se que há uma inconstitucionalidade de direitos quanto à sucessão do cônjuge sobrevivente, pelo qual é qualificado como herdeiro necessário junto aos descendentes e ascendentes do de cujus.

Desta forma, aduz Diniz (2007, p.142):

> O companheiro supérstite não é herdeiro necessário, nem tem direito à legítima, mas participa da sucessão do de cujus na qualidade de sucessor regular, sendo herdeiro sui generis, ou seja, sucessor regular (visto que não figura na ordem de vocação hereditária).

O artigo e de grande importância, visto que a questão antes não seria reconhecida no direito sucessório para aqueles que de fato não possuíam matrimonio. Contudo com a vacância da atual Constituição Federal de 2002, quem convive nesta posição pode participar, como retrata Rodrigues:

> No entanto, ao regular o direito sucessório entre companheiro, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente, nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva ou o viúvo, o Código Civil coloca os partícipes de união estável, na secessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo status sucessório dos conjugues. [...] Diante desse surpreendente preceito, redigido de forma inequívoca, não se pode chegar à outra conclusão senão a de que o direito sucessório do companheiro se limita e se restringe, em qualquer caso, aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. [...] sendo assim, se durante a união estável dos companheiros, não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o de cujus tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado antes de constituir união estável (RODRIGUES, 2007, p. 117).

Deixando bem explicito que o companheiro terá direito realmente no que se refere aos bens adquiridos onerosamente em conjunto durante a união.

2.3 A incompatibilidade do direito sucessório do companheiro

O Código Civil de 2002 não trata o companheiro sobrevivente como herdeiro

necessário, conforme ocorre com o cônjuge supérstite. (art. 1845), a sucessão do companheiro no Código Civil apresenta nítida confusão entre herança e meação, institutos diversos, o primeiro de direito de sucessões, e o segundo de direito de família, e que não mereciam ser confundidos pela lei, devendo ser considerado que o dispositivo do art. 1790 do CC é inconstitucional materialmente, porquanto no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo (CF, art. 226, *caput,* e § 3°.), ele retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros.

Pressupondo a não consideração da inconstitucionalidade total (ou parcial) do art. 1790 do CC, a sucessão do companheiro efetua-se da seguinte forma:

> Art. 1.790, a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O artigo 1790 do CC não contempla expressamente a hipótese em que o companheiro concorre com descendentes comuns e exclusivos do falecido relativamente aos bens adquiridos durante a união fundada no companheirismo, mas é possível interpretar o dispositivo e solucionar a questão, diante da inserção do advérbio "só" no inciso II do art. 1790.

E totalmente despropositado considerar a possibilidade de o companheiro sobrevivente concorrer com os parentes colaterais do *de cujus* apenas na fração de um terço sobre os bens adquiridos a título oneroso durante a união, já que quanto aos outros bens os colaterais herdarão sozinhos, sem a presença só companheira sobrevivente (Word & CAVALCANTI, Ana Elizabeth L.W, 2015 p. 153).

Exista a possibilidade de concorrência entre cônjuge e companheiro, pois o falecido pode ter-se separado de fato do cônjuge – sem culpa deste e, no período de separação de fato, por no mínimo dois anos, haver constituído nova família com base na união estável, o que, inclusive, é previsto expressamente no art. 1.723,§ 1°: § 1o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Dias (2008, p. 66) declara como inconstitucional o tratamento diferenciado do companheiro sobrevivente no Código Civil.

> O companheiro nem foi incluído na ordem de vocação hereditária. O seu direito hereditário encontra-se previsto entre as disposições da sucessão em geral, em um único artigo com quatro incisos (CC 1790). Esse tratamento diferenciado não é somente perverso. É flagrantemente inconstitucional

De modo que, tendo em vista a inconstitucionalidade do referido enunciado no que se refere ao direito do companheiro em relação ao cônjuge no Código Civil de 2002 e a seus princípios constitucionais, creio que o artigo1790 do CC em breve será declarado inconstitucional.

Desta forma, salienta Veloso (2003, p.34) apud Gonçalves (2007, p. 177):

> Colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com que viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e pareço, e que é tão digna quanto à família fundada no casamento.

O que pode se notar e que o Código Civil trata as relações de união estável em situação inferior à que condiz ao casamento, apesar de que das duas instituições ter o mesmo significado

final na Constituição Federal. Porém os Tribunais brasileiros têm um novo posicionamento a respeito da matéria.

3 NOVO POSICIONAMENTO DA UNIAO ESTÁVEL

3.1 Código Civil de 2002 princípios da vedação ao retrocesso social

Perante a Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo 3º, se refere: "para efeitos de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento", porém no artigo 1.790 do Novo Código fica evidente o retrocesso quando comparado com as leis n.º 8.971/94, a qual regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. E a 9.278/96.

Que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Tal artigo Constitucional teve a intenção de conceder os mesmos direitos do cônjuge ao sobrevivente, podemos dizer que tal artigo é uma norma de eficácia limitada e por isso não possui aplicabilidade imediata, com o advento das leis supramencionadas é que se tornou possível a aplicação do dispositivo constitucional.

Outros estudiosos como Elisa Costa Cruz, retratam que a nossa Carta Magna não reserva nenhum tipo discriminatórios quanto às reconhecidas entidades familiares, não consta qualquer elemento discriminatório dessa entidade familiar pelo artigo 226, pois tanto os cônjuges como os companheiros constituíram família atendendo os requisitos legislativos e sociais, concluindo que o tratamento dispensando na legislação infraconstitucional vai de encontro ao que estabelece a Constituição Federal.

Neste artigo acredita-se que a Carta Magna em seu artigo 226, parágrafo 3, ao comparar união estável à entidade familiar foi no sentido de garantir os mesmos direitos dispensados ao cônjuge, tendo em vista que milhares de famílias que vivem nesta condição (união estável) por não saberem como oficializar sem que haja custos ou até mesmo pela praticidade.

O Superior Tribunal de Justiça, através da Ação de Inconstitucionalidade n°70029390374, que teve como relator, Des. Leo Lima, reconheceu a inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1.790 do Código Civil, *in verbis:*

> INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, POR MAIORIA. (TJRS – Arguição de Inconstitucionalidade nº 70029390374 – Porto Alegre – Órgão Especial – Rel. Des. Leo Lima – Rel. para o acórdão Desa. Maria Isabel de Azevedo Souza – DJ 11.05.2010).

Há também posicionamentos contrários a equiparação, chegando inclusive a negá-la, conforme o pensamento de Luiz Victor Monteiro Alves (2004), veja:

> Não se pode olvidar que a Constituição não equiparou a união estável ao casamento do ponto de vista institucional, apenas garantiu às relações de fato a proteção estatal, estabelecendo a necessidade de lei ordinária que disciplinasse a união estável no tocante aos requisitos fundamentais para sua constituição, bem como precisasse os efeitos patrimoniais desta sociedade por ocasião de sua dissolução, seja por convenção das partes ou pela superveniência da morte de um dos participantes.

Para Giselda Hironaka:

> O tratamento dispensado aos companheiros pelo Código Civil demonstra a forma preconceituosa com que estes são tratados, causando inclusive constrangimento já que o legislador pátrio optou por um parente de 4º grau, ou seja, primos, tios-avôs, sobrinhos-netos que geralmente são parentes sem nenhuma proximidade com o falecido, ao invés daquele que conviveu efetivamente com o de cujus, compartilhando alegrias, tristezas, dificuldades (HORONAKA, 2003, p. 66).

Venosa (2005) profere que o Código Civil conseguiu ser perfeitamente inadequado ao tratar de direito sucessório dos companheiros, pois para ele, a impressão que o dispositivo demonstra é que o legislador teve rebuço sem classificar a companheira ou o companheiro como herdeiros, procurando evitar óbices e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária. Assim o autor crítica mais ainda o legislador quando este ao afirmar eufemisticamente que o consorte da união estável "participará" da sucessão, como se pudesse haver um meio termo entre herdeiro e mero "participante" da herança.

Não bastasse, ainda temos o posicionamento do doutrinado Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 154), atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira Dali, colha-se:

> [...]o Código Civil de 2002, contrariando o sistema que resultava da primeira daquelas duas leis, situou o companheiro em posição pior na ordem de vocação hereditária: na ausência de descendentes e ascendentes, e a partir da vigência do novo diploma, o companheiro passou a ser chamado em concorrência com "outros parentes sucessíveis", e não mais na qualidade de herdeiro único (Lei nº 8.971/94, art. 2º, III). No sistema agora em vigor, apenas quando o de cujus não tinha parente sucessíveis algum é que se atribuíra ao companheiro a herança em sua integralidade, identifica-se no ponto, injustificável retrocesso que o Projeto de Lei nº 6.960, de 2002, procurava, aliás, corrigir. vejamos o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, através do julgamento do Agravo de Instrumento n. 7000.95.24612, julgado pela 8ª Câmara Cível, onde foi relator o Desembargador Rui Portanova: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. A DECISÃO AGRAVADA ESTÁ CORRETA. APENAS O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE TEM DIREITO SUCESSÓRIO NO CASO, NÃO HAVENDO RAZÃO PARA PERMANECER NO PROCESSO AS IRMÃS DA FALECIDA, PARENTES COLATERAIS. A UNIÃO ESTÁVEL SE CONSTITUIU EM 1986, ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL. LOGO, NÃO É APLICÁVEL AO CASO A DISCIPLINA SUCESSÓRIA PREVISTA NESSE DIPLOMA LEGAL, MESMO QUE FOSSE ESSA A LEGISLAÇÃO MATERIAL EM VIGOR NA DATA DO ÓBITO. APLICÁVEL AO CASO É A ORIENTAÇÃO LEGAL, JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA ANTERIOR, PELA QUAL O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE TINHA O MESMO STATUS HEREDITÁRIO QUE O CÔNJUGE SUPÉRSTITE. POR ESSA PERSPECTIVA, NA FALTA DE DESCENDENTES E ASCENDENTES, O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE TEM DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA, AFASTANDO DA SUCESSÃO OS COLATERAIS E O ESTADO. ALÉM DISSO, AS REGRAS SUCESSÓRIAS PREVISTAS PARA A SUCESSÃO ENTRE COMPANHEIROS NO NOVO CÓDIGO CIVIL SÃO INCONSTITUCIONAIS. NA MEDIDA EM QUE A NOVA LEI SUBSTANTIVA REBAIXOU O STATUS HEREDITÁRIO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, VIOLOU OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE. NEGARAM PROVIMENTO.(julgamento do Agravo de Instrumento n. 7000.95.24612, julgado pela 8ª Câmara Cível, onde foi relator o Desembargador Rui Portanova data de Publicação 14/09/2011).

Dessa forma o retrocesso existe quando as leis n.º 8.971/94 e 9.278/96 proporcionavam direitos de usufruto de todos os bens auferidos pelos companheiros e não

apenas os adquiridos a título oneroso, da mesma forma que previa para o cônjuge, ou seja, as mencionadas leis não faziam distinção equiparando assim os dois institutos, representou uma grande evolução na ciência do direito civilista brasileiro, já quem em diversos países da América Latina essa equiparação já havia sido consagrada (BIANCO, 2008 apud OLIVEIRA, 1993.).

Diante disso, percebe-se que o Código regrediu quando em se tratando de desenvolvimento jurídico, pois deveria ter equiparado em direito os dois institutos, quais sejam, o casamento e a união estável, ou seja, deveria ter colocado na ordem de vocação hereditária o companheiro supérstite, assim como fora feito com o cônjuge no artigo 1829, transformando-o em herdeiro também em relação aos bens particulares do de cujus. Veremos no item a seguir que o artigo 1.790 também pode ser considerado inconstitucional (CONCEIÇÃO, s.d.).

3.2 Principais alterações quanto à sucessão na união estável

A maioria das Cortes Estaduais do nosso país vinha entendendo pela aplicação máxima pela aplicação do art. 1790 do Código Civil de 2002 na sua íntegra Vejamos, inicialmente, dois entendimentos jurisprudenciais decididos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O primeiro julgamento se deu através do Agravo de Instrumento n. 2003.002.14421, decidido na 18ª Câmara Cível, onde foi relator o Desembargador Marcus Faver:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO ABERTA APÓS A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO DE COMPANHEIRO EM CONCURSO COM IRMÃOS DO OBITUADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1790, III DA NOVEL LEGISLAÇÃO. DIREITO A UM TERÇO DA HERANÇA. INOCORRÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO HÁ CHOQUE ENTRE O CÓDIGO E A CONSTITUIÇÃO. [...] AS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL SOBRE TAIS QUESTÕES PODEM SER CONSIDERADAS INJUSTAS, MAS NÃO CONTÊM EIVA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO DOS COLATERAIS COMO HERDEIROS DO DE CUJUS. PROVIMENTO DO RECURSO. ((TJRJ, AgI 2003.002.14421, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcus Faver, DJE 7.4.2004).

O segundo acórdão trata-se de um Agravo de Instrumento n. 2004.002.16474, julgado na 8ª Câmara Cível, tendo como relatora a Desembargadora Odete Knaack de Souza:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. DIREITO DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO DO EX-COMPANHEIRO. APLICAÇÃO DO ART. 1790, III DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXISTÊNCIA DE PARENTES SUCESSÍVEIS, QUAIS SEJAM, OS COLATERAIS. ARGÜIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790, SOB O ARGUMENTO DE TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO. IMPROCEDÊNCIA. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL APENAS DETERMINA QUE A UNIÃO ESTÁVEL É RECONHECIDA COMO ENTIDADE FAMILIAR, MAS O CONCEITO DE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL SÃO DISTINTOS. [...] DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-SC AG: 20130579574 gravo de Instrumento nº. 2004.002.16474. Relatora. Des. Odete Knaack de Souza. Julgado em: 19/04/2005.)

Destes, podemos concluir que os Tribunais receiam em reconhecer a suposta inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil de 2002, entretanto, apontam a injustiça que tal dispositivo legal ocasiona aos conviventes. Entretanto, este entendimento injusto aos companheiros vem se modificando ao longo dos últimos anos. O que vemos aqui é uma grande revolução por parte deste Tribunal, uma vez que deixou de aplicar o texto da lei civil para adequar o caso concreto ao que é realmente justo, inclusive, declarando a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil.

De forma geral, estes afirmam em suas respectivas obras que, com relação ao art. 1790 do Código Civil de 2002, visível é a sua inconstitucionalidade, tratando-se de um verdadeiro

retrocesso ao direito moderno e social.

Destes julgados, podemos já amadurecer a ideia de que, num futuro mais próximo estaremos diante de outros julgados ou novos posicionamentos doutrinários neste sentido mais moderno, que é o mais justo perante aquelas pessoas que vivem em união estável (FURTADO, 2008, s.p.).

3.3 Direitos e deveres do convivente (companheiro) para se tornar herdeiro do falecido

Nesse tópico serão abordados os efeitos pessoais da União Estável, que são: lealdade, respeito, assistência moral e material recíproco entre os Companheiros, além de guarda, sustento e educação dos filhos.

Os ditos efeitos pessoais são os atinentes à formação e à estrutura da União Estável e outros sem cunho imediatamente econômico.

O CC em seu art. 1.724, por óbvio, manteve os direitos e deveres dos Companheiros "as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos". Essa norma decorre do art. 226, § 5º, da CRFB/88, que assegura igualdade de direitos dos cônjuges no Casamento.

Eventual divergência sobre tais direitos e deveres deverá ser dirimida pelo Juiz. É de se notar que os Companheiros, como no Casamento Civil, também têm direitos e deveres. Se assim não fosse, não teria sentido o amparo jurídico do instituto, pois estaria dando margem a relações vulneráveis.

O primeiro dos efeitos pessoais é o dever de lealdade, que é a confiança depositada no outro Companheiro, consistindo na confiança depositada na lisura e correção do comportamento do outro. Decorre do caráter monogâmico, a determinação de que ambos os Companheiros se abstenham de manter relações sexuais com terceiros, que é uma das formas mais graves de deslealdade.

Nas precisas palavras de Monteiro:

> O dever de lealdade, que tem o conteúdo do dever de fidelidade existente no casamento, visa vedar a manutenção de relações que tenham em vista a satisfação do instinto sexual fora da união estável, acrescentando que seria inimaginável a atribuição de efeitos a duas relações que concomitantemente sejam mantidas por um ou ambos os companheiros (MONTEIRO, 2003, p. 99).

Em relação ao respeito, exige-se que ambos os Companheiros adotem posturas compatíveis com o estado daquela união, quer entre si, quer em relação aos seus filhos. É uma forma de reforçar a natureza nobre e o caráter espiritual da união, que ambos os Companheiros devem nutrir um pelo outro, sem os quais a união não subsistirá às dificuldades da vida comum.

Leciona Bianco (apud VARJÃO, 1999, p. 103) que "os conviventes devem tratar-se mutuamente com respeito e estima. A convivência deverá ser caracterizada pela urbanidade, diálogo, atenção especial, estima apreço e lealdade". Como em toda e qualquer relação há a necessidade da solidariedade, o auxílio mútuo, dentre outros, para uma convivência saudável.

No tocante à assistência mútua, esta se desmembra em assistência moral e assistência material recíproca. Obriga os Companheiros a prestar cuidado em todos os níveis, incluindo a prestação de auxílio material (dever de sustento) ou moral (dever de companheirismo). Envolve a solicitude, próprio do companheirismo, e o auxílio mútuo em quaisquer circunstâncias, especialmente nas situações difíceis.

Observa-se que, para uma união feliz, os Companheiros devem participar um da vida do outro, para que, assim, possam superar os percalços da vida moderna. Relatado os efeitos pessoais entre os Companheiros, passa-se, agora, a tratar-se dos efeitos pessoais dos

Companheiros em relação aos filhos. Quanto aos filhos adotivos, tomados por filhos na constância da relação, seja no Casamento ou na União Estável, a atual CRFB/88 concedeu isonomia aos filhos de qualquer natureza.

A parte final do art. 1.724 do CC preleciona que os Companheiros têm o dever de guarda, sustento e educação dos filhos. Esses deveres decorrem do poder familiar atribuído aos Companheiros, consistindo na obrigação de ambos em prover o sustento dos filhos menores, fornecendo-lhes orientação moral e educacional.

A guarda de menor consiste nos direitos e deveres atribuídos ao pai e à mãe para a vigilância, direção e educação do filho menor que está sob o seu poder ou companhia.

Os Companheiros têm o dever de atenção, cautela sobre o menor; este não pode fazer o que bem entende, até porque não tem o discernimento formado para praticar determinados atos, o que só ocorrerá com a aquisição da capacidade plena.

Já o sustento consiste no atendimento de todas as necessidades materiais, necessárias à sobrevivência, tais como alimentação, vestuário, habitação, medicamentos.

Logo, os Companheiros têm o dever de dar sustento ao menor, pois, para uma vida saudável, é necessário que se atenda às necessidades básicas de um ser humano em desenvolvimento. O dever de educação compreende a orientação moral e a orientação intelectual, ou seja, no plano moral, a educação inclui a orientação ética, profissional e religiosa. No campo intelectual, os pais devem assegurar aos filhos a melhor instrução possível.

Devem proporcionar-lhes, pelo menos, o acesso ao ensino fundamental, obrigatório no ordenamento brasileiro. Esses deveres de guarda, sustento e educação atribuídos aos Companheiros destinam-se a garantir o desenvolvimento saudável e seguro dos filhos, isto é, é um preparo para o futuro, seja para o mercado de trabalho, seja para as dificuldades normais da vida (BIANCO, 2008, s.d.).

CONCLUSÃO

Há de se concluir que em tempos remotos a concepção da família somente era válida a partir do casamento, sendo visto de maneira errada a quem detinha fora dos padrões da época, contudo não havia a existência de tutela jurídica para aqueles que mantinham relações extramatrimoniais. O que acontecia era que diante de conflitos a solução era buscar na jurisprudência soluções que se baseasse ao Direito Obrigacional a fim de solucionar o conflito pertinente para aqueles que possuíam as relações concubinárias.

Diante da Constituição de 1988, se tem um novo posicionamento a respeitos das relações concubinárias puras, sendo que a expressão “união estável” mais adequada a sua utilização daí surgi um modelo de constituição familiar com o amparo e proteção constitucional. Diante do avanço foi considerada uma conquista da sociedade que ao longo dos anos foi desconsiderada.

Como consta na nossa Carta Magna ela reconhece a união estável, contudo somente com a edição da Lei 8.971/ 94 foi introduzida no Direito Brasileiro, que era a garantia de direito sucessório para os companheiros, já em 1996 com a edição da Lei 9.278/96, que tratou de regulamentar o art. 226, § 3°. Com o intuito de introduzir novos direitos aos companheiros, sendo de entendimento que as duas leis se completariam.

O Código Civil de 2002 confere direitos aos companheiros com a partilha de bens, adquiridos onerosamente durante a união estável. E quanto ao direito sucessório traz no artigo 1.790 e seus incisos a regra, contudo prevê a concorrência do companheiro sobrevivo com os colaterais. Diante do estudo há de se perceber o que ocorre e que no casamento, o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário como consta no artigo 1.845, sendo elencado a que concorra

com os herdeiros descendentes e ascendentes no que refere o art. 1.829 incisos I e II e o mesmo faça parte da terceira classe exclusiva. Sendo assim ao cônjuge supérstite cabe a metade legitima, na falta dos descendentes e ascendentes do cônjuge morto.

Ocorre na união estável, o companheiro sobrevivente só terá o direito a participar da herança no que tange aos bens adquiridos na constância da união estável, porem onerosamente. O que se nota e que além de diminuir a possibilidade dos direitos sucessórios para aqueles que vivem em união estável, o código Civil atual colocou os em posição inferior as que de fato são casadas, perante o instituto da sucessão.

A respeito das mudanças há de se perceber que a legislação equiparou o companheiro a mesma posição do cônjuge ocupava no Código de 1916, sendo esta reformulada durante os tempos.

O que se chega a uma conclusão que a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código civil e de que no que se refere ao direito sucessório os cônjuges concorrem em uma situação melhor, aos dos companheiros, diante que a melhor tutela foi dada para aqueles de que fato foi casado (a), não observados que os que se separada de fato somente e a nomenclatura.

REFERÊNCIAS

Agravo de Instrumento Nº 70009524612, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS: Relator:Rui Portanova, Julgado em 18/11/04. Disponível em:< http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/imprimir/jurisprudencia-tj-rs-incidente-de-inconstitucionalidade-familia-uniao-estavel-sucessao-nao-equiparac.html>. Acesso em: 19 jul. 2016.

Apelação Cível Nº 70010898872, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barroco de Vascpncellos, Julgado em 06/04/2005, disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=APELA%C3%87%C3%83O+DE+FRANCISCO+ASSIS+DE+MEDEIROS>. Acesso em: 19 jul. 2016.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BIANCO, Tatiani. Os direitos sucessórios na união estável. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n.52, ab. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2537#. Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3ºdo art. 226 da Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br. Acesso em: 17 jul. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 18 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950**. Regula o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 19 jul. 2016.

BRASIL, Lei nº8.971, de 29 de dezembro de 1994. **Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br**>.** Acesso em: 18 jul. 2016.

BRASIL, Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. **Regula o** § 3º**do art. 226 da Constituição Federal.** Disponível em: http://www.senado.gov.br**.** Acesso em: 18 jul. 2016.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro 2002. **Novo Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 19 jul. 2016.

BRASIL, Projeto de Lei nº 6.960, de 12 de junho de 2002. Altera o Novo Código Civil. Disponível em: http://www.câmara.gov.br. Acesso em: 16 jul. 2016.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, de 05 de outubro de 1998.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil:** direito das sucessões. 2. ed. Rev. e atual. São Paulo: RT, 2003.

CONCEIÇÃO, Isaias. (s.d.). **O retrocesso do direito sucessorio do companheiro com o advento 'O Novo Código Civil'**. Disponível em Jusbrasil: http://isaiasconceicao.jusbrasil.com.br/artigos/209421996/o-retrocesso-do-direito-sucessorio-do-companheiro-com-o-advento-o-novo-codigo-civil. Acesso em: 22 jul. 2016.

CRUZ, Elisa Costa. **A constitucionalidade do direito sucessório dos companheiros no Código Civil de 2002.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 545. Elaborado em: 03/01/2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 21. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 6.ed. Direito das Sucessões. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito civil brasileiro:** direito das sucessões. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Sucessão no direito real de habitação.** In: M. H. Diniz, Curso de direito civil (p. 180-181). São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de direito civil brasileiro:** direito das sucessões. 29. ed. v.6. São Paulo: Saraiva 2015.

FURTADO, Demétrio Tadeu de Sousa (dezembro de 2008). **Direito sucessório na união estável:** Novo posicionamento jurisprudencial brasileiro. Disponível em Ambito Juridico.com.br: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5380. Acesso em: 22 jul. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. v.6: direito de família: as famílias em perspectivas constitucional / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamblona Filho. 5. ed e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil das Sucessões.** São Paulo: Atlas, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOZZO, Débora. **Do direito das sucessões**. In: ALVIN, Arruda (Coord.); ALVIN, Thereza (Coord.). **Comentários ao** código civil **brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Do direito das sucessões.** v. 20.São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Do direito das Sucessões.** In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo código civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LÔBOS, Paulo. **Famílias.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Os direitos Sociais e a sua concepção como cláusula**. Disponível em: <http://www.prt21.gov.br/doutr15.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.

PEREIRA, Caio M da Silva**. Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito das sucessões, 26. ed. v.7. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito civil:** Direito das Sucessões. Atualização Zeno Veloso. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SIMÃO, J. F. (s.d.). **Meação X Sucessão dos Companheiros**. Disponível em ProfessorSimão.com.br: http://professorsimao.com.br/resposta_meacao_sucessao.htm. Acesso em: 17 jul. 2016.

SOUZA, Renato Felipe. **Anotações sobre a inconstitucionalidade do artigo 1790, III do Código CivilBrasileiro.** Disponível em: <http://www.apamagis-lex.com.br/al/publier4.0/texto.asp?id=587>. Acesso em: 22 jul. 2016.

SOUZA, R. W. (setembro de 2014). **A diferença sucessória entre cônjuge e companheiro à luz do princípio constitucional da igualdade entre as entidades familiares e da dignidade da pessoa humana**. disponível em Ambito Juridico: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15220. Acesso em: 19 jul. 2016.

União Estável: 7 tópicos que irão acabar com todas as suas dúvidas. (fevereiro de 2015). Disponível em: Guia Documentos: http://guiadocumentos.com.br/uniao-estavel-nunca-foi-tao-facil-entender-o-tema/. Acesso em: 17 jul. 2016.

VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 21.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Civil:** direito das sucessões. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Lei n° 8.971, de 29 de dezembro de 1994.** Regula o direito dos companheiros a alimentos e à secessão. Publicada no Diário Oficial da União em 30/12/94.

_____. **Lei n° 9.278, de 10 de maio de 1996.** Regula o § 3° do art. 226 da Constituição Federal. Publicada no Diário Oficial da União em 13/05/96.

VEYNE, Paulo. **História da Vida Privada – Do Império Romano ao Ano mil.** v. 1.São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

WOLD, Arnoldo. **Direito Civil:** direito das sucessões. v. 6. Arnoldo Wald, Ana Elizabrth L. W. Cavalcanti, Liliana Minardi Paesani. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WORD, a., & C. P. **Da sucessão do companheiro.** In: A. Wald, Direito Civil (p. 153 154). São Paulo: Saraiva, 2015.

DOS ESTIGMAS E DAS LETRAS: ASPECTOS JURÍDICOS DA PRESENÇA NEGRA EM RECORTES DA LITERATURA BRASILEIRA

OF THE ESTIGMAS AND THE LETTERS: LEGAL ASPECTS OF THE BLACK PRESENCE IN CUTTERS OF THE BRAZILIAN LITERATURE

Janice Ap. de Azevedo Fernandes [13]
Gilson Xavier de Azevedo[14]
Simone Maria Zanotto [15]

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo abordar a questão da presença negra dentro do traçado histórico, literário e atual da literatura brasileira. Justifica-se o presente estudo, pelo fato de, o negro enquanto objeto e força de trabalho, fora trazido ao Brasil a partir de 1500 para laborar a terra e desbravar as regiões inexploradas do novo continente e isso custou a escravização de muitos africanos, causando à raça negra feridas históricas que nunca poderão ser cicatrizadas. Parte-se da questão dos muitos estigmas sociais e econômicos que sobrevieram aos brasileiros de pele escura como decorrência de um longo processo de usurpação da condição humana desses indivíduos, inclusive por meio da literatura e de como isso fora capitado por historiadores e pela literatura. Parte-se da premissa de que as imagens caricaturais do negro são por vezes superficiais e não dão conta de todo o martírio. A metodologia nesse fim é a exploratória de caráter bibliográfico revisional. Aponta-se por resultado, a tentativa de um resgate da figura do negro construído na perspectiva literatura dos séculos XVIII e XIX passa a descrever circunstâncias pouco dignas, nas quais as condições de maus tratos e a real capacidade intelectiva dos afro-descendentes nem sempre era considerada.

Palavras-chave: Afro-descendente. Negro. Literatura. Escravidão. Abolicionismo.

ABSTRACT

The present research aims to address the issue of black presence within the historical, literary and current trajectory of Brazilian literature. What is the case and the work force, for Brazil and from 1500 to work and land and to break up as unexplored regions of the new continent and this cost the enslavement of many Africans, causing the black race historical wounds that never are healed. What is what is the development of usurpation of the human condition, including through the medium of literature and how it is forced to researchers and literature. It starts from the premise that as black caricature images are sometimes superficial and do not account for all martyrdom. A methodology of the end of an analysis of bibliographic revisionary character. It is pointed out, an attempt to a rescue of the figure of the black built in the literature perspective of the eighteenth and nineteenth centuries goes on to describe unworthy circumstances in which as conditions of maltreatment and real intellective resources of the Afro-descendants not always period.

Key-words: Afro descendent.Black. Literature. Abolitionism. Slavery.

[13] Mestra em Letras pela PUC-GO (2014-2016-BOLSISTA FAPEG). Licenciada em Letras (UEG)/ Especialista em Psicopedagogia (UEG)/ Docente concursada P4 do Estado de Goiás, lotação no Colégio Estadual Independência de Quirinópolis-GO. Docente convidada pela Faculdade Quirinópolis (Desde 2013). Docente UEG (Edital de Abertura n. 001/2015). Preparadora de materiais didáticos da SEDUC-GO. Agrega ao currículo diversas comunicações orais de resultados de pesquisa, minicursos proferidos, palestras ministradas e workshops realizados. (janiceeduc@yahoo.com.br).

[14] Pós-doutorado em andamento (Lusófona/Lisboa/PT). Doutor em Ciências da Religião pela PUC-GO (2014-2017-BOLSISTA FAPEG). Mestre em Ciências da Religião pela PUC-GO (2012-2014 - BOLSISTA FAPEG). Filósofo (Dom Felício, 1998/FAEME, 2007), Pedagogo (UVA-ACARAÚ, 2004) e Teólogo (FAETEL, 2002/MACKENZIE, 2006), Pós-graduado em Administração Escolar e Coordenação Pedagógica (UVA-RJ, 2006), Ética e cidadania (UFG, 2012) e Filosofo Clínico (Inst. Packter/PUC, 2013). Professor Titular de Antropologia pela FAJOP (2017), Filosofia do Direito e Filosofia Empresarial pela FAQUI (desde 2006); Coordenador do NAED (Núcleo de Apoio à Educação à distância pela FAQUI (2017); (gilson.azevedo@ueg.br)

[15] Licenciada em Letras (UEG)/ Licenciada em filosofia (FAEME), Bacharel em Teologia (Mackenzie), Especialista em Administração escolar e coordenação pedagógica (Veiga de Almeida); Especialista em Ensino da Língua Portuguesa (Gama Filho) (simonezanotto@yahoo.com.br).

INTRODUÇÃO

Dos estigmas e das letras é o resultado de alguns anos de reflexão iniciados na UEG no decorrer das aulas do curso de Licenciatura, nas quais poucas vezes percebia-se a condição sócio-histórica identificada e até certo ponto ocasionada pelo tratamento dado à presença do negro na literatura brasileira. Os efeitos marginalizadores introduzidos pela literatura ainda se fazem presentes e são evidenciados dentro do discurso literário nacional tanto na condição negra como objeto, quanto na visão distanciada do negro como serviçal do Admirável Mundo Novo da Terra de Santa Cruz.

Esta pesquisa e revisão de conceitos parte de uma questão um tanto filosófica: Quantos negros vieram para o Brasil? [16] Ao leitor menos atento, a pesquisa proporcionou nesse questionamento, uma série de cálculos e pesquisas em bases de dados que possivelmente se depariariam com resultados parciais e pouco satisfatórios. Mas o advertimos de que se tem a resposta e com ela se inicia esta reflexão sobre a chegada do negro ao Brasil. Para tanto, parte-se de uma pesquisa exploratória de caráter bibliográfico com revisão narrativa, na qual foram pesquisados os termos "Negro e literatura no Brasil" e Negro e escravidão no Brasil" em português nas bases Scielo e Google, de modo que foram selecionadas pelo critério de maior adequação ao tema. Selecionou-se vinte artigos, os quais são citados e discutidos ao longo desse artigo.

Após anos de dominação, os negros foram alforriados em uma sociedade sem as mínimas condições de os acolher, de forma desarticulada, sem dinheiro, sem casa, sem comida, sem nenhuma condição de se estabelecer. Hoje, no Brasil, ainda é possível ver os reflexos dessa história de desigualdade e exploração. Alguns indicadores referentes a população, família, educação, trabalho e rendimento e que são importantes para retratar de forma resumida a situação social de brancos, pretos e pardos, revelam desigualdades em todas as dimensões e áreas geográficas do País (IBGE, 2000).

É a partir da perspectiva social da presença do afro-descendente na sociedade nacional em relação ao descaso histórico da literatura que esta pesquisa se justifica. Entende-se que pelo fato de a sociedade hodierna insistir em ver o afro-descendente como inferior e extra-culturalmente (não pertencente ao Brasil) afetado pela atual realidade ariana, faz se necessário à Literatura assumir tal proposta também como sua, uma vez que eticamente Negros e Literatos se entrelaçam e tecem muitas estampas por vezes esteriotipadas dos africanos trazidos nos porões dos navios [17] para o Brasil.

Com fins a empreendermos esta pesquisa, serão tratados os temas aqui propostos,

---

[16] Não se sabe ao certo quando desembarcou no Brasil o primeiro negro, mas é possível que houvesse algum, ou alguns, entre os tripulantes da esquadra de Cabral, uma vez que Portugal já comercializava escravos nas costas africanas antes de 1500. Os escravos africanos e seus descendentes crioulos e mestiços influenciaram em profundidade a formação cultural do país, desde a época em que este era América portuguesa. Para o professor João José Reis são raros os aspectos de nossa cultura que não tenham sido moldados com a ajuda da mão e da inteligência africanas e afro-brasileiras [...] O Brasil foi a última nação da América a abolir a escravidão. Entre 1550 e 1850, data oficial do fim do tráfico de negros, cerca de 3.600.000 africanos chegaram ao Brasil. A força de trabalho desses homens produziu a riqueza do País durante 300 anos (IBGE, 18 Abr. 00).

[17] Chama-se de tráfico negreiro o transporte forçado de africanos para a Américas como escravos durante o período colonialista. A escravidão foi praticada por muitos povos, em diferentes regiões, desde as épocas mais antigas. Eram feitos escravos, em geral, os prisioneiros de guerra. Na idade Moderna, sobretudo a partir da descoberta da América, houve um florescimento da escravidão. Desenvolvendo- se então um cruel e lucrativo comércio de homens, mulheres e crianças entre a Africa e as Américas. A escravidão passou a ser justificada por razões morais e religiosas e baseada na crença da suposta superioridade racial e cultural dos europeus (WKP, 2007).

tendo como referencial teórico o crítico em literatura professor Domício Proença Filho [18] o qual analisa esta condição sócio-territorializada em decorrência dos lampejos literários, sobretudo do período republicano que reúne elementos da "trajetória do negro na literatura brasileira". O segundo teórico consultado é o professor de teoria literária Eduardo de Assis Duarte [19] estudioso da relação "Literatura e Afro-descendência".

Embora se trate de uma pesquisa com pressupostos teóricos, lançando mão de muitos dos autores que levantam tal questão, pretende-se também observar como a sociedade na qual a Instituição que sedia esta Pós-Graduação (UEG) está inserida. Quirinópolis é uma cidade no Interior do Estado de Goiás, na qual a população de negros constitui 13,5 %, sendo pardos 43%; os brancos somam 40, 5% e indígeno-descendentes 3%. Com estes dados, percebe-se o real compromisso da cidade em relação a eventos como o Dia da Consciência Negra (20 de Novembro), além da participação das escolas, colégios e faculdades da cidade com relação à questão afro enquanto tema transversal a ser trabalhado.

Para se atingir tais objetivos, percorrer-se-ão as referidas instituições públicas e privadas no último dia 20 de Novembro de modo a verificar a importância dada ao tema; para tanto, serão estabelecidos diálogos informais com educandos, professores e coordenadores sob uma égide investigativa.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística "em 1999, a população brasileira era composta por 54% de pessoas que se declararam brancas, 5,4% de [sic] pretas, 39,9% de pardas e 0,6% de amarelas e indígenas [sendo que] a população branca está mais concentrada no Sul (83,6%), a preta no Sudeste (6,7%), a parda no Norte (68,3%) e a população amarela e indígena também no Norte (1%)" (IBGE, 2000).

Os estigmas que afetam a população afro-descendente são diversificados e em muitos casos apresenta-se ironicamente (do ponto de vista histórico) e com certos requintes de crueldade. Assim como na música do compositor Zé Ramalho os negros que há muito no Brasil são maioria na construção civil (inclua-se escolas) detém uma taxa de analfabetismo de 21% com uma média de anos de estudo sendo 3 anos e meio para negros contra 8,3% para brancos, tendo uma média de 8 anos de permanência na escola. A tais estatísticas introdutória deve-se acrescer elementos como pobreza de moradia.

No campo do trabalho doméstico negros e pardos também são maioria (os pardos chegam a 8,4% e os pretos a 14,6%; os brancos constituem 5,7%. Um outro referencial seria a questão da distribuição das famílias por classes de rendimento médio mensal que segundo o IBGE (2000) é de "20% das famílias cujo chefe é de cor ou raça branca tinham rendimento de até 1 salário mínimo contra 28,6% das famílias pretas e 27,7% das pardas".

A presente pesquisa, é pertinente ao contexto psicopedagógico e se mostra necessária

---

[18] Ensaísta, crítico literário, poeta, ficcionista, promotor cultural, consultor editorial, administrador educacional e professor, Domício Proença Filho, nasceu no Rio de Janeiro em 25 de janeiro de 1936. Realizou seus primeiros estudos na escola púbica Joaquim Manuel de Macedo, na ilha de Paquetá, local onde passou a infância e a juventude. Cursou o ginasial e o clássico no Colégio Pedro II – Internato. Bacharel e Licenciado em Letras Neolatinas pela antiga Faculdade Nacional de Filosofia da Universidade do Brasil. É Doutor em Letras e Livre-Docente em Literatura Brasileira pela Universidade Federal de Santa Catarina. É Titular e Professor Emérito de Literatura Brasileira da Universidade Federal Fluminense. Foi professor de diversas escolas e faculdades no Rio de Janeiro. Profissional dinâmico, também atuou na Universidade de Colônia e no Instituto de Filologia Românica da Escola Técnica de Altos Estudos em Aschen (LITERAFRO, 2007).

[19] (1950, Pedro Leopoldo, Brasil) é professor de teoria literária e literatura comparada da Universidade Federal de Minas Gerais. Publicou estudos sobre Graciliano Ramos e Mário de Andrade. É o autor de Jorge Amado: romance em tempo de utopia (1996) e de Literatura, política, identidades (2005). É organizador de Escritos de caramujo: Machado de Assis afro-descendente e Afro-descendências: antologia crítica da presença afro na literatura brasileira (3 vol.), ambos no prelo (FLIP, 2007).

por percorrer a dimensionalidade histórica da vinda do negro para esse continente tal, qual nossos descendentes portugueses, nem sempre nobres como mostra o Filme "Sabor da liberdade" (2007). No primeiro momento (chegada do negro à Literatura Brasileira) entendem também os aspectos da colonização enquanto agente causal do fatalismo escravista. O segundo tópico (O Negro na Literatura: presença e significados) perpassará as a presença negra e sua condição no tratamento dado pela literatura em relação ao negro e à mulher tanto na Literatura do século XVII ao XIX, quanto na Literatura do século XX, incluindo a Literatura infantil. A última abordagem da pesquisa (Negros, Literatura e Preconceito) irá considerar as informações coletadas em Quirinópolis, bem como os indicadores históricos da condição negra no Brasil deste século. Com estes pressupostos, entende-se que esta pesquisa se faz necessária e urgente, bem como as indicativas ou soluções que em seu desenvolvimento, em especial no terceiro momento, serão traçadas.

1 A CHEGADA DO NEGRO À LITERATURA BRASILEIRA

Para se usar uma linguagem poética sobre o que se pretende tratar, entende-se que veio para o Brasil apenas um negro, sem nome, sem história, sem sentimentos, assim como o cavalo do tropeiro ou do homem que passa por nossas ruas puxando uma charrete, que não tem nome, só força e virilidade, o negro dos muitos negros que aqui chegaram e dos quais descendem os brasileiros, ainda que pelas amas de leite, ou pelo seu trabalho em construir as capitais, cidades de cerrado ou minerar, colher pau-brasil dentre tantas outras funções que fizeram com que a civilização 'parturiasse' a nossa geração; apenas um negro veio, com sua raça, mas sem sonhos, sem ilusões, sem sua afro-religião rechaçada pelo catolicismo dominante.

Dentro desse mesmo pressuposto, cita-se Clarisse Lispector sobre o poema do ovo: "mal vejo um ovo e já se torna ter visto o ovo há três milênios" mal vejo o negro sem trabalho digno, sem dignidade no trabalho, pobre, desmerecido, mais popular que nossos colonizadores portugueses nas maldosas piadas e charges criminosas. Mal vejo o negro e já vi todos eles e já conheço toda sua história, nas novelas, seriados, na política; o copeiro, escravo, capacho, nunca o herói, aliás, quantos heróis negros têm o Brasil? O Zumbi? Nem é nosso! Situação tão preocupante motivadora dentro do que fora estudado nesta especialização, na qual se entende melhor a atividade docente e nela a presença da literatura negra como forma de se corrigir efeitos históricos de eliminação dos construtores nacionais em que nem vagas especiais, nem qualquer tipo de privilégios podem apagar esse mal. Nesse momento pretende-se entender onde está a sociedade negra e o que fez com para cá viessem trazidos de forma tão bárbara.

1.1 Da Colonização à necessidade Escravista

"Navegar era preciso", mas navegar e descobrir e conhecer o *orbe* não era suficiente, já que Portugal precisaria ocupar as terras conquistadas e para tanto "colonizar era preciso". A Europa que também estava na busca por novas terras das quais a Terra de Santa Cruz estava em poder de Portugal.

O curioso disso tudo é o fato de Portugal ter 'conquistado' o direito de explorar o Brasil, já que belicamente existiam países bem mais fortalecidos, sendo que uma ´hipótese viável seria Portugal ter ganho o direito de explorar [20], mas em decorrência de suas dívidas em relação a Espanha, Inglaterra e outros; a resposta imediata é o fato de Portugal ter inúmeras dívidas não só mercantes com países como a Espanha.

[20] Se faz importante nesse sentido, citar os tratados que determinavam tais direitos: Trodesilhas (1494); Utrecht (Holanda, 1713, 1715); Tratados de Madri (Espanha, 1750) e Badaj´so (Espanha, 1801).

> Sessenta anos de domínio espanhol (1580-1640) deixaram ao reino português uma herança desastrosa. Obrigado a participar da política guerrilheira da Espanha, o país perdeu quase toda sua marinha. Muitas das colônias acabaram ocupadas pela holanda e pela Inglaterra, inimigos da Espanha. [...] A crise trouxe grandes conseqüências para Portugal: o início (ARRUDA; PILETTI, 2000, p. 217).

Situações como a indicada anteriormente, só deixaram a Portugal, uma solução, abrir mão da lenta mão de obra resultante da escravização dos Índios [21] e adotar o sistema escravista da importação de homens e mulheres do continente africano, além dos criminosos que eram enviados da Europa para as Américas como mostram os filmes *Sabor da Liberdade* (2007) e *Novo Mundo* (2005). Segundo Arruda e Piletti (2000, p. 226) "Os tratados de fronteiras foram quase sempre assistidos para estabelecer a paz em regiões litigiosas. Mas, muitas vezes, respondiam apenas a interesses dos Estados, pouco levando em consideração o perfil das populações locais".

Com uma frota de treze naus, Pedro Álvares Cabral chega ao Brasil um número aproximado de 1200 homens; uma vez que os lucros com da extração do pau-brasil (por mão de obra indígena inicialmente e depois negra), e em dado período com a mineração (século XVI), Portugal justifica a empreitada mercante, mas "continua enviando expedições para o oriente, procurando também criar territórios que ia conquistando uma estrutura para facilitar seus empreendimentos coloniais" (REZENDE; DEDIER, 2001, p. 185). O filme *Caramuru* (2001), nos tráz uma perspectiva hilária [22] e ao mesmo tempo crítica deste período.

> Ali desembarcou o dito capitão [Cabral] com seus soldados para pelejarem, porque mandou primeiro um batel com alguns a descobrir gentios que viram; porém não foram necessárias armas, porque só de verem homens vestidos e calçados, brancos com barba os tiveram por divinos e mais que homens, e assim chamando-lhes caraíbas [coisa divina], se chegaram pacificamente aos nossos (SALVADOR, 1982, p. 56).

O texto acima dá uma idéia poética da triunfal chegada cabralina.

1.2 A construção de um fatalismo

O trabalho escravo entra nesse contexto, apenas quando a monocultura açucareira se instala como nova fonte de renda. "A presença negra na América portuguesa teve início por volta de 1550. desde então, cerca de 4 milhões de africanos ingressaram nessas terras. Menos de três séculos depois, no fim do período colonial, grande parte da população era constituída por escravos africanos" (ARRUDA; PILETTI, 2000, p. 200). As boas condições agrícolas aliadas à importância da cana no comércio europeu e a organização comercial holandesa propiciara a criação de um novo mercado (pós mineração e madeira) de grandes dimensões à custa de grandes quantidades de escravos.

> Já em 1590 existiam cerca de 36 engenhos na Bahia e 66 em Pernambuco. O número de trabalhadores [escravos] por engenho variava em média de oitenta a cem. [...] Para implementar a lavoura da cana e fazer funcionar a manufatura açucareira [...]. Daí o interesse de Portugal e da Holanda no **lucrativo** comércio de escravos, em expansão na Europa (REZENDE; DEDIER, 2001, p. 190).

Considerado como simples mercadoria surge então a situação de determinismo histórico em relação ao negro sendo formado, diante da "mãe igreja" para a qual o negro não

---

[21] "[os índios] dificilmente se acomodavam ao trabalho acurado e metódico que exige a exploração dos canaviais. Sua tendência espontânea era para atividades menos sedentárias e que pudessem exercer sem a regularidade forçada e sem a vigilância e fiscalização dos estranhos" (Rezende; Dedier, 2001, p. 190).

[22] Na perspectiva da carnavalização de Backtin.

tinha alma, o fato que justificava sua escravização. As senzalas [23] relatadas em muitos escritos literários era morada coletiva 'de deuses' e homens recém chegados da África. Quase a maioria dos trabalhos braçais nas propriedades era realizada por eles nos canaviais, moendas e caldeiras, sendo que pouco tempo lhes sobrava do árduo trabalho para cuidarem dos seus roçados a fim de se alimentarem; em pouco, os negros incorporaram à sua alimentação, a mandioca usada desde muitas décadas pelos índios.

É extremamente difícil falar de qualidade de vida, já que os escravos depois de adultos, viviam em torno de 10 anos sendo substituídos desde cedo; assim como os animais, convinha aos senhores de engenho comprar também mulheres para logo se parirem novas fontes de trabalho, mulheres.

Os erros desses indivíduos eram severamente punidos em troncos, bacalhau ou chicote, viramundo ou grilhão de ferro, gargalheira ou coleira, colar de ferro além da castração, amputação do seio, quebrar os dentes a marteladas e até o emparedamento vivo em casos mais graves.

> [...] meados do século XVIII – portanto 250 anos após o descobrimento – religiosos são apontados como grandes proprietários de escravos. Um documento de 1775 nos revela que os 97 frades carmelitas [...] possuiam 34 escravos e 7 escravas da comunidade e 93 particulares. As 81 clarissas do mosteiro do Desterro, na cidade do Salvador, tinham 290 escravos, 8 escravas e 40 "servas forras" (MATOS, 1995, p. 132).

Não demorou muito para começarem as mortes, rebeliões e fugas dos negros que "usavam a violência contra seus senhores ou fugiam para os quilombos" (REZENDE; DEDIER, 2001, p. 191). Vai dizer o historiador Décio Freitas (apud ARRUDA; PILETTI, 2000, p. 201) que a "resistência de Palmares [um dos quilombos mais conhecidos atualmente] foi um dos mais sérios problemas enfrentados pela administração colonial em terras americanas". Em muitas fugas, só o que se via era sangue e morte:

> Talvez não seja impunemente que se traz correndo nas veias sangue da África e, com o sangue, pedaços de florestas ou de descampados, a música, longínqua do tam-tam ou do ritmo surdo da marcha das tropas, reminiscências de magias e de danças, gris-gris e amuletos de madeira. Talvez não seja impunemente que se tenha passado pela senzala e dela se tenha saído pelo esforço mais que heróico ou pela bondade do senhor branco, para subir um pouco na escala social (BASTIDE, 1983, p. 8).

Os registros históricos é que não foram tão significativos; e mesmo hoje, num aflorar da consciência de resgate da dignidade negra, veja:

> Desde o período colonial, o trabalho dos afro-brasileiros se faz presente em praticamente todos os campos da atividade artística, mas nem sempre obtendo o reconhecimento devido. No caso da literatura, essa produção sofre, ao longo do tempo, impedimentos vários à sua divulgação, a começar pela própria materialização em livro. Quando não ficou inédita ou se perdeu nas prateleiras dos arquivos, circulou muitas vezes de forma restrita, em pequenas edições ou suportes alternativos (DUARTE, 2004, p. 1).

Em rimas, músicas, trovas e cantos folclóricos a figura do negro foi historicamente se formando como um ícone das formas de opressão a raças e grupos conforme a pesquisa tratará

[23] Senzala é um grande alojamento que se destinava à moradia dos escravos dos engenhos e das fazendas no Brasil até o século XIX. Morais registrou como brasileirismo: a casa dos pretos escravos ou casa semelhante, muito simples e resistente, telhada ou palhoça. Era o que Joaquim Nabuco dizia ser "o grande pombal negro". É topônimo conhecido desde o século XVI, na segunda metade. A origem é africana, valendo o mesmo que morada, habitação, ambundo. Sempre em sua frente tinha um grande tronco com uma corda para enforcar e surrar negros, chamado de pelourinho (WKP, 2007).

nos próximos momentos desta pesquisa. Segue abaixo, opoema intitulado *O Choro de África* de Agostinho Neto (1961):

> O choro durante séculos/ nos seus olhos traidores pela servidão dos homens/ no desejo alimentado entre ambições de lufadas românticas/ nos batuques choro de África/ nos sorrisos choro de África/ nos sarcasmos no trabalho choro de África// Sempre o choro mesmo na vossa alegria imortal/ meu irmão Nguxi e amigo Mussunda/ no círculo das violências/ mesmo na magia poderosa da terra/ e da vida jorrante das fontes e de toda a parte e de todas as almas/ e das hemorragias dos ritmos das feridas de África [...].

O mais instigante é perceber como um continente tão imenso como o africano[24], se deixou enganar durante séculos, evidenciando sua incrível capacidade de sobrevivência e adaptação a novas realidades. Abaixo, alguns dados referentes ao continente africano mostram sua supremacia e ao mesmo tempo o fato de terem historicamente se subjugado de maneira tão simples aos portugueses. Seria digna de estudo a questão histórica vista do ponto de vista do "Mito de Pigmalião" [25], frases como: "o negro não tem alma", "nascemos pra ser escravos" e "foi Deus que assim quis", demarcam historicamente uma identidade assumida inconsciente e coletivamente. Em meio a tal opressão, em pouco as lutas pela libertação dos negros começaram a ser efetivadas.

A história do Abolicionismo no Brasil foi lentamente construída a partir dos movimentos emancipacionistas no período colonial. A chamada Conjuração Baiana (1798) foi um movimento decisivo na erradicação da escravidão. Com a Independência do Brasil, as discussões a seu respeito duraram todo o período do Império, assumindo caráter verdadeiramente popular a partir de 1870 até chegar à assinatura da Lei Áurea (1888).

A escravidão, no entanto, dura o período do tráfico negreiro, uma vez que ao perder o valor comercial devido às lutas históricas, o tráfico negreiro entra em decadência e o abolicionismo ganha forma quando logo após a vitória do Brasil na guerra do Paraguai, os negros que lutaram junto aos brancos, também são condecorados e vistos como iguais pelo menos por alguns (Cf. ARRUDA; PILETTI, 2000, p. 201).

Assim, de questão econômica a abolição começa a ser tratada nas rodas de políticas como questão ética; até que em 1883 a chamada "Lei do Ventre Livre" favorece os novos negros nascidos a partir de então a não mais serem escravos, e sim cidadãos do Brasil de modo que O abolicionismo parece ser antes de tudo, um movimento político, para o qual, sem dúvida, poderosamente concorre o interesse pelos escravos e a compaixão pela sua sorte e em decorrência nasce de um pensamento diverso: o de reconstruir o Brasil sobre o trabalho livre e a união das raças na liberdade.

A década de 1880 foi marcada por muitos movimentos a favor da idéia de abolição, sendo que em 1887 às vésperas de a Princesa Isabel assinar a carta conhecida com "Lei Aurea", muitos revolucionários contribuíram para a fuga dos escravos para os Quilombos[26]. Muitos

---

[24] A África é o segundo maior continente da Terra e igualmente o segundo mais populoso. [...] Cinco dos países de África foram colônias portuguesas e usam o português como língua oficial: Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe; em Cabo Verde, Guiné-Bissau e São Tomé e Príncipe são ainda falados crioulos portugueses. A África é o território terrestre habitado há mais tempo, e pensa-se que foi neste continente que a raça humana surgiu. Os mais antigos fósseis de hominídeos encontrados na África têm cerca de cinco milhões de anos (WKP, 2007).

[25] "Trate um homem como ele é e ele permanecerá como é. Trate um homem como ele pode e deveria ser e ele se tornará o que pode e deveria ser".

[26] Um quilombo era um local de refúgio dos escravos no Brasil, em sua maioria afrodescendentes (negros e mestiços), havendo minorias indígenas e brancas. O mais famoso na História do Brasil foi o de Palmares (WKP, 2007).

fazendeiros cediam à pressão e alforriavam seus escravos contratando-os em seguida para trabalharem nos cafezais, até que em 13 de Maio de 1888, o governo imperial na figura da Princesa Isabel assinou a Lei Áurea extinguindo a escravidão no Brasil. A decisão, claro, desagradou alguns grupos de fazendeiros, que exigiam indenizações pela perda de seus "bens". A abolição não melhorou a condição social e econômica dos ex-escravos. Os negro alforriados não tinha formação escolar ou uma profissão, de modo que a simples emancipação não mudou sua condição de miséria, nem ajudou a promover sua cidadania.

Os Quilombos ainda hoje representam certo orgulho negro, não pela dor que representam, mas por terem se tornado símbolo máximo da resistência a um período de completa indignidade. Ainda hoje em Goiás, descendentes de escravos chamados Kalungas e os remanescentes do Cedro, vivem no mesmo local (entre os municípios de Cavalcante, Monte Alegre e Teresina de Goiás) onde era o Quilombo de seus antepassados. Feitas estas considerações, a pesquisa buscará relevar o processo de inserção do negro na literária.

2 O NEGRO NA LITERATURA: PRESENÇA E SIGNIFICADOS

O "bom selvagem"[27], era o título atribuído Ao índio e ao negro no Brasil colonial. Conforme vimos anteriormente, essa condição satisfaria às necessidades do Império crescente, sem contudo, ferir quaisquer idéias de direitos humanos que se levantassem. Mas, tantas explorações não tardaram em ser notadas, sendo que a classe pensante do século XVIII resumia-se aos escritores da literatura, os quais denunciavam com certa ironia socrática, as mazelas "invisíveis" da sociedade. Assim, para Proença Filho (2004, p. 1), a presença é denunciante em sua maioria:

> A presença do negro na literatura brasileira não escapa ao tratamento marginalizador que, desde as instâncias fundadoras, marca a etnia no processo de construção da nossa sociedade. Evidenciam-se, na sua trajetória no discurso literário nacional, dois posicionamentos: a condição negra como objeto, numa visão distanciada, e o negro como sujeito, numa atitude compromissada. Tem-se, desse modo, literatura sobre o negro, de um lado, e literatura do negro, de outro.

É possível que a entrada do negro na literatura brasileira, tenha se dado "pela porta dos fundos", haja vista a difícil tarefa hoje de um resgate histórico que Duarte (2004) chama de afro-descendência, mas que se chamaría aqui afro-presença. Esse resgate tem sido muito lento, mas progressivo, embora se possa afirmar que somente todas de posição paliativa (Regime de Cotas, Inserção de temas transversais como cultura afro) não são suficientes nem rápidas como se vê a seguir:

> A inexistência de uma recepção crítica volumosa e atualizada, bem como de debates regulares nos fóruns específicos da área de Letras, decorre desses fatores e também da ausência da disciplina "Literatura Afro-brasileira" (ou "Literatura Brasileira Afro-descendente") nos currículos de graduação e pós-graduação da maioria dos cursos de Letras instalados no Brasil (DUARTE, 2004, p. 2).

É relevante mencionar que:

[27] O bom selvagem ou mito do bom salvagem é um lugar comum ou tópico literário na literatura e no pensamento europeu da Idade Moderna, que nasce com o contato com as populações indígenas da América. Desde o famoso texto de Cristóvão Colombo em que diz haver chegado ao paraíso terreno, a imaginação tratou de atribuir todo tipo de bondades ingênuas aos indígenas (os naturais, como os chamavam nos documentos espanhóis da época). A isto também contribuiu em grande parte Bartolomé de las Casas com seu Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias. [...] A Fábula Negra ampliou por toda a Europa a visão positiva de seres humanos em estado de natureza mortificados pelos abjetos espanhóis, que resumiriam todos os vícios e degenerações do homem civilizado (WKP, 2007).

> No decorrer dos anos 80, a postura revisionista ensaia seus primeiros passos na academia pelas mãos do feminismo, bem como a partir das demandas oriundas do movimento negro e da fundação no Brasil de grupos como o [sic] Quilombhoje. Nesse contexto, destacam-se os trabalhos de Moema Parente Augel, Zilá Bernd, Domício Proença Filho, Oliveira Silveira, Oswaldo de Camargo, Luiza Lobo, Leda Martins e de membros do movimento negro, que, ao lado de brasilianistas contemporâneos, como David Brookshaw, dedicam-se ao resgate da escrita dos afro-descendentes (DUARTE, 2004, p. 4).

Um dos primeiros homens a pensar o negro na literatura e inseri-lo em seus escritos foi Gregório de Matos ao mostrá-lo na realidade baiana. Nele pode-se notar a separação ou apartheid que fora se construindo ao longo da história. O poema citado abaixo traz consigo elementos das "sub-raças" brasileiras.

> Assim dimensionada, a matéria negra, embora só ganhe presença mais significativa a partir do século XIX, surge na literatura brasileira desde o século XVII, nos versos satíricos e demolidores de Gregório de Matos, como os do "Juízo anatômico dos achaques que padecia o corpo da República em todos os seus membros e inteira definição do que em todos os tempos é a Bahia", poema de que vale lembrar a seguinte passagem, a propósito, manifestamente reveladora: Quem são seus doces objetos? [...] Pretos/ Tem outros bens mais maciços? [...] Mestiços/ Quais destes lhe são mais gratos? [...] Mulatos (PROENÇA FILHO apud MATOS, 1976, p. 37).

O fragmento do poema supra citado ressalta ainda um problema maior que sua simples abordagem; as "sub-raças" expressam uma situação mais conceitual que permeia nossos preconceitos. Todos os brasileiros têm de certo modo descendência negra, direta ou indiretamente; e é impossível não assumi-la.

A fusão trazida pelos africanos e índios, gerou mestiços, indivíduos formados do sangue de multi-culturas, o que possibilitará compreender a presença do negro na literatura conforme Duarte (2004, p. 7) menciona a seguir:

> Ao longo de nossa história, o fenômeno da mistura de raças e culturas recebeu distintos tratamentos, indo da idealização romântica de uma terra sem conflitos ao mito da democracia racial, por um lado; e da condenação racialista típica do século XIX ao fundamentalismo de muitos segmentos contemporâneos, que rejeitam a mestiçagem e defendem a existência de uma possível essência racial negra, por outro.

A pesquisa abordará os nomes e espaços da presença afro na literatura, possibilitando ao leitor abrir novos olhares sobre esta questão. Duarte (2004, p. 9) complementa: "A expressão afro-descendente resgata toda essa descendência negra que se dilui nas miscigenações, desde a primeira miscigenação que foi o estupro colonial, até as subseqüentes, produto da ideologia da democracia racial".

2.1 A literatura de um 'negro' passado

Para Fanon (1983, p. 62) "a assunção da afro-descendência funcionaria como um antídoto ao processo de alienação que afeta indivíduos de "pele negra e máscaras brancas". Mas será que isso corresponderia de fato à Literatura?

No século XVII a presença afro passa a ser notada no meio literário. Contudo é com o século XIX que o negro passa a ser inserido nas narrativas, prosas e versos com mais detalhes, ganhando obras inteiras a seu respeito. Em *escravo nobre* (PROENÇA FILHO, 1997, p. 162) faz uma pequena incisão do ponto de vista étnico perfazendo uma adaptação do afro ao branco; do mesmo modo em *Escrava Isaura*, escrito por Bernardo Guimarães (1976, p. 13) publicado em 1872, há nuances de um racismo ao próprio negro, que sem valor devia produzir a todo custo,

mas ao mesmo tempo já levanta a bandeira abolicionista como atesta o diálogo entre Isaura e sinhá Malvina transcrito abaixo:

> Não gosto que a cantes, não, Isaura. Hão de pensar que és maltratada, que és uma escrava infeliz, vítima de senhores bárbaros e cruéis. Entretanto passas aqui uma vida, que faria inveja a muita gente livre. Gozas da estima de teus senhores. Deram-te uma educação, como não tiveram muitas ricas e ilustres damas, que eu conheço. És formosa e tens uma cor linda, que ninguém dirá que gira em tuas veias uma só gota de sangue africano. [...] / Mas senhora, apesar de tudo isso que sou eu mais do que uma simples escrava? Essa educação, que me deram, e essa beleza, que tanto me gabam, de que me servem?... São trastes de luxo colocados na senzala do africano. A senzala nem por isso deixa de ser o que é: uma senzala. Queixas-te de tua sorte, Isaura? Eu não, senhora: apesar de todos esses dotes e vantagens, que me atribuem, sei conhecer o meu lugar.

A obra *O Mulato* escrita por Aluízio de Azevedo em 1881, apresenta uma sociedade machista e racista ao mesmo tempo; numa das partes da obra quando se vai descrever o advogado Raimundo, que chegava a São Luiz; percebem-se os detalhes da caracterização naturalista e característica do "ser" negro: "Cabelos muito pretos, lustrosos e crespos; tez morena e amulatada, mas fina; dentes claros que reluziam sob a negrura do bigode; estatura alta e elegante; pescoço largo, nariz direito e fronte espaçosa". Na opinião de Barbosa (s/n.), Aluízio de Azevedo:

> [...] introduz o Naturalismo na literatura brasileira e faz uma crítica anticlerical e anti-racista da sociedade provinciana do Maranhão. [...] o escritor maranhense realiza uma impiedosa crítica social através da sátira dos personagens típicos de São Luís. Os comerciantes grosseiros, as senhoras de escravos sádicas, as velhas beatas e fofoqueiras e o padre sedutor, maquiavélico e assassino são apenas alguns exemplares de uma sociedade apodrecida e racista.

Em *O navio negreiro* Castro Alves [28] não inova em termos de identificação, mas se torna *sui gereris* pelo fato de denunciar os maus tratos sofridos pelo negro na vinda para o Brasil; mas curiosamente seu elemento afro não se revolta, ao contrário, se resigna aceitando a escravidão como punição pelos próprios crimes cometidos contra a mama África. No poema *A cruz da estrada* Castro Alves mostra o grito das Américas, no qual o negro não encontrando lugar para si na sociedade visualiza a morte como plena liberdade, já que nunca mais voltaria a seu país conforme vem expresso a seguir nesse trecho de *O navio negreiro*:

---

[28] No que se refere ao tema que o consagrou - os negros, a escravidão-, o chamado ``poeta dos escravos'' talvez não passasse da esquina hoje em dia, tratado como politicamente incorreto e olhado com desconfiança (pelos movimentos negros), não somente por ser branco como por ter atenuado os caracteres físicos dos africanos em seus versos às ``moreninhas''. Mas é exatamente essa queda para o demagógico que faria sua poesia corresponder tão bem ao gosto poético popular. Os poemas ``Lúcia'' - que trata de um poeta menino brincando com crianças escravas- e ``Maria'' dão conta da espécie de maquiagem a que até mesmo o corajoso Castro Alves precisou recorrer para introduzir o negro na literatura: transformá-lo no indistinto miscigenado brasileiro, o mulato, o moreno até hoje mais aceito [...] Seu mérito foi o de ter imposto ``o escravo à sensibilidade burguesa [...] como ser igual aos demais no amor, no pranto, na maternidade, na cólera, na ternura''.
Sua poesia abolicionista é considerada a mais vigorosa em recursos estilísticos e vocabulário. Mas não retrata o negro, apenas exprime um ideal de justiça pelo qual se queria lutar. Foi sobretudo importante como poeta de uma transição social, do feudalismo escravocrata ao liberalismo burguês, como disse Carpeaux (FELINTO, 1997).

> Mas eu, Senhor![...] Eu triste abandonada/ Em meio das areias esgarrada,/ Perdida marcho em vão!/ Se choro [...] bebe o pranto a areia ardente:/ Talvez [...] pra que meu pranto, ó Deus clemente!/ Não descubras no chão/ Basta, Senhor! Do teu potente braço/ Role através dos astros e do espaço/ Perdão pros crimes meus! [...]/ Há dois mil anos... eu soluço um grito [...]/ Escuta o brado meu lá do infinito,/ Meu Deus! Senhor, meu Deus! (1960, p. 291-3).

Nesse mesmo período, há identificações como "O bandido negro" (Castro Alves), "O negro infantilizado", "o demônio familiar" (José Alencar), "O Cego" (Joaquim Manoel), "Cambalhota" (Trajano Carvalho) e "O Rei negro" (Coelho Neto).

Em *O bom crioulo* de 1885 Adolfo Caminha trabalha a questão do negro pervertido apresentado como animal sensual; e em *A Carne* de Júlio Ribeiro (1888, ano da abolição) essa mesma sensualidade é apontada como a causa da perversão sexual da personagem Lenita. A homossexualidade do negro por sua vez, é abordada por Moteiro Lobato na obra *O Presente Negro* (1926) como justificativa para inferioridade desta raça.

Mário de Andrade, que era mulato (Cf. DUARTE, 2004, p. 10) tentou de muitos modos esconder da sociedade a sua origem; como se percebe em alguns de seus escritos. Em *Poemas da Negra* (1929), ele exalta inicialmente "a escureza suave / que vem de você, / que se dissolve em mim", para em seguida declarar "ôh meu amor, / Nós não somos iguais" (1976, p. 222-3). Proença Filho (2004, p. 166) estabelece uma relação entre Jorge Lima [29] e Mário quanto à erotização do negro:

> O negro ou o mestiço de negro erotizado, sensualíssimo, objeto sexual, é uma presença que vem desde a Rita Baiana, do citado O cortiço, e mesmo do mulato Firmo, do mesmo romance, passa pelos poemas de Jorge de Lima, como "Nega Fulô", suaviza-se nos Poemas da negra (1929), de Mário de Andrade e ganha especial destaque na configuração das mulatas de Jorge Amado. O negro ou o mestiço de negro erotizado, sensualíssimo, objeto sexual, é uma presença que vem desde a Rita Baiana, do citado O cortiço, e mesmo do mulato Firmo, do mesmo romance, passa pelos poemas de Jorge de Lima, como "Nega Fulô", suaviza-se nos Poemas da negra (1929), de Mário de Andrade e ganha especial destaque na configuração das mulatas de Jorge Amado.

Por sua vez, Lima Barreto (1881-1922) em suas ficções observava de perto os suburbanos do Rio de Janeiro, que eram justamente os negros. Por conseguinte, o surgimento da Frente Negra Brasileira em 1931, em plena ditadura de Getúlio Vargas pouco beneficia os escritores negros e descendentes. O mesmo pode ser dito da criação da Associação de Negros Brasileiros em 1944 e a criação do Teatro Experimental do Negro que pouco influenciaram historicamente um melhor tratamento dos negros conforme será abordado no terceiro momento.

Lino Guedes (1897-1951) em "Negro preto cor da noite" (1936) ironiza a questão do negro e sem cair na 'malha fina' da repressão (já presente no governo de Getúlio Vargas), faz sua manifestação literária:

---

[29] Jorge de Lima é outro escritor que termina por falar sobre os negros. Há nos seus versos, é verdade, a tentativa de exaltação mitificadora da Serra da Barriga, no poema do mesmo nome, da contribuição africana às comidas da Bahia ("Comidas"), da beleza sedutora da mulher negra, mesmo na condição de escrava, mas, no caso, associada à imagem de ladra e destruidora de lares, por força de sua sensualidade e de seu erotismo ("Essa nega fulô"). Por outro lado, contêm referências às práticas religiosas ("Benedito Calunga", "Obambá é batizado", "Rei é Oxalá, rainha é Iemanjá"), lembrança nostálgica da babá negra ("Ancila negra"), canto de esperança redentora ("Olá, negro") (PROENÇA FILHO, 2004).

> Se porventura mel fosse/ Não seria assim tão doce/ O sorriso de Pai João/ Que apesar de sofrer tanto/ De ninguém, tal como um santo,/ Guarda rancor ou paixão! [...]/ A lenda triste do Congo,/ Criada em noites de jongo,/ Quando sorria Pai João,/ Aos nossos olhos desfia,/ Dizendo com ironia:/ Que história linda, pois não?

Ao abordar Machado de Assis, a análise se torna mais complicada, devido ao fato de ser acusado de deixar de lado o mundo do trabalho escravo (Cf. DUARTE, 2004, p. 11). Duarte (Ib) ainda afirma que foi inversamente proporcional o fato ter rapidamente ascendido se afastando de sua etnicidade mulata. Mas o que se pode afirmar a seu respeito em relação a isso é talvez o fato de ele ter se afastado sim do fetichismo estereotipado do negro na época, não levantando bandeiras, mas expondo em suas obras (*Dom Casmurro,* por exemplo) elementos do cotidiano da vida do Negro sutilmente exposto em palavras como "trigueiro". "[...] acionista da Gazeta de Notícias, um dos jornais mais lidos na década de 1880 [fora um] cidadão empenhado em denunciar a crueldade do sistema e a hipocrisia de escravocratas recém-convertidos ao abolicionismo" (Ib, p. 12).

Por sua vez, num contexto regionalizadamente mestiço (baiano) de exaltação do negro, pelo menos no contexto literário, Jorge Amado com *Gabriela cravo e canela* lança olhares sobre o estereótipo das mulheres brasileiras que sempre foram exaltadas em suas obras como sensuais e "avantajadas".

Na obra de Lins do Rego (*Menino de Engenho*), Adonias Filho (*Corpo vivo*, 1962) e Luanda (*Beira Bahia,* 1971), aparecem inúmeras tentativas de se não exteriocizar a figura do negro; somente com Edilberto Coutinho em *O rei nu* e *O fim de uma agonia* (1984, p. 126s) é que a crítica a uma nova sociedade velha em seus "pecados" contra os negros se faz por mais ácida. Esse avanço se torna ainda mais evidente na obra *A poesia afro-brasileira* (1943) de Roger Bastide, o qual desde seu inicio, tece informes da diferença cultural vigente.

> Talvez não seja impunemente que se traz correndo nas veias sangue da África e, com o sangue, pedaços de florestas ou de descampados, a música, longínqua do tam-tam ou do ritmo surdo da marcha das tropas, reminiscências de magias e de danças, gris-gris e amuletos de madeira. Talvez não seja impunemente que se tenha passado pela senzala e dela se tenha saído pelo esforço mais que heróico ou pela bondade do senhor branco, para subir um pouco na escala social (1943, p. 8).

Segundo Duarte (2004, p. 14) Bastide (1943) faz diversas críticas a escritores mulatos de sua época caracterizando suas personagens por um padrão europeu e não africano; é o caso de Teixeira e Souza que em "um lirismo puramente africano" excluiu do negro a nacionalidade e o amor pela sua origem. Silva Rabelo (1826-1864) é acusado de reforçar ainda mais a afro-brasileira, Tobias Barreto (1839-1889) une as raças para o bem da nação, de Gonçalves Dias (1823-1864) que promove a apoteose das características européias. Bastide (apud DUARTE, 2004, p. 17) acusa Luiz Gama em *Orfeu de Carapinha*, de não ter atingido a especificidade poética africana, tendo êxito, porém ao satirizar a "imitação dos brancos e para a valorização dos traços culturais e fenotípicos oriundos do continente negro". Também fazem sua passagem pela literatura afro, Solano Trindade (1908-1973), Abdias Nascimento, autor de *Drama* (1961), além de:

> Abelardo Rodrigues (Memória da noite, 1979), Adão Ventura (Abrir-se um abutre ou mesmo depois de deduzir dele o azul, 1970; As musculaturas do Arco do Triunfo, 1976, A cor da pele, 1980), Arnaldo Xavier (Pablo, 1975, A rosa da recusa, 1980), Cuti (Luís Silva), (Poemas da carapinha, 1978; Sol na garganta, contos, 1979, Batuque de tocaia, 1982), Éle Semog (Luiz Carlos Amaral Gomes) (Atabaques, 1983, em colaboração com J. C. Limeira), Geni Mariano Guimarães (Terceiro filho, 1979), Paulo Colina (Plano de vôo, 1984, Fogo cruzado, 1980), W. J. de Paula (Versos brancos, negra poesia, 1972), José Alberto de Oliveira de Souza (Cinco poemas vivos, 1978), Maria da Paixão (esparsos, nos Cadernos negros), Eduardo de Oliveira (Ancoradouro, 1960, Gestas líricas da negritude, 1967, Túnica de ébano, 1980), Oswaldo de Camargo (Grito de angústia, 1958, 15 poemas negros, 1963), Mirian Alves (Momentos de busca, 1983, Estrelas no dedo, 1985), Oliveira Silveira (Roteiro dos tantãs, 1981, Banzo, saudade negra, 1970, Décima do negro peão, 1974, Pelo escuro, 1977), Antônio Vieira (Areia, mar, poesia, 1972, Cantos, encantos e desencantos d'alma, 1975, Cantares d'África, 1980), Jônatas Conceição da Silva (Miragem do engenho, 1984), Ronald Tutuca (O paquiderme com asas de água, 1981), Mortoalegrense, 1982, Homem ao rubro, 1983), Carlos Assumpção (Protesto, 1982) (PROENÇA FILHO, 2004, p. 63?).

Deve-se fazer aqui uma reflexão em relação à abordagem desse momento com relação ao que se tem vinculado na mídia televisiva sobre a igualdade entre as diferenças. É fácil refletir sobre quem abordou e que não incluiu a questão afro na história da literatura, mas deve-se pensar que o "abolicionismo" e a dignidade do negro somente foram juridicamente tratadas depois de 1988, já que representava apenas idealismo.

Em *O Auto da Compadecida,* Ariano Suassuna a questão afro assume realmente um caráter inovador quando João Grilo, personagem mais perspicaz da obra, se mostra um sujeito racista até em relação ao sagrado. A ironia assumida por Suassuna atinge seu ápice ao expor a figura de um Jesus negro e, portanto, pouco tradicional como atesta esta fala da obra em que João é solenemente acusado por Emanuel:

> [João Grilo] Muito bem. Falou pouco, mas falou bonito. A cor pode não ser das melhores, mas o senhor fala bem que faz gosto. Muito obrigado, [Jesus] João, mas agora é sua vez. Você é cheio de preconceito de raça. Vim hoje assim de propósito, porque sabia que ia despertar comentários. Que vergonha! Eu, Jesus, nasci branco e quis nascer judeu, como podia ter nascido preto. Para mim tanto faz um branco ou um preto. Você pensa que sou americano para ter preconceito de raça? (EMANUEL, 1970, p. 146-8).

Duas figuras marcam emblematicamente os anos oitenta. Josué Montello em *Os tambores de São Luís* (1985), que não sendo negro faz uma bela apresentação do tema: "a grande saga do negro brasileiro, nas suas lutas, nos seus dramas e na sua tragédia [...] O resgate de uma velha dívida - a dívida contraída para com a raça negra em nosso país e que merecia, de nossa literatura, o seu canto em prosa, a sua verdade, a sua denúncia" (1985). O outro expoente é Zilá Bernd (1988) que segundo Duarte (2004, p. 10) configura a literatura negra como aquela produzida por um sujeito de enunciação que se afirma e se quer negro.

No mesmo período, é de igual relevância João Ubaldo Ribeiro (1984, p. 312) ao ratificar que a liberdade de um não era nada sem a liberdade de todos e a liberdade não era nada sem a igualdade e a igualdade há que estar dentro do coração e da cabeça, não pode ser comprada nem imposta". Destacam-se ainda: Domingos Caldas Barbosa (1740?-1800) e Gonçalves Dias em *A escrava* (1846).

Por fim, Proença (2004, p. 184) faz mais uma lista em seu artigo destacando obras literárias atuais e mais diversas que a primeira aqui citada:

> A maldição de Canaã (1951), de Romeu Crusoé, lembrado por Oswaldo de Camargo, o autobiográfico A descoberta do frio (1975), de autoria deste último, a quem se deve ainda o livro de contos O carro do êxito (1972), e os textos do autor de história do Brasil romanceada e de literatura infanto-juvenil, do combativo historiador e professor Joel Rufino dos Santos, entre eles, Quatro dias de rebelião (1980), O dia em que o povo ganhou (1982) e Ipupiara (1985). Registro também A mulher de Aleduma, 1956, de Aline França, e, no âmbito da literatura-testemunho, o diário da favelada Carolina Maria de Jesus, Quarto de despejo, 1960, resgatado em edição de 1990, a que se juntam ainda Casa de alvenaria, 1961, e Diário de Bitita, 1986. Assinale-se, no teatro, a peça Sortilégio. Mistério negro (1951), de Abdias Nascimento e, na literatura oral, as histórias registradas por Mestre Didi (Dioscóredes M. dos Santos) sob o título de Contos crioulos da Bahia (1961), e a antologia organizada por Júlio Santana Braga, Contos afro-brasileiros (1980).

Se faz necessário esclarecer ainda que o intuito desta pesquisa é mais identificatório que necessariamente descritivo, uma vez que o aspecto antropológico está sobreposto na atualidade pelas bandeiras axiológicas dos "direitos" esteriotipando a própria realidade do negro. Considera-se como válidas as nuances aqui dispostas e comentadas de modo que resta ainda olhar mais de perto a questão da mulher negra, objeto de inspiração por vezes luxuriosa como se tratará a seguir.

2.3 A mulher (sexualmente) negra

A pergunta que surge é: por que a mulher e nesse caso a negra, precisa fazer-se objeto para ser notada? E por que o símbolo do Brasil no Carnaval é a chamada "Globeleza", sempre ou pela segunda vez, uma jovem mulata que esbanja sensualidade na dança? Questões assim remontam a um passado colonial não muito distante de exploração sexual por parte dos portugueses e europeus que "demarcaram" muito bem seu território:

> Envolver-se com negros, mulatos ou mestiços é, a um só tempo, prazeroso e pecaminoso. Na senzala as boas e gordas negras vinham aleitar os filhos dos brancos na casa-grande com seus fartos seios, enquanto as negrinhas jovens e bonitas iam sendo "abatidas" pela fúria sexual do branco colonizador europeu, que desenvolvia toda sorte de fantasia erótica (SANTOS, 1994, p. 15).

Dentro da literatura, haveria uma série de autores que poderiam ser elencados, mas nesse caso, talvez mereçam destaque dois expoentes já citados anteriormente em relação às (des) caracterizações da mulher negra. Um deles é Euclides da Cunha em *Os Sertões* e Aluizio de Azevedo em *O Cortiço* que conta a história do português Jerônimo, o qual se envolve amorosamente com a mulata Rita Baiana "mulata luxuriosa, alegre dançarina, de carne dura, nádegas proeminentes que representavam um verdadeiro convite ao prazer" (SANTOS, 1994, p. 14).

Nos dois casos, a mulher negra ora está servindo aos apetites sexuais de seus "senhores", ora sendo acusada de algo como no caso da jovem Capitu de Machado de Assis (1899, cap. 13): "Os cabelos grossos, feitos em duas tranças, com as pontas atadas uma à outra, à moda do tempo, desciam-lhe pelas costas. Morena, olhos claros e grandes, nariz reto e comprido, tinha a boca fina e o queixo largo". O texto não indica se ela era negra, porém os pré-juízos históricos a elegem com traidora, o que revela um **negro** período de exploração, já que é aí onde os afro-descendentes eram usurpados de todas as maneiras conforme se demonstra a seguir:

> A utilização do estereótipo sobre a mulher negra tem origem no período colonial e atravessou o tempo até os dias atuais como um controle social a esta população através de teorias hoje desmascaradas por vários segmentos das mesmas ciências que as defenderam, não contribuindo, porém, para retirá-las das práticas racistas (ANDRADE, 2002, s/ p.).

A exploração da imagem da mulher objeto permeou praticamente todos os âmbitos de nossa sociedade, em que nos anúncios de trabalho doméstico (onde boa parte das candidatas são negras) lêem-se frases como: "procura-se mulher para vaga [...] de boa aparência". Para muitos, essa "boa aparência" quer dizer de pele branca. Até a MPB trouxe para o contexto social a estigmatização da mulher, no qual não deixam de estar presentes elementos como a luxúria:

> A música popular brasileira, por anos seguidos, tem aproveitado a sua penetração no inconsciente coletivo? se assim podemos falar? e dissemina um comportamento declaradamente preconceituoso e racista contra a mulher negra, reforçando os estereótipos negativos defendidos pela ideologia do embranquecimento (ANDRADE, 2002?, s/ p.).

É preciso citar ainda as "mulatas do Sargentelli" que na década de 80 faziam sucesso não só nos palcos carnavalescos; bem como o fato de as primeiras mulheres a saírem quase nuas no carnaval da TV Globo serem negras. O mais curioso disso tudo, é o fato de a própria lei não favorecer a libertação ou abolição definitivas da mulher e do negro de um modo geral: "Ancorado na lei não escrita ou assumida do racismo, a mulher negra é a mais violentada nas desigualdades praticadas no mercado de trabalho, tendo que se sujeitar ao trabalho na escala mais inferior da pirâmide social" (SANTOS, 1994, p. 17).

No conto "As filhas de lavadeiras", Maria Helena traça um perfil da situação das mulheres negras da região de Caxambu-MG, mostrando desigualdades, racismos e preconceitos variados:

> Minha mãe tinha uma coisa extraordinária, entre tantas outras que ela tem, o gosto pela musica clássica, pela poesia e pelo teatro. Papai desprezava os seus gostos e falava: 'o que ela quer, uma negra besta desta, lavadeira e faxineira, com estas coisas'. [...] A exclusão, a descriminação, a falta de oportunidades, essa coisa do individualismo, muito egoísmo. Parece assim que quando comecei a ser militante no movimento negro, tinha mais gente para trocar, as pessoas eram mais solidárias. [...] Na época em que minha mãe me criou, ainda estava muito difícil um estudo mais avançado para os filhos pobres e negros [...] (SILVEIRA, 2002, s/ n.).

Construíndo tais afirmativas, pode parecer que somente a mulher negra é discriminada, mas o fato é que em essas "denúncias literárias" dizem respeito também às mulheres brancas, muçulmanas, índianas dentre tantas que são objeto de preconceito: "Se a mulher branca advém de um processo discriminador, o que dizer da mulher negra abafada por outras opressões : a de gênero, a de raça quando não a de classe" (SANTOS, 1994, p. 8).

É ilusório tentar enumerar os muitos sofrimentos das negras, mulatas e mamelucas de nosso país que não encontram respaldo histórico, mas somente sérias atitudes de reforçamento em todos os setores. Cabe, portanto, entender que a literatura, nem sempre teve nobres propósitos como se quer mostrar em nossos dias, mas que também contribuiu para aprofundar as desigualdades históricas criando grandes e "escuros" abismos sócio africanizados.

2.4 O negro na literatura infantil

O Dr. Paulo Silva em sua tese de doutorado intitulada: "Relações raciais em livros didáticos de língua portuguesa", lança mão de pesquisas realizadas sobre racismo em livros didáticos, a partir da segunda metade da década de 1980 e que nos pareceu coerente citar aqui.

Em sua pesquisa sobre o tema, traça um quadro em que se constata a inferior presença negra em todos os aspectos.

> Personagem branco [aparece] como representante da espécie, muito mais freqüente nas ilustrações, representado em quase a totalidade de posições de destaque e ilustrações de capas. [...] personagem negro menos elaborado, prioritariamente identificado pela raça, ao passo que o branco, por nome próprio, atributos familiares e origens de nacionalidade (SILVA, 2005, p. 29).

Aos personagens negros quase nunca [30] são vistas no contexto familiar, a menos que seja em situação de pobreza como conseqüência da raça representando assim, menos poder aquisitivo. Por sua vez, a criança negra [31] dificilmente aparece inserida no contexto escolar ou no lazer. O "Tratamento estético das ilustrações apresentou o negro com traços grotescos e estereotipados [produzindo] associações com personagens estereotipados/folclóricos" (Ib, p. 14). Os negros são inseridos nas narrativas, sem a possibilidade ou condição pessoal de atuar como protagonistas, sendo sempre mostrados como pobres e miseráveis. Em suma, há:

> Ênfase na representação do negro escravo, vincunlado-o a uma passagem daquela condição à de marginal contemporâneo [...], associando o trabalho livre e o progresso do país aos brancos [...]. No que se refere à resistência negra, enfatizaram-se manifestações individuais em lugar de coletivas. Afirmações restritivas e abordagens simplificadoras sobre cultura e história afro-brasileira [...] Livros didáticos mantiveram a população negra confinada a determinadas temáticas que reafirmam o lugar social ao qual ela está limitada (Ib).

Em produções como *O sítio do pica-pau amarelo* há uma confirmação clara da ausência (de sentido, de presença, de condição sócio histórica) do negro na literatura. Conforme indica Gouvêa (2005, p. 84), Lobato é um grande representante na literatura infantil dessa 'ausência' do negro:

> É interessante observar que Lobato em Histórias de Tia Nastácia ironizava impiedosamente tal produção. Tia Nastácia foi convidada a contar suas histórias, porque: — Tia Nastácia é o povo. Tudo que o povo sabe e vai contando de um para o outro ela deve saber. Estou com idéia de espremer Tia Nastácia para tirar o leite do folclore que há nela, afirma Pedrinho.

E Ainda afirma:

---

[30] Nos textos pesquisados, produzidos entre 1900 e 1920, o negro era um personagem quase ausente, ou referido ocasionalmente como parte da cena doméstica. Era personagem mudo, desprovido de uma caracterização que fosse além da referência racial. Ou então personagem presente nos contos que relatavam o período escravocrata, como na obra: Contos pátrios, de Olavo Bilac e Coelho Neto, de 1906, em que os autores descrevem com ternura a figura submissa de Mãe Maria. [...] Essa ausência do negro nas cenas sociais descritas no período remete à sua marginalização após a abolição. O apagamento do negro nos textos da época reflete uma mentalidade dominante voltada para os ideais de progresso e civilização. Procuravam-se eliminar os antigos hábitos urbanos, assim como afastar dos grandes centros os grupos populares, concebidos como focos de agitação e resistência à nova ordem social (Gouvêa, 2005, p. 83).

[31] Nos textos analisados nos quais apareciam crianças brancas e negras, buscava-se marcar um ideal de integração entre os personagens, em que estes participavam das mesmas aventuras, estabelecendo-se uma suposta igualdade, apesar das diferenças étnico-sociais. Em Um passeio em Petizópolis, Max Yantock narrava a seguinte cena: O Lambuza e o Milton Almofadinha desceram apressados do bonde e foram oferecer o braço à menina que continuava a agitar o lenço. Mas a menina, com um muxoxo, recusou o braço de um e de outro. Deste cavalheiro não gosto – disse ela, apontando o Milton – é um almofadinha e deste outro (apontou o Lambuza) ainda pior, não tira o dedo do nariz nem que o cortem. Apressou-se um terceiro cavalheiro, o pretinho Alcaçuz. — Este, sim — disse a menina, oferecendo graciosamente o braço ao cavalheiro de chocolate — é preto por fora, mas deve ter a alma branca (Yantock, 1935, p.17).

> Novamente é Lobato quem, de maneira "cruel", fez referência a essa representação em seu texto. Em Memórias da Emília, esta ao relatar ao Anjinho caído do céu que a vaca era um animal precioso para o homem e que, no entanto, o termo "vaca" era usado de forma depreciativa, na linguagem cotidiana, comentava: Pois muito bem. A vaca é tudo isso que acabo de dizer e muito mais. No entanto, se você comparar a mais suja negra de rua com uma vaca dizendo: "Você é uma vaca", a negra rompe num escândalo medonho e se estiver armada de revólver, dá tiro (GOUVÊA, 2005, p. 86).

Maria Cristina Soares de Gouvêa (2005) professora da Faculdade de Educação e do Programa de Pós-Graduação em Educação da UFMG, pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas em História da Educação (GEPHE) e bolsista de produtividade do CNPq em sua brilhante análise sobre a presença discriminatória do negro no contexto da literatura infantil, faz ainda importantes contrapontos em relação à historiografia da questão afro em tal contexto. Para ela (2005, p. 90) "O leitor que os textos produziam era marcado pela identificação com a cultura e estética brancas, ao mesmo tempo que desqualificador da cultura e estética negra". Ambos, leitor e personagem acabavam na visão da autora, embranquecidos já que a raça branca era sempre colocada como superior:

> Outra característica presente em praticamente todos os textos referentes ao negro era a constante referência à raça, definidora dos personagens. Assim é que, invariavelmente, o nome dos personagens negros era substituído por vocábulos como: o negro, o negrinho, o preto, o pretinho, a negra, a negrinha, o preto velho, a negra velha. Era o "pertencimento" racial que situava os personagens na narrativa, ao contrário dos personagens brancos, cujas marcas raciais não eram nomeadas ao longo dos textos analisados. Pode-se analisar que a referência racial é que conferia identidade ao personagem, distinguindo-o dos demais, definindo uma alteridade (GOUVÊA, 2005, p. 88).

Tanto na literatura adulta como na infantil a trajetória do negro se mostra [illegible] da ou estigmatizada é por isso serão abordados no próximo momento aspectos éticos da[illegible]es aqui tratadas para então verificar o que tem sido trabalhado dentro das instituições de ensino de Quirinópolis frente a alguns indicadores nacionais com relação à imagem do negro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início do momento primeiro esta pesquisa questionava o leitor sobre quantos negros vieram no período escravista para o Brasil; ao terminarmos esse momento histórico de nossas vidas enquanto pesquisadoras deve-se depois de todo o exposto questionarmos quantos irmãos negros morreram no Brasil, vítimas da fome, doença, tráfico, pobreza, descaso e preconceito.

Ao serem traficados para o Brasil os afro-descendentes sofreram impressões históricas (foram marcados como gado) que determinariam tragicamente sua permanência na Nova Terra de Santa Cruz. Para o atual Presidente da República "Deus é Brasileiro", mas que morre na cruz dessa terra não é Deus (alusão à figura de Jesus Cristo), nem o Jesus Hollywoodiano de olhos e pele clara, mas o negro, o escravo no tronco, caçado ao fugir das fazendas como animal: "homem das dores, familiarizado com o sofrimento, como aquele diante do qual agente esconde o rosto; sim desprezado, não o estimávamos de modo algum; na verdade, são nossos sofrimentos que ele carregou" (Isaías 53, 3-4). Se o 'Deus brasileiro' de Lula carregou o pesado madeiro, o negro intertextualmente escravizado pelos pregadores cristãos que supostamente o Cristo fundara, carregou as pesadas correntes e marcas em seu corpo.

Nas fazendas de açúcar ou nas minas de ouro, os negros eram mal tratados. Trabalhavam dioturnamente, recebendo apenas roupas velhas e uma alimentação ruim. Passavam as noites nas senzalas (galpões escuros, úmidos e com pouca higiene) acorrentados para evitar fugas. Eram constantemente castigados fisicamente, sendo que o açoite era a

punição mais comum no Brasil Colônia.

Esses sinais vitais são essencialmente presentes ainda hoje; uma vez que mesmo a literatura republicana não se esforçou para impedir ou de fato minorar o sofrimento negro, assim como a religião nesse período, resta reconhecer os ditames da realidade nacional, sem contudo cometermos o mesmo erro histórico: a omissão.

> De 1999 a 2005, a taxa de assassinatos por 100 mil homens brancos caiu de 36 para 34; entre os negros, aumentou de 52 para 61. Principais causas de mortalidade de homens negros são externas, como homicídios; brancos morrem mais de doenças [...] Entre mulheres, 15% das mortes em 2005 não foram definidas, percentual que cai para 8% entre brancas (GOIS, 2007, s/ p.).

Até no momento da morte, os negros sofrem esse estigma da reificação discriminatória (como no caso da Bertoleza em *O Cortiço* de Aluízio de Azevedo) que 'enriquece' o português João Romão, m coisificada ao perder sua utilidade, isso graças à construção histórica de um inevitável progresso mostrado na pesquisa ao longo de todo o primeiro momento, e do qual provem todas as seqüelas raciais apontadas no terceiro momento desta pesquisa. Tal problemática recebe uma expressão forte real em Carneiro (apud DUARTE, 2004, p. 9) que a denomina 'estupro colonial' por indicar a constante de usurpação dos direitos humanos e civis [32] de quem tiver pele escura.

> A expressão afro-descendente resgata toda essa descendência negra que se dilui nas miscigenações, desde a primeira miscigenação que foi o **estupro colonial**, até as subseqüentes, produto da ideologia da democracia racial. A expressão resgata a negritude de todo esse contingente de pessoas que buscam se afastar de sua identidade negra, mas que têm o negro profundamente inscrito no corpo e na cultura.

Ao longo do segundo momento buscamos entender os muitos meandros da presença, mais descritiva que necessariamente operativa do negro na literatura, de modo a ser traçado um perfil dos significantes históricos que compõem a atual imagem da figura negra no Brasil. Para ser reconhecido o negro não precisa esforçar-se para conquistar seu espaço, já que seria uma obrigação branca.

As implicações mostradas no terceiro momento indicam uma crescente necessidade educativa da comunidade negra, bem como a solidificação da mesma de modo a se inserir nos setores sociais e empresariais e não menos na literatura: "A importância da literatura negra hoje no Brasil se dá em vários aspectos. O primeiro, e mais claro, seria justamente a questão de falar sobre si próprio, da auto-estima, de resgatar e, mais que isso, valorizar e amar sua própria cultura e as próprias raízes" (BASTOS, 2007, s/ p.).

O resgate de todas as perdas históricas deve ser feito por quem lhe é de direito, por quem tem o poder de fazê-lo; mas não pensem os leitores que nosso papel docente e discente se faz de diminuta importância, uma vez que não falar, não denunciar, não usar a língua e a psicopedagogia nossas ferramentas de trabalho para cunhar nessa história o lugar do negro, é negar a todos uma parte de sua própria história:

---

[32] O negro brasileiro não pode ser tratado como o outro que tanto trabalhou pela grandeza da nação etc. e a quem se deve reconhecimento especial por isso, como não cabe agradecer aos brancos portugueses ou aos índios, mas também não deve tratar-se como o outro em nome de sua auto-afirmação. Como os demais grupos étnicos, ele é parte da comunidade que fez e faz o país. Se a luta em que se empenha se tornou e continua necessária, isto se deve, como é sabido, ao fato de ter-se tornado alvo de tratamento social e historicamente discriminatório (PROENÇA FILHO, 2004, p. 21).

> É importantíssima a ocupação pelos negros e seus descendentes de espaços literários e de outros espaços igualmente culturais até então timidamente freqüentados. O caminho vem sendo percorrido. Alguns resultados, poucos, têm aflorado. Importa prosseguir na busca de uma plena e insofismável representatividade, até que se torne inteiramente dispensável a presença como marca de uma diferença redutora. Afinal, literatura não tem cor (PROENÇA FILHO, 2004, s/ p.).

A partir do pensamento de Proença Filho podemos afirmar que não se trata mais de uma luta racial e sim social. O negro é brasileiro tanto quanto o branco, tanto quanto o índio e merece esse respeito e tratamento desde as séries iniciais do ensino.

Deve-se perceber, porém que mudanças nesse campo demoram muito a acontecer e quando acontecem, não são nem noticiadas e nem romanceadas devidamente pelo atual momento literário atual. Se até então a literatura se manteve muito ocupada em "falar do negro" talvez seu eco deva ser o de deixar o negro falar por ela, valorizar os escritores negros, olhar de maneira *sui generis* para o aluno negro, seu potencial, sua expressionalidade, sem descaracterizar ou embranquecer sua presença. Nas palavras de Xavier (1993, p. 8):

> Em síntese, o que é ético para o branco, neste país subdesenvolvido, até na sua miserável e infeliz condição de racista, nunca foi para o negro. Porque para nós – Negros - a ética sempre foi uma grande piada. Por isso não podíamos começar este serviço de negro sem ressaltar que os caras-pintadas, ora teleguiados pelas elites brasileiras, estão gritando diante de instituições em estado de putrefação. E que nós, caras-pintadas por natureza, estamos clamando há cinco séculos. E que nossa luta pela sobrevivência tem sido uma permanente campanha contra a fome.

Ao finalizarmos esta breve, mas significativa pesquisa, só podemos pensar que se não acreditamos em destino ou predestinação, ao menos devemos crer num longo e preciso processo de padronização social, no qual os negros sempre estiveram em último lugar e ao nosso ver, continuará assim por muito mais tempo. Quantos professores negro encontramos nas escolas e faculdades por onde empreendemos esta pesquisa? Quantos alunos? Na verdade, bem poucos diante do grande abismo que a história e por que não dizer a literatura se encarregaram de cavar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDIAS, Nascimento. *Drama para negros e prólogo para brancos*. Rio de Janeiro: Teatro Experimental do Negro, 1961.

ALUÍSIO de Azevedo. *O mulato*. São Paulo: Martins, 1964.

ANDRADE, Inaldete Pinheiro de. *A mulher Negra na MPB: um abalo na identidade racial*. 2002. Disponível em: <http://www.antroposmoderno.com/antro-articulo.php?id_articulo=984>. Acesso em: 21 set. 07.

SUASSUNA, Ariano, *Auto da compadecida.* Rio de Janeiro: Agir, 1970.

ARRUDA, José Jobson de A; PILETTI, Nelson. *Toda a História:* história geral e do Brasil. São Paulo, Ática, 2000.

BARBOSA, Frederico. *Estudo sobre o Mulato*. Disponível em: <http://sites.uol.com.br/fredbar/>. Acesso em: 21 set. 07.

BASTIDE, Roger. *A poesia afro-brasileira*. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

BASTOS, Alessandra. *Com a palavra, a imortalidade guerreira do negro*. 25º Caderno Negro, 2007. Disponível em: <http://virtualbooks.terra.com.br/cultura/index.htm>. Acesso em: 21 Set. 07.

BERNARDO Guimarães, *A escrava Isaura*. 6ª ed., São Paulo, Ática, 1976.

BÍBLIA de Jerusalém. A. T. Isaias. 20 ed. São Paulo: Paulus, 2002.

CARAMURU: A Invenção do Brasil. Guel Arraes. Gênero: Comédia. Brasil: Globo Filmes/ Columbia TriStar, 2001 (88 min.). 1 DVD.

CUNHA, Euclides da. Contrastes e Confrontos. Rio de Janeiro, Record, 1975.

DUARTE, Eduardo de Assis. *Literatura Afro-brasileira:* um conceito em construção. In: XXXV CONGRÈS DE L`INSTITUT INTERNATIONAL DE LITTÉRATURE IBÉRO-AMÉRICAINE, 2004, Poitiers. Fronteras de la Literatura y de la Crítica. Poitiers : IILI, 2004. v. I. p. 54-62.

FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: Livraria Fator, 1983.

FELINTO, Marilene. *O eterno abc de Castro Alves*. Folha Mais/Poesia. 16 Mar. 1997. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs160318.htm>. Acesso em: 21 set. 07.
FLIP. Eduardo de Assis Duarte. Disponível em: <http://www.flip.org.br/imprensa.php3>. Acesso em: 21 set. 07.

GOUVÊA, Maria C. S. de. *Imagens do negro na literatura infantil brasileira: análise historiográfica* (2005). Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ep/v31n1/a06v31n1.pdf>. Acesso em: 21 set. 07.

GREGÓRIO de Matos, *Poemas escolhidos*, sel., introd. e notas de José Miguel Wisnik, São Paulo: Cultrix, 1976, p. 37.

GUIMARÃES, Bernardo. *A Escrava Isaura*. São Paulo: FTD, 1998.

JOÃO UBALDO Ribeiro, *Viva o povo brasileiro*. Ed. 15, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.

LIMA, Vinícios. *A Transgressão de Arnaldo Xavier*. Ensaios, 2007. Disponível em: <http://www.cronopios.com.br/site/pesquisa.asp>. Acesso em: 21 set. 07.

LOBATO, M. *Memórias da Emília*. São Paulo: Ed. Nacional, 1936.

_____. *Histórias de Tia Nastácia*. São Paulo: Ed. Nacional, 1937.
MACHADO SE ASSIS. Dom Casmurro, 1899 in: A Biblioteca Virtual do Estudante Brasileiro. Disponível em: <http://www.bibvirt.futuro.usp.br>. Acesso em 01 nov. 07.

MÁRIO de Andrade. *Poesias completas*. São Paulo: Círculo do Livro, 1976.

MATOS, Gregório de. *Obra Poética*. Rio de Janeiro: Record, 1976.

MATOS, José. Henrique. *Caminhando pela História da Igreja.* São Paulo: Lutador, 1995.

PROENÇA FILHO, Domício. *A trajetória do negro na literatura brasileira*. Estud. Av., São Paulo, v. 18, n. 50, 2004. Disponível em: <http://www.letras.ufmg.br/literafro>. Acesso em: 21 set. 07.

REZENDE, Antonio Paulo; DIDIER, Maria Thereza. *Rumos da história:* história geral e do Brasil. São Paulo: Atual.

SALVADOR, Frei Vicente do. *História do Brasil (1500-1627)*. 7. ed. Belo Horizonte: Itatiaia/ São Paulo: Edusp, 1982.

SANTOS, Thereza. *Racismo e sexismo:* concepto imaginario e real. 1994. Disponível em: <http://www.clacso.org>. Acesso em: 21 set. 07.
SILVA, Paulo V. Baptista da. *Relações raciais em livros didáticos de língua portuguesa*. 2005. Doutorado em Psicologia social - PUCSP. 2005. 228 p. <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 set. 07.

SILVEIRA, Maria H. V. da. *As filhas das Lavadeiras* (2002). Disponível em: <http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys7/mariahelena.htm>. Acesso em: 21 set. 07.

VIEIRA, Pe. Antônio Vieira. *Sermões*. Porto: Lello e Irmão, 1959, vol. XI, Sermão XIV e XVI.

XAVIER, Arnaldo F. Dha Lamba à qvizila: a busca de uma expressão literária negra. In: ALVES, Miriam, CUTI, Luiz Silva, XAVIER, Arnaldo (Orgs.). *Criação crioula, num elefante branco*. São Paulo: Secretaria do Estado de Cultura/ Imprensa Oficial, 1986.

XAVIER, Arnaldo F; PESTANA, Maurício. *Manual de Sobrevivência do Negro no Brasil*. São Paulo: Nova Sampa Diretriz Editora, 1993.

DO HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO

OF QUALIFIED-PRIVILEGED HOMICIDE

Hallys Martins Clemente[33]
Gabriela Bastos Machado Ferreira [34]

RESUMO

O presente trabalho visa um maior aprofundamento no tema aludido, em especial na possibilidade de se obter tanto a circunstância qualificadora, quanto privilegiadora, em um mesmo caso de homicídio. Tais circunstâncias, levadas em conta no ato do julgamento do réu, são determinantes na dosagem das penas. Por esse fato, sua correta aplicação é imprescindível ao alcance da justiça no caso concreto, tendo em vista a pecularidade de cada caso. Há situações em que o sujeito comete o crime sob determinadas condições que qualificam sua atitude, mas, ao mesmo tempo, seu ato é permeado por uma situação que o privilegia na aplicação da pena. O exemplo que acaba de ser citado é o foco principal do presente estudo, que preceitua a necessidade de análise não-preconceituosa do crime de homicídio em todos os seus aspectos, apesar da ciência da sua reprovabilidade social. Não obstante, essa monografia defende o reconhecimento tanto de qualificadoras, como de privilegiadoras no crime de homicídio, quando estas forem concomitantes e compatíveis entre si, uma vez que a falta desse reconhecimento, sob pretexto de que não há previsão legal para tanto, reduz a efetividade da lei e, dessa forma, impede a realização da justiça.

Palavras-chave: Homicídio; Homicídio-Qualificado; Homicídio-Privilegiado; Homicídio-Qualificado-Privilegiado; Qualificadoras; Privilegiadoras; Justiça.

ABSTRACT

The present work aims at detailing the proposed issue, particularly the possibility of obtaining both the causing and the enabling reasons of the same case of homicide.

Such circumstancesare determining for the dosage of penalties when taken into account in the defendant's trial. Dueto this fact, the correct application is essential toachieving justice in the case itself, given the peculiarity of each. There are situations in which the subject commits the crime under certain conditions that qualify his/her attitude. But at the same time, his/her act is permeated by a situation that favors the application of penalties. The example that has just been mentioned is the main focus of this study, which enforces the need of a non-biased analysis of homicide in all its aspects, despite the awareness of its social disapproval. Nevertheless, this monographic studydefends the recognition of both causing and enabling reasons of criminal homicide when they are concomitant and mutually compatible, once the lack of such recognition on the pretext of no legal provision for both, reduces the effectiveness of law and thus prevents the accomplishment of justice.

Key words: Murder; Qualified-Murder; Privileged-Murder; Privileged-Qualified-Murder qualifying; Enabling Reasons; Justice.

INTRODUÇÃO

Tema que causa divergência jurisprudencial e também no meio doutrinário, uma vez que existentes diversas opiniões sobre a compatibilidade ou não de circunstâncias qualificadores e privilegiadoras, o presente trabalho estudará de maneira aprofundada o crime de homicídio qualificado e privilegiado.

O homicídio, que é o crime mais conhecido e o de maior reprovação no âmbito social, acaba por gerar dúvidas sobre sua possibilidade ou não na forma privilegiada e qualificada, simultaneamente.

Dito isto, surge a necessidade de investigação sobre a possibilidade de combinação entre privilegiadoras e qualificadoras em um mesmo crime de homicídio. Tal possibilidade permitirá que o julgador, ao dosar a pena, o faça de forma mais justa. Isso não só possibilitará a igualdade dos julgamentos, como também poderá influenciar e resultar em modificação da

[33] Graduado em Direito pela FAQUI, 2016.

[34] Possui graduação pela Universidade Federal de Ouro Preto (2008), e pós-graduação em Ciências Penais, pela Universidade Anhaguera Uniderp (2013). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

legislação penal, no sentido de tratar tal possibilidade de maneira mais detalhada, proporcionando assim embasamento ao assunto, uma vez não ser pacificado, como já fora dito.

Ademais, espera-se explicar mais aprofundadamente o Homicídio qualificado-privilegiado, explanando o seu significado, as suas características, quando poderá ser admitido ou não, e ainda, a relação do aludido tema com a Lei de Crimes Hediondos.

De uma maneira sucinta, para que o crime estudado aconteça, é necessário que se façam presentes, de forma simultânea, uma qualificadora objetiva (que trata do meio ou modo executório do crime), e uma privilegiadora, que possui necessariamente cunho subjetivo. É impossível imaginar o concurso de qualificadora e privilégio, ambos subjetivos, como por exemplo, um concurso de motivo fútil com motivo de relevante valor social.

Não obstante, o presente estudo tratará ainda sobre a "exceção" da regra acima descrita (combinação obrigatória entre qualificadora de cunho objetivo e privilegiadora subjetiva), existente no crime de homicídio privilegiado - por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção - associado ao homicídio mercenário – mediante paga ou promessa de recompensa -. Tal assunto é dos mais polêmicos quando se questiona a possibilidade de coexistência de qualificadoras e privilegiadoras, e será melhor explorado durante o presente estudo.

1 DO HOMICÍDIO

Formal e juridicamente falando, a norma define como criminosa qualquer conduta que dê cabo a vida da vítima, independente do meio empregado para tal. Assim, o homicídio é a eliminação da vida de uma pessoa por outra.

Primeiro crime previsto na parte especial do Código Penal Brasileiro, em seu artigo 121, o homicídio, por tratar de crime contra o bem jurídico mais valioso, é sem sombra de dúvidas o delito que causa maior reprovação. O que se pretendia resguardar em tal tipificação é justamente tal bem, a vida.

Trata-se de crime comum, uma vez que pode ser cometido por qualquer pessoa, e é, possivelmente, o crime mais antigo conhecido pelo homem, tendo relatos de cometimento do mesmo em textos bíblicos, no Código de Hamurabi, e em tantos outros relatos históricos.

1.1 Considerações de caráter histórico acerca do delito de homicídio

O primeiro homicídio relatado se encontra no texto Bíblico – Gênesis, capítulo 4. O crime foi praticado por Caim, contra seu próprio irmão, Abel.

> E aconteceu ao cabo de dias que Caim trouxe do fruto da terra uma oferta ao SENHOR. E Abel também trouxe dos primogênitos das suas ovelhas, e da sua gordura; e atentou o SENHOR para Abel e para a sua oferta. Mas para Caim e para a sua oferta não atentou. E irou-se Caim fortemente, e descaiu-lhe o semblante. E o SENHOR disse a Caim: Por que te iraste? E por que descaiu o teu semblante? Se bem fizeres, não é certo que serás aceito? E se não fizeres bem, o pecado jaz à porta, e sobre ti será o seu desejo, mas sobre ele deves dominar. E falou Caim com o seu irmão Abel; e sucedeu que, estando eles no campo, se levantou Caim contra o seu irmão Abel, e o matou

No Código de Hamurabi, considerado por alguns a mais fiel origem do Direito, o homicídio era facilmente encontrado, uma vez ser medida punitiva, já que prevalecia a regra do "*olho por olho, dente por dente"*. Em regra, o crime de homicídio cometido àquela época, seja ele culposo ou doloso, era punido com a morte, com a exceção da morte de escravo, onde poderia haver a substituição por outro escravo de propriedade do autor do crime.

Eis alguns artigos extraídos do próprio código:

> 218 - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.; 219 - Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo" [...]. 229 - Se um arquiteto constrói para alguém e não o faz solidamente e a casa que ele construiu cai e fere de morte o proprietário, esse arquiteto deverá ser morto. 230 - Se fere de morte o filho do proprietário, deverá ser morto o filho do arquiteto. 231 - Se mata um escravo do proprietário ele deverá dar ao proprietário da casa escravo por escravo."

No Brasil, a Constituição de 1824 determinava a elaboração de um novo Diploma Penal, abandonando assim o que se era utilizado antes, ou seja, as regras de Portugal, seu país colonizador. Foi então sancionado em 1830 o chamado "*Código Criminal do Império Brazil"*.

Neste diploma, o crime de homicídio obtinha sua previsão em três artigos (192, 193 e 194), tratando do homicídio qualificado, homicídio simples e por fim o homicídio culposo, respectivamente. Salienta-se ainda que, o aludido Código Criminal, trazia em seu artigo 16 as qualificadoras previstas àquela época. Vejamos:

> Art. 192. Matar alguém com qualquer das circunstâncias agravantes mencionadas no artigo dezesseis, números dois, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezessete. Penas - de morte no grau máximo; galés perpetuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte anos no mínimo.

Com o advento da República, foi promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, datado de 11 de outubro de 1890. Apesar de ter sido extremamente criticado, uma vez apresentar falhas horrendas em suas tipificações, o mesmo, segundo o Professor Marcel Gomes de Oliveira "... é considerado como marco na doutrina brasileira, porquanto deixou de prever a pena de morte".

No que concerne ao *Codéx* mais atualizado, especificamente o CPB de 1940, Luiz Luisi diz que (2001, p. 37-44) podemos afirmar que o Código Penal Brasileiro de 1940 adotou a sistemática do criminalista italiano *Tibério Deciano* (1509-1582), dividindo o Código Penal em duas partes, uma geral (tratando de uma teoria geral do delito). e outra especial (tratando dos crimes em espécie). O legislador brasileiro optou por resguardar os bens jurídicos relacionados a pessoa humana, sendo que o principal desses bens jurídicos é justamente a vida.

1.2 Aspectos gerais do crime de homicídio

O homicídio é o crime talvez que possua a maior reprovação, não só da parte leiga da população (sem o conhecimento técnico-jurídico), como também pelo judiciário, talvez por ser o delito que ataca o bem jurídico mais valioso, a vida! Crimes que firam/ataquem este bem, são os que provocam maior choque e comoção. Em outras palavras, é o crime por excelência.

O Doutrinador Julio Fabbrini Mirabete, ao falar sobre homicídio, cita:

> O homicídio, punido desde a época dos direitos mais antigos, era definido por Carrara como sendo a destruição do homem injustamente cometida por outro homem, por Carmignani como a ocasião violenta de um homem injustamente praticada por outro homem e por Antolisei como a morte de um homem ocasionada por outro homem com um comportamento doloso ou culposo e sem o concurso de causa de justificação (MIRABETE, 1997, p. 61).

Tal fato típico, previsto no art. 121 do Código Penal, visa proteger a vida extrauterina. A determinação de tal tutela tem origem prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5º, caput, que expressa que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida [...]" (BRASIL, 2008).

O crime de homicídio é definido pela doutrina em diversas formas: como simples, uma vez que tutela apenas um bem jurídico; comum, uma vez que pode ser praticado por qualquer

sujeito; material, tendo em vista a necessidade de resultado externo à ação; de ação livre, já que pode ser realizado através de qualquer meio.

No que concerne aos meios de cometimento do delito de homicídio, Mirabete dispõe que:

> Os meios para a prática do crime podem ser físicos, químicos, patogênicos ou até morais, como a provocação de susto para matar, ou a condução de um cego para o abismo. Pode ser praticado por ação ou omissão, ocorrendo o ilícito pela inatividade do agente que tinha o dever de agir para evitar o resultado (art. 13, § 2.º do CP). Evidentemente, como em qualquer crime, não se dispensa o nexo causal entre a conduta e a morte do ofendido, sempre com fundamento na teoria da equivalência dos antecedentes referida no art. 13 (MIRABETE, 2000, p. 644).

Em relação às causas, ou a motivação, é válido destacar que o Código Penal adota a teoria da equivalência dos antecedentes. Isto quer dizer que, será atribuída a relevância causal a tudo que antecede o resultado do delito em estudo. Damásio de Jesus trata do assunto com maestria ao definir que:

> [...] o movimento de um automóvel, são considerados a máquina, o combustível etc, que influem no movimento. Com a exclusão de qualquer deles, o movimento se torna impossível. Em relação ao resultado, ocorre o mesmo fenômeno: causa é toda condição do resultado, e todos os 5 elementos antecedentes têm o mesmo valor. Para se saber se uma ação é causa do resultado, basta, mentalmente, excluí-la da série causal. Se com sua exclusão o resultado teria deixado de ocorrer, é causa. É o denominado procedimento hipotético de eliminação de Thyrén, segundo o qual a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que, suprimindo-o mentalmente, resulta impossível conceber o segundo fenômeno. Suponha-se que A tenha matado B. A conduta típica possui uma série de fatos antecedentes, dentre os quais podemos sugerir os seguintes: 1.º). produção do revólver pela indústria; 2.º). aquisição da arma pelo comerciante; 3.º). compra de revólver pelo sujeito; 4.º).refeição tomada pelo homicida; 5.º). emboscada; 6.º). disparo de projéteis; 7.º). resultado morte. Dentro dessa cadeia, excluindo-se os fatos sob ns. 1.º a 3.º, 5.º a 6.º, o resultado não teria ocorrido. Logo, são considerados causa. Excluindo-se o fato n.º 4 (refeição), ainda assim o evento teria acontecido. Logo, a refeição tomada pelo sujeito não é considerada causa (JESUS, 1997, p. 23).

Demonstrado isto, fica evidenciado que o crime de homicídio pode ser praticado das mais diversas formas. Na forma simples, consiste na interrupção da vida de uma pessoa por outra, sem nenhum tipo de circunstância que qualifique ou privilegie o ato do autor do crime. Entretanto, existem circunstâncias que o tornam mais gravoso (qualificadoras), aumentando-se assim as penas a serem aplicadas, e, além disto, há também circunstâncias que o tornam, de certa forma, mais compreensivo pela sociedade (privilegiadoras), o que abranda a cominação de penas. Tais circunstâncias serão analisadas a seguir.

2 DAS CIRCUNSTÂNCIAS PRIVILEGIADORAS E QUALIFICADORAS

Em nosso ordenamento, analisando o artigo já estudado, vemos em sua extensão diferentes formas de tratamento ao delito de homicídio, considerando os motivos que levaram o agente a cometer o crime, os meios de execução e/ou modos de execução.

Tais circunstâncias geram fortes impactos e consequências no delito, juridicamente falando, uma vez que poderão qualificar o homicídio, ou transformá-lo em homicídio privilegiado, modificando a partir daí toda a estrutura de dosimetria, aplicação e cumprimento da pena.

Em outras palavras, o crime deixa de ser "simples". A definição básica *"matar alguém"*, ou simplesmente "*a supressão da vida de uma pessoa por outra"* fica pelo caminho, já que a motivação (seja ela fútil ou relevante), os modos e meios utilizados, e a forma como o crime fora

executado adquirem papel essencial em seu contexto.

2.1 Do Homicídio Qualificado

Em nosso atual Código Penal, o §2º, do art. 121, elenca as hipóteses que qualificam o homicídio:

> § 2º Se o homicídio é cometido: I - Mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe; II - Por motivo fútil; III - Com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V - Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade, ou vantagem de outro crime; VI - contra mulher, por razões da condição de sexo feminino; VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

As condutas supracitadas são consideradas como de maior reprovação. Como se já não bastasse o crime em si ser extremamente repudiado, a maneira como o delito é cometido, o meio utilizado e os motivos pelos quais se mata, geram um sentimento de reprovabilidade ainda maior. A reprovação do homicídio em sua forma qualificada é tão grande, que, além de sua pena ser maior que a do homicídio comum (de seis a vinte anos de reclusão na forma comum, e de doze a trinta anos na forma qualificada). o mesmo acaba por constar no rol dos crimes classificados como hediondos (Lei 8.072 de 1990).

Luiz Regis Prado, sobre o homicídio qualificado:

> [...] considera-se qualificado o homicídio impulsionado por certos motivos, se praticados com o recurso a determinados meios que denotem crueldade, insídia ou perigo comum ou de forma a dificultar ou tornar impossível à defesa da vítima; ou, por fim, se perpetrado com o escopo de atingir fins especialmente reprováveis (execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime). (PRADO, 2002, p. 52).

Como já exposto, as qualificadoras são dividas em objetivas (ligadas ao meio/modo executório do delito). e subjetivas (relacionadas ao estado anímico do agente no momento ou "pré-momento" da execução do crime). Tal separação é de grande importância e merece ser ressaltada, uma vez que, diante da qualificadora subjetiva, impossível conciliar uma circunstância privilegiadora (crime de homicídio cometido por motivo fútil, impelido por motivo de relevante valor moral, por exemplo).

São consideradas qualificadoras de cunho subjetivo as elencadas nos incisos I, II, V, VI e VII do art. 121, §2º, CP, quais são:

> [...] § 2° Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; [...] V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena - reclusão, de doze a trinta anos. Feminicídio. VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: Pena - reclusão, de doze a trinta anos. § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Nota-se a recente alteração em nosso código, trazendo novos tipos qualificadores do delito (incisos VI e VII), incluídos pelas Leis 13.104 e 13.142, ambas de 2015.

Não obstante, as qualificadoras de cunho objetivo são as demais, previstas nos incisos III e IV do referido artigo: *"com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum"*; e *"à traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido".*

As qualificadoras *"meio insidioso; meio cruel; e outro que possa resultar perigo comum (também chamado na área doutrinária como meio catastrófico)."*, são ligados ao meio de execução do homicídio. Demonstram certo requinte de crueldade, descaso com a vida da vítima, uma vez que aumenta o sofrimento da mesma, e descaso também com a vida de outrem, uma vez que expõe facilmente à risco pessoas divergentes daquela em que o autor almeja matar.

Com relação à *"emboscada, a traição e a dissimulação"*, estão são ligadas diretamente ao modo de execução do homicídio.

Trazendo maior esclarecimento acerca desta modalidade de homicídio, Nelson Hungria diz:

> Homicídio acompanhado de alguma dentre certas circunstâncias agravantes que a lei, no tocante a essa entidade criminal, toma em especial consideração, para o efeito de majoração a priori da pena, dado o maior grau de criminosidade que revelam. Não se dá mudança do 'titulo do crime, nem da espécie ou qualidade da pena; mas esta é independente (cominada dentro de novos limites). e quantitativamente superior à pena ordinária ou editada in abstracto para o homicídio simples. De simples accidentalia dos crimes em geral, tais circunstâncias passam a ser a essentialia ou elementos constitutivos do homicídio, na sua forma qualificada. Chamadas agravantes qualificativas ou elementares, estão elas alinhadas nos ns. I a V do parágrafo acima citado. Dizem umas com certos motivos determinantes, indiciários de maior intensidade da mens rea (ns. I, II, e V), e outras com o modo especialmente perverso da ação ou da execução do crime (ns. IV e II). (HUNGRIA, 1958, p. 163 apud FRANCO, 1997, p. 1858).

2.1.1 Mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe

Segundo a redação do primeiro inciso, do §2º do art. 121, o homicídio será qualificado se cometido mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe.

Em análise ao final do próprio inciso, alega-se em tese que, o homicídio mercenário (assim denominado por muitos no meio doutrinário), aquele realizado mediante pagamento ou promessa deste, é também praticado por motivo torpe. Em outras palavras, a motivação advinda de pagamento para o fim de assassinato é torpe.

Torpeza, nas palavras de Fernando Capez (2008, p.54). significa *"o motivo moralmente reprovável, abjeto, desprezível, vil, que demonstra depravação espiritual do sujeito e suscita a aversão ou repugnância geral"*. Justifica-se tal pensamento, uma vez que o simples recebimento, ou promessa de recebimento, de pecúnia ou pagamento, fora suficientes para motivar o agente ao cometimento do delito.

Nesta modalidade de homicídio, é necessário ressaltar que existem obrigatoriamente pelo menos dois sujeitos, mandante e executor. O mandante seria aquele que teria motivo próprio/pessoal para ver fim na vida da vítima, realizando pagamento ou promessa desta para outrem, como contraproposta na execução do assassinato. A outra figura, por conseqüência, é o executor. Este tem motivação única de recebimento de dinheiro.

Demonstrado isso, necessário também esclarecer que doutrina e jurisprudência se divergem bastante quanto ao seguinte tema: tal circunstância qualificadora se comunicará obrigatoriamente com ambos os sujeitos acima citados?

Tal possibilidade será estudada ainda no presente trabalho, quando se tratar do homicídio privilegiado associado ao homicídio mercenário.

2.1.2 Motivo fútil

O inciso II, do § 2º do art. 121, prescreve que o homicídio será qualificado se praticado por motivo fútil. Guilherme de Souza Nucci define tal qualificadora como:

> Motivo fútil significa que a causa fomentadora da eliminação da vida alheia calcou-se em elemento insignificante se comparado com o resultado provocado. Portanto, é flagrante a desproporção entre o motivo e o resultado obtido (NUCCI, 2005, p. 564).

Em outras palavras, o motivo fútil é deslumbrado quando a razão que motivou o autor a cometer o crime é de infinitamente menor importância em relação ao resultado obtido com seu ato: a morte da vítima.

Mirabete ainda define motivo fútil como:

> Aquele sem importância, frívolo, leviano, insignificante, ínfimo, mínimo, desarrazoado, em avantajada desproporção entre a motivação e o crime praticado (MIRABETE. 2007, p. 940).

2.1.3 Com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum

Nesta qualificadora, temos o emprego de veneno como a maneira mais usada para explicação, além de ser a forma mais clássica de meio insidioso da prática de homicídio (sabe-se que a morte por envenenamento é contada em inúmeros relatos históricos). Tal consideração é corroborada tendo em vista a definição do termo "insidioso".

Considera-se como insidioso uma conduta traiçoeira, camuflada, que induza de uma forma mascarada a vítima ao erro fatal, que é justamente o que ocorre na morte por envenenamento. A vítima ingere o veneno, sem saber que este ali está.

Fogo, explosivo, asfixia e tortura são considerados meios cruéis. São os meios utilizados pelo agente, e por si só, justificam que o delito se torne qualificado. Em outras palavras, o meio cruel é vislumbrado quando é causado à vítima dor e sofrimento desnecessário.

Quando ao homicídio cometido por meio que possa resultar perigo comum, a doutrina define como "meio catastrófico". Exemplos são utilizados em casos que geram desabamento, incêndios e inundações. Tais possibilidades geram riscos à vida de pessoas divergentes as quais o autor deseja ceifar a vida.

2.1.4 Á traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido

A redação do inciso IV, do § 2º, do art. 121, qualifica o crime de homicídio quando este é cometido através de traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

Tal possibilidade ocorre em casos que a vítima é surpreendida com a ação sorrateira do agente. Em outras palavras, as possibilidades de qualificação elencadas no inciso supracitado possuem uma característica em comum: a surpresa. Logo, a capacidade de reação da vítima é reduzida ou anulada por completo, restando assim perdida sua chance de defesa.

2.1.5 Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime

Nesta hipótese, o homicídio não é o objetivo principal do agente, e sim outro delito. A figura do crime de homicídio aparece a partir do momento em que o autor de determinado crime percebe o fracasso em sua execução, sendo assim o homicídio a ponte necessária para que o objetivo almejado no crime anterior seja concluído. Ou ainda quando vislumbra que será

descoberto ou punido, e vê no homicídio a maneira de impedir que isso aconteça.

Conforme se depreende do rol, são quatro possibilidades para que exista tal qualificação, uma vez que o homicídio seja cometido com o intuito de assegurar, em relação a outro crime: a execução; a ocultação; a impunidade; ou ainda, a vantagem.

Rogério Greco explana brilhantemente acerca de cada uma das possibilidades mencionada:

> Quando se busca assegurar a *ocultação*, o que se pretende, na verdade, é manter desconhecida a infração penal praticada [...]. Já quando o agente visa assegurar a *impunidade*, a infração penal é conhecida, mas a sua autoria ainda se encontra ignorada". Em relação a assegurar a *execução*, o homicídio praticado é uma ponte para a consecução do delito precisamente desejado, é o exemplo de matar o segurança do empresário para seqüestrá-lo. Por fim, para assegurar a vantagem de outro crime esta relacionado a garantia de qualquer fruição que o crime anterior acarrete, como, por exemplo, após um assalto a banco, um dos agentes mata o seu comparsa para ficar com a sua parte do produto do crime que lhe seria cabível (GRECO. 2008, p. 173).

2.1.6 Feminicídio e homicídio cometido contra agentes de força policial, em exercício de suas funções.

Recentemente, as Leis 13.104 e 13.142, ambas de 2015 incluiram ao crime de homicídio duas novas qualificadoras. A redação atualmente vem expressa que será qualificado o homicídio:

> [...] VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

A qualificadora do Feminicídio é claramente uma "consequência" da criação da Lei Maria da Penha. O legislador achou necessário considerar como qualificado o crime de homicídio cometido contra a mulher. Entretanto, deve-se observar o que vem elencado no também novo §2º-A, que explica o que se define por "condição de sexo feminino".

O aludido parágrafo expressa que se considerarão tais condições quando o crime envolver violência doméstica, ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Clarividente que tais princípios são oriundos da Lei 11.340 de 2006.

No que concerne ao homicídio praticado quem tenha condição de policial (e todos os outros elencados no rol novo inciso VII), vislumbra-se a preocupação do legislador com o crescente número de homicídios contra os agentes ligados à segurança pública.

Quanto à classificação destas qualificadoras, a doutrina se diverge (se seriam de cunho objetivo ou subjetivo), e opina inclusive na criação de nova classificação para tal, uma vez que estas agravarão a pena tendo em vista a condição da pessoa da vítima.

2.2 Do Homicídio Privilegiado

No que concerne às privilegiadoras, estas estão elencadas no art. 121, §1º do Código Penal, e, por serem de certa forma mais compreensíveis pela sociedade, acabam causando, na previsão do aludido artigo, uma redução da pena, entre 1/6 (um sexo). e 1/3 (um terço). Expressa-se em nosso Código Penal, sobre o homicídio privilegiado, a seguinte forme:

> Art.121 [...] § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço (BRASIL. 1940).

Esta forma do delito não é autônoma. Trata-se basicamente de diminuição da pena do homicídio, tendo em vista situações especiais que culminaram na prática de tal delito, se juntando e tornando assim o fato típico.

Ante o exposto, fica evidenciado que existem três possibilidades de configuração do homicídio privilegiado. A primeira trata do *"motivo de relevante valor social"*, sendo importante ressaltar que, crimes nesta espécie necessitam de certa comoção ou paixão social, algo que mobilize a população em geral, e até cause um sentimento recíproco de justiça, em outras palavras, se trata de um valor coletivo. Logo após, é elencado o cometimento do delito *"impelido por motivo de relevante valor moral"*, esta forma diz respeito aos interesses particulares do agente, claramente subjetivos, como sentimentos de piedade ou outros que sejam capazes de ensejar o mesmo ao ponto de praticar o delito. E ainda, *"sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima"*, sendo esta a modalidade mais complexa do homicídio privilegiado.

A complexidade desta última privilegiadora vislumbra-se na necessária caracterização dos dois requisitos supracitados em conjunto, sendo a emoção de extrema violência e intensidade, ao ponto de "cegar os olhos" do autor, logo após uma provocação injusta da vítima, a qual possa de fato ensejar tal violência (afastando assim a possibilidade do motivo fútil ou torpe), e ainda, que não haja grande lapso de tempo entre a provocação e reação, tendo em vista o termo "logo em seguida" no aludido artigo.

No que concerne à aplicação da diminuição da pena tendo em vista o reconhecimento pelo plenário das privilegiadoras, também se encontram divergências em sua interpretação, uma vez que a leitura do dispositivo em discussão cita *"o juiz **pode** reduzir a pena"*, gerando assim dois posicionamentos.

A corrente mais clássica defende que, uma vez reconhecido o homicídio privilegiado, o Douto Julgador estará em mãos com a possibilidade de redução da pena, na fase da dosimetria desta, reduzindo assim a pena somente caso entenda ser razoável e adequada tal redução. Afirma-se ainda que a redução da pena neste caso seja uma faculdade atribuída ao juiz.

Em contramão, existe a corrente que entende ser um ato obrigatório ao juiz, sendo-lhe facultado somente estabelecer, de maneira fundamentada, o patamar de redução, ou seja, o quanto reduzirá a pena dentre os limites de 1/3 e 1/6 previstos em lei. Em outras palavras, é defendido por esta corrente que, quem reconhece não só a existência do crime de homicídio, bem como as hipóteses de qualificação e privilégio, são os jurados presentes em plenário, não decorrendo assim de livre convencimento do juiz.

O posicionamento que defende a obrigatoriedade da redução da pena nos casos em que a privilegiadora é reconhecidamente majoritário, além de ser o mais atual.

> HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO TENTADO - PENA-BASE - DIMINUIÇÃO - GRAU DE REDUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA TENTATIVA - APLICAÇÃO DO REDUTOR MÁXIMO - IMPOSSIBILIDADE - CONDUTA DO APELANTE PRÓXIMA DA CONSUMAÇÃO. Quando as circunstâncias judiciais se mostram em sua maioria favoráveis, a pena-base deve tender para o seu mínimo legal.

> Em se tratando de tentativa de homicídio, a diminuição de pena deve ser compatível com o "iter criminis" percorrido pelo agente. Constatado que o apelante conseguiu efetuar vários disparos de arma de fogo contra a vítima e somente não atingiu seu objetivo por circunstâncias alheias à sua vontade, a redução da pena deverá ser no mínimo legal. Recurso parcialmente provido (TJ-MG - APR: 10702052275378001 MG, Relator: Antônio Carlos Cruvinel, Data de Julgamento: 11/03/2013, Câmaras Criminais Isoladas / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 15/03/2013).

Nota-se ainda entendimento em mesmo sentido, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato-Grosso do Sul:

> APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA – FIXAÇÃO QUE EXIGE FUNDAMENTAÇÃO – RECURSO PROVIDO. Para fixar em patamar menor que o máximo previsto na lei para a causa especial de diminuição de pena do homicídio privilegiado é necessário fundamentação em elementos concretos, como a intensidade do domínio do réu pela violenta emoção ou o grau da injusta provocação da vítima. Ausente a motivação é imperiosa a imposição da fração máxima de redução prevista na lei. Recurso provido (TJ-MS - APL: 00004979820148120006 MS 0000497-98.2014.8.12.0006, Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Data de Julgamento: 30/07/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 17/08/2015).

Apresenta-se de forma mais justa, uma vez que, entre outras justificativas, de certa forma preza principalmente o princípio constitucional da soberania dos veredictos, existente e com obrigação de seguimento no Tribunal do Júri.

3 DO HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO

Realizadas considerações necessárias acerca do crime de homicídio e suas formas, neste momento será tratado o tema principal do presente estudo, o homicídio em sua forma privilegiada e qualificada simultaneamente, trazendo à tona sua admissibilidade, julgados acerca do tema e ainda, sua relação com a Lei dos Crimes Hediondos, uma vez que o homicídio qualificado encontra-se elencado em tal lei.

3.1 Admissibilidade do Homicídio Qualificado-Privilegiado

Como já explanado anteriormente, o Homicídio Qualificado-Privilegiado exige, para que ocorra sua possibilidade, a existência de qualificadora objetiva juntamente com uma privilegiadora subjetiva. Ora, impossível a existência de um crime de homicídio impelido em razão de relevante valor moral, por motivo fútil. Entretanto, por não possuir definição em lei de tal possibilidade, com previsão expressa de lei, situações em que seria possível o surgimento de tal modalidade do delito, entre outros aspectos relevantes, qual o posicionamento doutrinário e dos órgãos julgadores de nosso país?

Inicialmente, pode se afirmar que o posicionamento doutrinário, em sua grande maioria, entende ser possível a figura do delito de homicídio na forma qualificada e privilegiada, desde que, como supracitado, haja a combinação da qualificadora objetiva com o privilégio. Um bom exemplo de tal possibilidade seria a do autor que, sob o domínio de violenta emoção, logo após uma injusta provocação da vítima, ceifa a vida da mesma por asfixia/estrangulamento (qualificadora prevista no art. 121, §2º, III do Código Penal).

Sobre tal admissibilidade, Damásio de Jesus ensina:

> O conflito ocorre entre as circunstâncias legais especiais. As circunstâncias legais contidas na figura típica do homicídio privilegiado são de natureza subjetiva. Na do homicídio qualificado, algumas são objetivas (§ 2º, III,IV e V, salvo a crueldade), outras, subjetivas (ns. I e II). De acordo com nossa posição, o privilégio não pode concorrer com as qualificadoras de natureza subjetiva. Não se compreende homicídio cometido por motivo fútil e, ao mesmo tempo, de relevante valor moral. Os motivos subjetivos determinantes são antagônicos. O privilégio, porém, pode coexistir com as qualificadoras objetivas. Admite-se homicídio eutanásico cometido mediante veneno. A circunstância do relevante valor moral (subjetiva). não repele o elemento exasperador objetivo. O mesmo se diga do fato de alguém matar de emboscada e impelido por esse motivo. JESUS, Damásio E. de, op. cit, p. 56.

Não obstante, Julio Fabbrini Mirabete afirma:

> Numa interpretação sistemática, o homicídio qualificado por constituir o § 2º do art. 121, não poderia obter a redução de pena que é prevista no §1º do mesmo artigo. Não se pode negar, porém, que, em tese, nada impede a concomitância de uma circunstância subjetiva, que constitua o privilégio, com uma circunstância objetiva prevista entre as qualificadoras, como, por exemplo, o homicídio praticado sob o domínio de violenta emoção com o uso de asfixia. O que não se pode admitir é a coexistência de circunstâncias subjetivas do homicídio privilegiado e qualificado (MIRABETE, 2000, p. 663- 664).

Na contramão do acima exposto, tragamos à tona posicionamento de doutrinadores que defendem a impossibilidade do crime de homicídio em sua forma qualificada e privilegiada, como é o exemplo de Euclides Custódio da Silveira:

> Foi propositadamente, e, a nosso ver, com acerto, que o Código fez preceder o dispositivo concernente ao privilégio ao das qualificadoras. Não admite ele o homicídio qualificado-privilegiado, por considerá-lo forma híbrida, enquanto reconhece a compossibilidade do mesmo privilégio nas lesões corporais graves, gravíssimas e seguidas de morte, onde não há realmente antagonismo algum (SILVEIRA, 1973, p. 55).

Euclides da Silveira, como supranarrado, defende que em hipótese alguma poderá haver o homicídio qualificado privilegiado, uma vez que a qualificadora do crime teria força para afastar o privilégio. Neste mesmo sentido, João José Leal dispõe, entretanto, entendendo que, existente o privilégio do delito, as circunstâncias qualificadoras do crime perderão o seu efeito:

> Cremos, porém, que as circunstâncias privilegiadoras, uma vez caracterizadas, são inconciliáveis também com as qualificadoras objetivas do homicídio. Na verdade, se o homicídio é praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou sob o domínio de violenta emoção, as eventuais circunstâncias de emboscada, da traição, do emprego de veneno, etc.., perdem o caráter de desvalor ético-jurídico que fundamente o rótulo da qualificação legal do homicídio, para fins de aumento significativo da carga punitiva em relação ao seu tipo básico (JOSÉ, [s.d] apud POSSAMAI, [s.d]).

Apesar da aparente divergência, é correto afirmar que, em sua maioria, a doutrina aceita a possibilidade do delito em estudo. É assunto de discussão, e que possui divergências também no âmbito dos Tribunais, como será demonstrado.

3.2 Posicionamentos Jurisprudenciais

O fato de delito em estudo não possuir forma clara prevista em lei, é talvez o principal motivo causador da divergência de posicionamento acerca da admissibilidade ou não do mesmo, inclusive no âmbito dos Tribunais. Entretanto, assim como o posicionamento doutrinário já trazido em tela, os Tribunais têm decidido que é possível a existência do homicídio qualificado privilegiado, desde que existente o tipo objetivo da qualificadora, em concorrência com o privilégio de caráter subjetivo.

Dispõe-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. COMPATIBILIDADE ENTRE QUALIFICADORA INSERTA NO ART. 121, § 2º, INCISO IV COM A FORMA PRIVILEGIADA. POSSIBILIDADE. I - Não há incompatibilidade, em tese, na coexistência de qualificadora objetiva (v.g. § 2º, inciso IV). com a forma privilegiada do homicídio, ainda que seja a referente à violenta emoção (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). II - Assim, a resposta afirmativa ao quesito atinente a forma privilegiada do crime de homicídio não implica a prejudicialidade do quesito que indagaria aos jurados acerca da qualificadora inserta no art. 121, § 2º, inciso IV do CP (recurso que dificultou a defesa da vítima). Recurso especial provido (STJ - REsp: 922932 SP 2007/0028150-1, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 13/12/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.03.2008 p. 1).

Ainda sobre o tema, decisão semelhante proferida pelo TJ-MG:

> PENAL E PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO - CP, ART. 121, §§ 1º E 2º, IV C/C O ART. 65, III, D' - PRONÚNCIA - CONDENAÇÃO - CABIMENTO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - INCOMPATIBILIDADE ENTRE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO E QUALIFICADORA - AFASTADA - POSSIBILIDADE DE CONJUGAÇÃO DAS FORMAS QUALIFICADA E PRIVILEGIADA - COEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS DE CARÁTER OBJETIVO E SUBJETIVO - MOTIVO DE RELEVANTE VALOR MORAL OU SOCIAL NÃO CONSTITUI EMPECILHO PARA O RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA DA SURPRESA - ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA DO INTEGRALMENTE FECHADO PARA O SEMI-ABERTO - POSSIBILIDADE - HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO NÃO POSSUI NATUREZA HEDIONDA - PERMISSÃO LEGAL - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OJETIVOS E SUBJETIVOS ELENCADOS NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B' - PENA COMINADA EM PATAMAR ADEQUADO - ATENDIMENTO AO CRITÉRIO TRIFÁSICO PARA A FIXAÇÃO DA REPRIMENDA - CP, ART. 68 - ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ELENCADAS NO ART. 59 DO CP - RESPEITO AO QUESITO PRIVILÉGIO CONCEDIDO PELOS JURADOS - SENTENÇA FUNDAMENTADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJ-MG 101940403536830011 MG 1.0194.04.035368-3/001(1), Relator: SÉRGIO BRAGA, Data de Julgamento: 03/05/2005, Data de Publicação: 06/05/2005).

Neste mesmo sentido, dispõe novamente o STJ:

> RESP - PENAL - HOMICIDIO - QUALIFICADORA - PRIVILEGIO -O CÓDIGO PENAL, COMO DE RESTO, O DIREITO, E UNIDADE. AS NORMAS SEHARMONIZAM. SECUNDARIA A COLOCAÇÃO TOPOGRAFICA. IMPORTANTE,FUNDAMENTAL E DEFINIR SE HA HARMONIA, OU INCOMPATIBILIDADE . A"VIOLENTA EMOÇÃO, LOGO EM SEGUIDA A INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VITIMA"(CP. ART. 121, PAR.1.). - CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA -NÃO E INCOMPATIVEL COM O "EMPREGO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITA ADEFESA DA VITIMA" (CP. ART. 121, PAR.2.).- QUALIFICADORA. UMA NÃOCONTRADIZ A OUTRA. A PRIMEIRA E DE NATUREZA SUBJETIVA. A SEGUNDA,OBJETIVA. NÃO SE REPELEM, NÃO SE ELIMINAM. ASSIM, CONVIVEM, PODEMCOEXISTIR. FACTUALMENTE, ADMISSIVEL O AGENTE, SOB "VIOLENTA EMOÇÃO",ESCOLHER, NA EXECUÇÃO, MODO DE IMPOSSIBILITAR, OU TORNAR IMPOSSIVELA REAÇÃO DA VITIMA (STJ - REsp: 77225 MG 1995/0054025-8, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 19/12/1995, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/05/1996 p. 15583).

Entretanto, como já mencionado, existe o posicionamento contrário, o qual gerou inclusive jurisprudência, como demonstrado a seguir:

> HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO - Reexame da prova - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da coexistência das qualificadoras com a forma privilegiada - Divergência doutrinária e jurisprudencial - Impossibilidade de discussão em sede de revisão criminal - Penas bem fixadas - Pedido revisional parcialmente deferido para possibilitar a progressão de regime prisional (TJ-SP - RVCR: 381874390000000 SP, Relator: Tristão Ribeiro, Data de Julgamento: 14/08/2008, 3º Grupo de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/08/2008).

Apesar da divergência de posicionamentos, o que acontece também no meio doutrinário, o que fora demonstrado até o presente momento afirma a possibilidade de admissão do homicídio qualificado privilegiado, corroborando assim que só será possível tal acontecimento com a presença da qualificadora objetiva e da privilegiadora subjetiva.

3.3 Homicídio privilegiado associado ao homicídio mercenário

Conforme demonstrado durante o presente estudo, é amplamente majoritário o entendimento de admissibilidade do crime de homicídio qualificado-privilegiado, desde que, presentes a privilegiadora de cunho subjetivo, somada simultaneamente a uma qualificadora que seja objetiva.

Entretanto, conforme também já fora abordado, surge dúvida, e consequentemente divergência de entendimentos, quanto à figura do homicídio privilegiado associado ao homicídio mercenário. O homicídio mercenário é o previsto no art. 121, em §2º, I, do Código Penal, cometido mediante "para ou promessa de recompensa".

Como explanado nos capítulos anteriores, tal qualificadora é de caráter subjetivo, afastando assim, "em tese", a possibilidade de admissão do delito em estudo, o homicídio qualificado-privilegiado.

Inevitável fazer alusão, tendo em vista tal tema, ao artigo 30 do Código Penal, que expressa que *"não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime".*

O aludido artigo interpreta basicamente que, entre coautores e partícipes, existe incomunicabilidade das circunstâncias ligadas ao fato, com exceção de quando essas se tratarem de elementos do crime. Em outras palavras, as circunstâncias do fato criminoso são constituídas por particularidades que circulam o delito em si, podendo assim, consequentemente, determinar o aumento ou a diminuição da responsabilidade penal do agente.

Dito isto, tragamos tal entendimento ao assunto abordado neste subtópico.

No que concerne ao homicídio mercenário, são existentes posicionamentos diferentes quanto à comunicabilidade das circunstâncias e distribuição da responsabilidade penal entre os envolvidos (mandante e executor).

A primeira corrente entende que, consumado o homicídio realizado mediante pagamento ou promessa deste, o executor do crime responderá pelo homicídio qualificado, enquanto o mandante simplesmente pelo homicídio simples.

Capez afirma categoricamente:

> Embora haja decisão no sentido de que tanto o mandante quanto o executor respondem pela forma qualificada do delito, pois a qualificadora, embora subjetiva, é elementar do tipo, entendemos que, por se tratar a qualificadora de mera circunstância, e não de uma elementar, não há que falar em comunicabilidade desde inciso, dado que possui natureza subjetiva (motivo do crime é algo relacionado ao agente, não ao crime), a luz do que dispõe o artigo 30 do CP (CAPEZ, 2004, p. 45).

Logo, resta demonstrado o motivo de tal entendimento: cada autor agiu de acordo com sua motivação. Um impelido por motivo de vantagem econômica, e o outro, por motivo próprio,

devendo assim cada um responder com a devida proporção. Neste liame, entende-se que o mandante não responderá pelo homicídio qualificado, podendo assim ter sido sua motivação para o cometimento do crime fundada em relevante valor moral ou social.

Greco exemplifica o acima exposto da seguinte maneira:

> Imagine a hipótese na qual um pai de família, trabalhador, honesto, cumpridor de seus deveres, que em virtude sua situação econômica ruim tenha que residir em um local no qual impera o tráfico de drogas. Sua filha, de apenas 15 anos de idade, foi estuprada pelo traficante que dominava aquela região.Quando soube da notícia, não tendo coragem de, por si mesmo, causar a morte do traficante,contratou um justiceiro. O pai da menina estuprada, deverá responder pelo delito de homicídio simples, ainda com a diminuição de pena relativa ao motivo de relevante valor moral. Já o justiceiro responderá pela modalidade qualificada (GRECO, 2011, p. 127).

Recentemente, o STJ decidiu corroborando com os entendimentos acima expostos. Vejamos:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. MOTIVO TORPE. PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA. CIRCUNSTÂNCIA SUBJETIVA. MANDANTE. COMUNICABILIDADE. ANÁLISE CASUÍSTICA. RECURSO PROVIDO. 1. Não obstante a paga ou a promessa de recompensa seja circunstância acidental do delito de homicídio, de caráter pessoal e, portanto, incomunicável automaticamente a coautores do homicídio, não há óbice a que tal circunstância se comunique entre o mandante e o executor do crime, caso o motivo que levou o mandante a empreitar o óbito alheio seja torpe, desprezível ou repugnante. 2. Na espécie, o recorrido teria prometido recompensa ao executor, a fim de, com a morte da vítima, poder usufruir vantagens no cargo que exercia na Prefeitura Municipal de Fênix. 3. Recurso especial provido, para reconhecer as apontadas violações dos arts. 30 e 121, § 2º, I, ambos do Código Penal, e restaurar a decisão de pronúncia, restabelecendo a qualificadora do motivo torpe, a fim de que o réu seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal (REsp 1209852/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016).

Em contramão, a maioria da doutrina entende que tais circunstâncias se comunicam. Tal posicionamento também é adotado na maioria das vezes pelos tribunais.

Vejamos:

> E M E N T A - I. Homicídio: qualificativa de cometimento do crime mediante paga ou promessa de recompensa que, embora relativa ao mandatário, se comunica ao mandante. II. Júri: quesitos: pretensa nulidade que, se existente, nenhum prejuízo causou a defesa, pois relativo o quesito impugnado a segunda qualificadora do homicídio, cuja pena foi fixada no mínimo legal. III. Júri: quesito não obrigatório: menor importância da participação de corréu, não alegada pela defesa (STF - HC: 69940 RJ, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 09/03/1993, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02-04-1993).

Ainda sobre o tema, e corroborando com o HC acima exposto, Fernando Galvão cita:

> Os tipos derivados ou qualificados são autônomos em relação aos tipos principais, pelo que o autor considera que a circunstância de ter sido o crime cometido mediante paga ou promessa de recompensa, como elementar do tipo, comunica-se ao mandante, de modo que ambos responderão por homicídio qualificado. Contudo, com esse pensamento, existindo a comunicabilidade, o homicida que contrata outro para que em seu nome mate o estuprador de sua filha, ou que desligue a máquina que mantém vivo o parente enfermo realiza um delito que pode ser, em determinadas circunstâncias, considerado como motivado relevante valor social ou moral, ou seja, o privilégio não seria aplicável por força da comunicabilidade das circunstâncias de caráter subjetivo consistentes no motivo do contratado, que não é o motivo do contratante (GALVÃO,2007, p. 99).

No mais, conclui-se brevemente que o entendimento em maioria é de que o pagamento

ou promessa deste com o intuito de execução do crime de homicídio é considerado torpe, devendo tal circunstância se comunicar entre mandante e executor.

Entretanto, é visível a divergência, uma vez demonstrada a motivação do autor a chegar à tal ponto, se demonstradas circunstâncias inerentes ao privilégio, como o relevante valor social ou moral.

3.4 Relação do Homicídio Qualificado Privilegiado com a Lei dos Crimes Hediondos

A Lei 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). é considerada por muitos como uma resposta à sociedade quanto aos crimes de maior impacto. Os crimes elencados na aludida lei são cometidos com crueldade, sadismo, e são consideradas de maior reprovação aos olhos da população.

O fato de um crime ser considerado hediondo acarretará várias consequências, não só pelo fato da impossibilidade de aplicação de sursis, ou qualquer outro benefício que poderia ser concedido ao autor, mas principalmente no que tange a fase da execução da pena, uma vez que a forma de progressão é diferente (cumprimento de 1/6 da pena para os crimes considerados comuns, e de 2/5 nos casos de condenação por crime hediondo, se primário, e 3/5 se reincidente), além da vedação de concessão de anistia, graça ou indulto, e a obrigatoriedade de início do cumprimento da pena no regime fechado. A previsão expressa em lei é a seguinte:

> Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos). Da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

De início, a Lei dos Crimes Hediondos não considerava o homicídio qualificado com tal, sendo este crime elencado na Lei quatro anos depois. Neste diapasão, se torna necessário esclarecer, é considerado hediondo o crime de homicídio qualificado privilegiado?

O correto a se afirmar é que não. O entendimento doutrinário e os posicionamentos jurisprudenciais opinam em absoluta maioria que, uma vez caracterizada a simultaneidade da forma qualificada e privilegiada no mesmo delito de homicídio, a hediondez, que supostamente seria traga a tal delito devido à forma qualificada, ficará afastada uma vez que fora reconhecido pelo plenário a privilegiadora do delito em questão.Damásio de Jesus afirma:

> Se no caso concreto, são mesmo reconhecidas ao mesmo tempo a circunstância do privilégio e outra a forma qualificada do homicídio, de forma objetiva, aquela sobrepõe-se sobre esta, uma vez que o motivo determinante do crime tem preferência sobre a outra. De qualquer forma que, para efeito de qualificação legal do crime, o reconhecimento do privilégio descaracteriza o homicídio qualificado (JESUS, 1995, p. 87).

Neste liame, Bittencourt cita:

> O concurso entre causa especial de diminuição de pena (privilegiadora). 121 §1 e as qualificadoras objetivas, que se referem aos meios e modos de execução do homicídio, a despeito de ser admitido pela doutrina e jurisprudência, apresenta graus de complexidade que demandam alguma reflexão. Em algumas oportunidades o Supremo Tribunal manifestou-se afirmando que as privilegiadoras e as qualificadoras objetivas podem coexistir pacificamente; mas o fundamento desta interpretação residia na prevalência da privilegiadora subjetivas sobre as qualificadoras objetivas, seguindo por analogia, a orientação contida no artigo 67 do Código Penal, que assegura a preponderância dos motivos determinantes do crime (BITTENCOURT, 2009, p. 103).

Em consonância com o entendimento doutrinário, o STJ se manifesta da seguinte forma:

> PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, §§ 1º E 2º, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME HEDIONDO. Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes). Writ concedido (STJ - HC: 36317 RJ 2004/0087775-1, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 01/03/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 11.04.2005 p. 339).

Ainda sobre o tema, jurisprudencialmente afirmando:

> HABEAS CORPUS PARA A MODIFICAÇÃO DO TIPO DE CRIME PARA COMUM COM PEDIDO LIMINAR. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO. CRIME CONSIDERADO HEDIONDO PELA DECISÃO DO MAGISTRADO MONACRÁTICO. POR INCOMPATIBILIDADE AXIOLÓGICA E POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL, O HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO NÃO INTEGRA O ROL DOS DENOMINADOS CRIMES HEDIONDOS (PRECEDENTES). DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL, BEM COMO O MENOR DESVALOR DA CONDUTA EM COMPARAÇÃO AO HOMICÍDIO QUALIFICADO, CONSUMADO OU TENTADO, O HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO NÃO PODE SER CONSIDERADO CRIME HEDIONDO. NÃO CABE AO MAGISTRADO CONFERIR À NORMA UMA INTERPRETAÇÃO MAIS GRAVOSA POR ENTENDER QUE SE TRATA DE CRIME HEDIONDO, VEZ QUE O HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO É ESTRANHO AO ELENCO DOS CRIMES HEDIONDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO, SENDO IMPERIOSA A CONCESSÃO DA ORDEM. AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO CRIME COMETIDO PELO PACIENTE. WRIT CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME (TJ-PA - HC: 201430248399 PA, Relator: VERA ARAUJO DE SOUZA, Data de Julgamento: 03/11/2014, CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Publicação: 07/11/2014).

Deixar claro qual o posicionamento padrão acerca de tal tema – a hediondez ou não do crime em estudo – é de suma importância, uma vez que todo o processo de cumprimento da pena será comprometido.

Corrobora-se o acima exposto mais uma vez, conforme o entendimento firmado pelo STJ demonstrado abaixo:

> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, § 1º E § 2º, INCISO IV, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL.CRIME NÃO ELENCADO COMO HEDIONDO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMOLEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONALSEMIABERTO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. I - Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal,o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dosdenominados crimes hediondos (Precedentes). II - Sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (CP, art. 59). na fixação da pena-base, é apropriado o regime prisional semiabertopara o cumprimento da reprimenda, muito embora a pena aplicada aopaciente, se considerada somente seu quantum, permitisse a fixaçãodo regime inicial aberto (Precedentes). III - Ante a fixação do regime semiaberto como o inicial decumprimento da pena, deverá o réu aguardar o julgamento do recursode apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso (Precedentes).Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime semiaberto comoinicial para cumprimento da reprimenda penal, bem como para que opaciente aguarde o julgamento do recurso de apelação em liberdade,devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura, salvo se poroutro motivo estiver preso (STJ - HC: 153728 SP 2009/0223917-8, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 13/04/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/05/2010).

Resta cristalino que o caráter hediondo do crime de homicídio qualificado privilegiado se afasta tendo em vista a forma subjetiva da privilegiadora. Ora, impossível de se imaginar um crime cometido por "relevante valor social" ser considerado hediondo, já que, como explanado anteriormente, os crimes hediondos são aqueles considerados de maior repugnação e reprovação pela população em geral.

Não obstante, fica claro também que a jurisprudência vem acompanhando os entendimentos doutrinários, fato este de grande importância, já que as previsões legais expressas não são suficientes em sua maioria para acompanhar o cotidiano delitivo da população, ora, o ser humano está em constante mutação em todos os aspectos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal demonstrar a possibilidade de reconhecimento do crime de homicídio qualificado privilegiado. Antes, foram apresentados, de forma genérica, contextos históricos acerca do delito de homicídio, e ainda, explanações acerca de qualificadoras e privilegiadoras também foram realizadas, tudo isto para que o assunto em foco pudesse ser demonstrado posteriormente com clareza. Não obstante, julgados, jurisprudências e opiniões doutrinárias foram demonstrados acerca do delito em estudo.

Mais: fora demonstrado a admissibilidade do homicídio qualificado privilegiado através de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, e ainda, esclarecimentos quanto ao polêmico homicídio privilegiado associado ao homicídio mercenário, e a relação do delito de homicídio qualificado-priivilegiado com a Lei dos Crimes Hediondos, uma vez que o homicídio em sua forma qualificada é considerado hediondo por tal lei.

Como resultado do trabalho realizado, ficou esclarecido que existe sim a possibilidade de reconhecimento do homicídio qualificado privilegiado, desde que este privilegio, subjetivo, apresente-se simultaneamente com a qualificadora, que deverá ser obrigatoriamente objetiva. Esta obrigatoriedade é o requisito principal, e sempre abordado de forma latente por todos os doutrinadores trazidos ao presente estudo. É impossível se pensar em crime de homicídio qualificado privilegiado, sendo ambas de cunho subjetivo.

É de grande relevância se afirmar sobre a possibilidade de admissão do delito em estudo, já que, reconhecida a privilegiadora pelo plenário em sede de Tribunal do Júri, mesmo com a presença de qualificadoras, o Juiz fará assim uma dosimetria mais justa da pena ao condenado, tornando assim a pena do mesmo mais branda. Basicamente, o que se busca com o reconhecimento da admissibilidade do delito em tela é justamente isto, um julgamento em maior concordância com a justiça, uma vez que não existe previsão legal acerca de tal

possibilidade (o que gera as divergências expostas).

No que concerne ainda a existência do grande número de divergências, clarividente a necessidade de regulamentação quanto ao caso quando tratado o homicídio mercenário associado à circunstâncias privilegiadoras. Apesar de determinada maioria julgar ser correto qualificar a responsabilidade penal de ambas as figuras presentes no delito (mandante e executor), é necessário se observar os motivos que levaram o mandante à tal ato. Vislumbrou-se a real possibilidade, com exemplos, de tal atitude ter sido fundada por motivos de relevante valor social, moral e porque não, ter sido injustamente provocado pela vítima.

Não obstante, fora demonstrado ainda que, no caso de configuração do delito de homicídio qualificado privilegiado, este não poderá ser considerado hediondo, uma vez que o privilegio existente afastará a hediondez do crime. Com certeza, este ponto também é de suma importância. Interfere diretamente no processo pós condenação, causando influência na execução penal em sua totalidade (fatores como progressão e regime de cumprimento de pena, por exemplo), e envolvendo também, porque não, questões como ressocialização do condenado.

Quanto ao assunto do caráter hediondo ou não do crime de homicídio qualificado privilegiado, tanto doutrina quanto jurisprudência fazem coro em mesmo sentido, defendendo a mesma opinião de que é impossível a aparição de caráter hediondo no delito estudado, uma vez que o fator que privilegia o crime afastará sua hediondez.

É válido lembrar que, seria de suma importância que tal assunto obtivesse efetivação judicial, ou forma expressa em lei, para que assim, as divergências quanto ao tema se tornassem cada vez mais escassas. Sabe-se que, temas delicados quanto o do assunto aludido, requerem atenção especial, já que se trata não apenas da vida que fora ceifada, mas também de quem comete o delito, uma vez que sabemos também a necessidade de individualização da pena, e análise específica de cada caso.

Importante ainda esclarecer que, embora o presente trabalho monográfico tenha traços que seja "pró-reu", ao realizar a conclusão do mesmo, obtêm-se a clara intenção de adquirir, para todos, algo que se busca em todos os momentos, por todos: Justiça!

Uma vez inexistentes divergências quanto ao tema, se caracterizaria assim, ou pelo menos em tese, uma forma de julgamento mais justa e uniforme quanto aos condenados por tal crime.

REFERÊNCIAS

AMBITO JURÍDICO. **A História do Delito de Homicídio. Marcel Gomes de Oliveira.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9832>. Acesso em: 29 jun. 2016.

Bíblia Sagrada. **Livro do Gênesis,** capítulo 4.

BITENCOURT, Cezar Roberto. ***Tratado de Direito Penal 2- Parte Especial* – dos Crimes Contra a Pessoa.**9ª ed. São Paulo. Saraiva, 2009

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Penal e Processo Penal. HC 69940/RJ. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, Distrito Federal, 02 abr. 1993.** Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14708020/habeas-corpus-hc-69940-rj>. Acesso em 05 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Penal e Processo Penal. REsp 77225. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, 19 dez. 1995.** Disponível em:

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19976950/recurso-especial-resp-77225-mg-1995-0054025-8>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. **Penal e Processo Penal. HC 36317/RJ. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, 11 abr. 2005.** Disponível em: < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115136/habeas-corpus-hc-36317-rj-2004-0087775-1>. Acesso em: 04 jul. 2016.

_____. **Penal e Processo Penal. REsp 922932. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, 03 mar. 2008.** Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=homicidio%20qualificado %20privilegiado> . Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. **Penal e Processo Penal. HC 153728 SP. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, 31 mai. 2010.** Disponível em: < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19150621/habeas-corpus-hc-153728-sp-2009-0223917-8-stj> . Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. **Penal e Processo Penal. REsp 1209852. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2015.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num_pro&valor=REsp1209852>. Acesso em: 07 jul. 2016.

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

CAPEZ. Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. II – parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Penal: parte geral.** Vol. I. 7. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 10.741/2003, 10.763/2003 e 10.826/2003. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal**: **Parte especial**. Vol. II. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008

_____. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Vol.1 – 13ª ED. 2011. Revista, ampliada e atualizada ate 1º de Janeiro de 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 5.

JESUS, Damásio E. de, op. cit, p. 56.

_____. **Direito Penal**. 1995, V II

_____. **Direito penal**. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 1997.

LUISI. Luiz. **Direito Criminal**. Vol. II. Vários autores. Cord. José Henrique Pierangeli. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MATO GROSSO DO SUL. **Penal e Processo Penal. APL APL 00004979820148120006 MS 0000497-98.2014.8.12.0006. Segunda Câmara Criminal, Campo Grande, Mato Grosso do Sul. 17 ago. 2015.** Disponível em: < http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/220890326/apelacao-apl-4979820148120006-ms-0000497-9820148120006> . Acesso em: 02 de Jul. 2016.

MINAS GERAIS.Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Processo Penal. Apelação Criminal n.° 1.0621.03.002355-3/001(1). Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, 29 jun 2004.** Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=621&ano=3&txt_processo=2355&complemento=1&seq uencial=0&palavrasConsulta=homicidio qualificado privilegiado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical= . Acesso em: 29 jun. 2016.

_____. **Processo Penal. Apelação Criminal nº 10702052275378001**. **Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais. 15 mar. 2013.**

Disponível em: **<**http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114770996/apelacao-criminal-apr-10702052275378001-mg**>**. Acesso em: 05 jul. 2016.

_____. **Processo Penal. Apelação Criminal nº 101940403536830011 MG. Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais. 03 mai. 2005.** Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5839696/101940403536830011-mg-1019404035368-3-001-1> . Acesso em: 05 jul. 2016

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Penal e Processo Penal. HC 201430248399 PA. Câmaras Criminais Reunidas, Belém, Pará. 07 nov. 2014.** Disponível em: <http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/169513343/habeas-corpus-hc-201430248399-pa> . Acesso em: 07 jul. 2016

MIRABETE. Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

_____. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

_____. **Código Penal Interpretado**. Atualizador: Renato N. Fabbrini. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo. RT. 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, vol. 5.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Direito Criminal. Revisão Criminal n° 993.02.008716-8, Terceiro Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, São Paulo, 25 ago. 2008.** Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2694571/revisao-criminal-rvcr-383680380000000-sp/inteiro-teor-10105388028> . Acesso em: 01 jul. 2016.

SILVEIRA, Euclides Custódio. **Direito penal: crimes contra a pessoa**. 2. ed. atual. Everardo da Cunha Luna. São Paulo: RT, 1973.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DIANTE DOS PRINCÍPIOS: MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH BEFORE THE PRINCIPLES: MINIMUM EXISTENTIAL AND RESERVATION OF THE POSSIBLE

Isaac Lincon Dutra Cavalcante[35]
Cristiane Daia Rizzo[36]

RESUMO

O presente trabalho busca entender o fenômeno jurídico da efetivação do direito à saúde, que foi tão bem protegido pela Constituição Federal de 1988, e verificar quais as dificuldades que impossibilitam a devida materialização do referido direito na vida do povo brasileiro. Para alcançar o objetivo destacado, estudaremos desde os direitos fundamentais aos sociais, tratando da aplicabilidade das normas que mencionam estes direitos face a Constituição Federal. Verificar-se-á também a indisponibilidade fática de recursos alegada pelo Estado como argumento para justificar a falta de efetivação do direito à saúde, suscitando assim o Princípio da Reserva do Possível, que no caso em questão entrará em conflito com o Princípio do Mínimo Existencial. Além do mais, discutiremos o fenômeno do Ativismo Judicial na efetividade do direito à Saúde, levantando-se assim um interessante debate doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Palavras-chave: Direito à Saúde, Ativismo Judicial no Direito à Saúde.

ABSTRACT

This study seeks to understand the legal phenomenon of realization of the right to health, which was so well protected by the Federal Constitution of 1988, and verify that the difficulties that prevent proper realization of this right in the life of the Brazilian people. To achieve the objects, we will study the fundamental and social rights, dealing with the applicability of the rules that mention these rights in the Constitution. It will also check the availability of resources alleged by the state as an argument to justify the lack realization of the right to health, thus raising the possible the reserve principle, which in this case will conflict with Minimum principle existential. Furthermore, we will discuss the phenomenon the Judicial Activism in effectiveness of the right to health, so getting up an interesting doctrinal and jurisprudential debate on the subject.

Key-word: right to health, judicial activism the right to health.

INTRODUÇÃO

A Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988, veio inovando muito no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais com base na dignidade da pessoa humana.

O poder constituído garantiu na Carta Magna uma série de direitos que poderiam

[35] Graduado em Direito pela FAQUI, 2016.

[36] (Orientadora). Possui graduação em Direito pela Faculdade de Quirinópolis(2012) e especialização em Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera de São Paulo(2014). Atualmente é Professor da Faculdade de Quirinópolis e Professora do Centro de Ciências,Cultura e Tecnologia São José. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

amparar o homem de forma integral. Dentre os vários direitos emanados da Constituição, o presente trabalho tem como objetivo focar nos direitos sociais, mais especificamente o direito à saúde, que é plenamente amparado pela Constituição Federal que destaca a saúde como direito de todos e dever do Estado.

O Estado pós-constituição sentiu a responsabilidade de concretizar o direito à saúde, diante disso criou o SUS (Sistema Único de Saúde)., que nasceu com a função de ser um plano integral de saúde pública não competindo com os planos privados, mas indo ao encontro dos menos favorecidos diminuindo assim as desigualdades sociais, fazendo valer a dignidade da pessoa humana.

Entretanto o SUS não atendeu as expectativas, e a realidade demonstra milhares de pessoas por todo o Brasil abandonadas pelo Estado, pessoas morrendo em filas de hospitais públicos em busca de atendimento especializado, como cirurgias, exames e medicamentos.

A eficácia dos direitos sociais já é um tema muito discutido na atualidade, são previstos na Carta Magna, porém, não se concretizam na vida dos brasileiros. O Estado é falho na prestação dos direitos sociais, pois, não dispõe de políticas públicas que efetivem estes direitos de forma plena.

Na ausência da efetividade desses direitos, o judiciário brasileiro é frequentemente provocado, a fim de que se efetivem esses direitos, dando ensejo ao que os juristas conhecem como fenômeno da "*judicialização"* do direito à Saúde, ou simplesmente Ativismo Judicial na efetivação desse direito.

Ao lançar esta lide no judiciário, o órgão julgador se deparará com dois princípios: o Princípio da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, tendo assim que aplicar tais princípios através da proporcionalidade e razoabilidade.

Sendo o princípio da reserva do possível o principal argumento do Estado para se omitir da prestação destes direitos, uma vez que tal princípio prevê que as prestações sociais serão efetivadas de acordo com as condições orçamentárias do Estado. Por outro lado, amparando o autor da reivindicação dessa prestação, está o princípio do mínimo existencial, baseado na dignidade da pessoa humana, defendendo a prestação obrigatória por parte do Estado de direitos mínimos que são indispensáveis para existência digna de todo ser humano.

Acerca do tema há outra controvérsia doutrinária no que tange a atuação do judiciário na efetivação desses direitos, uma vez que, ao que se diz a separação de poderes, não seria cabível a este poder tal efetivação, e sim ao poder Executivo e Legislativo.

O presente trabalho cuidará da análise se o direito à saúde, pertencendo ao conjunto de direitos do mínimo existencial, considerado contemporaneamente de caráter subjetivo, sendo um direito diretamente ligado à vida e a manutenção da mesma, deve superar o princípio da reserva do possível, e se o poder judiciário tem legitimidade para conceder a efetivação desse direito, quando os demais poderes se fizerem omissos.

Utilizando para tanto como metodologia, a pesquisa bibliográfica expl ória documental, partindo de pressupostos teóricos que visem elucidar ideias e evide r as questões controversas apresentadas. Para tanto será utilizado livros, doutrinas, artigos, jurisprudências e outras decisões dos Tribunais para dar embasamento teórico ao estudo.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esse capítulo tem por primazia, discorrer sobre os direitos fundamentais e sociais, enfocando sua evolução histórica, conceito e classificações.

1.1 Evolução histórica dois direitos fundamentais no estado democrático de direito

Fazer um estudo sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais e de grande relevância, como bem aduz o professor Ingo Wolfgang Sarlet:

> É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem (SARLAT, 2012, p. 25).

Para melhor compreensão do estágio atual dos diretos fundamentais, discutidos neste trabalho, faz-se necessário um breve percurso histórico. A aquisição dos direitos, de uma forma geral, foi lenta e gradativa surgindo sempre como um reflexo das necessidades da sociedade, para que o poder não ficasse na mão de poucos.

Para Norberto Bobbio:

> Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p. 5).

Com os direitos fundamentais não foi diferente, embora se tratem de direitos básicos para a sobrevivência do homem, nem sempre eles existiram e foram necessárias algumas mobilizações sociais, políticas e filosóficas para que eles fossem assegurados.

No âmbito político podemos ressaltar como marco a Magna Carta (1215). que foi o documento assinado pelo rei João, na Inglaterra, e é considerada o primeiro documento a trazer os direitos, que mais tarde foram considerados os direitos humanos, como por exemplo o direito à liberdade do homem possuir e herdar propriedades, da igreja estar livre das interferências do Estado, e a proteção contra impostos abusivos.

No âmbito filosófico, podemos ressaltar na Grécia antiga o surgimento de algumas correntes filosóficas que colocavam o homem como o centro de todas as questões filosóficas, então passaram a discutir como esse homem deveria se comportar em sociedade, Aristóteles já afirmava que o homem é um ser naturalmente político.

Mas foi com o cristianismo que o homem passou a ter maior valor em sociedade, pois, o cristianismo prega que o homem é a imagem e semelhança de Deus, então todo homem apenas pelo fato de existir já é especial e tem direito a uma vida digna.

Até meados do século XV, o poder estava centrado apenas na Igreja, e era usado como uma forma de opressão, apenas em 1517 com a reforma protestante, que o homem passou a ter direito de ter uma interpretação pessoal das Sagradas Escrituras, passando assim a ter o direito de liberdade religiosa, a partir do edito do Rei Enrique lV. Tais avanços foram relevantes, mas ainda não eram considerados direitos universais, pois podiam ser revogados, como alguns chegaram a ser de fato.

Com o início da idade moderna (1453-1789)., a sociedade foi tomando forma, houve a separação entre Estado e Igreja, e o Capitalismo foi surgindo. Surgem então outros documentos que garantiam direitos inerentes a pessoa humana, como por exemplo: Petition of Rights, de 1628, o Habeas Corpus Act, de 1679, e o Bill of Rights de 1689.

Não se pode falar na evolução dos direitos fundamentais sem citar a importância das Revoluções inglesa, americana e francesa, cada uma com suas características contribuíram para que fosse legitimada a necessidade de impugnar os direitos da pessoa humana.

Um longo caminho foi percorrido até que os direitos fundamentais chegassem ao patamar em que está hoje, e pode-se afirmar que ainda evoluirá, ou, o que não esperamos, retrocederá, pois, os direitos vão evoluindo de acordo com a sociedade, e seguem suas correntes ideológicas, portanto pode-se afirmar que são culturais.

Pode-se afirmar ainda que os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas aos poucos de acordo com a necessidade de cada momento.

1.2 Conceito de direitos fundamentais

Entende-se por direitos fundamentais aqueles que são básicos para garantir a dignidade da pessoa humana, que garantem a vida, a liberdade, a igualdade, dentre outros previstos na Constituição Federal de 1988.

Direitos fundamentais, como bem explica José Afonso da Silva: "Acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive" (SILVA, 2009, p. 178).

O Professor Alexandre de Moraes sintetiza como principais características dos direitos fundamentais as seguintes:

> Imprescritibilidade (os direitos fundamentais não desaparecem pelo decurso do tempo).; Inalienabilidade (não há possibilidade de transferência dos direitos fundamentais a outrem).; Irrenunciabilidade (em regra, os direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia).; Inviolabilidade (impossibilidade de sua não observância por disposições infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas).; Universalidade (devem abranger todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica).; Efetividade (a atuação do Poder Público deve ter por escopo garantir a efetivação dos direitos fundamentais).; Interdependência (as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas interseções para atingirem suas finalidades; assim, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do habeas corpus, bem como à previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem.). Complementaridade (os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcançar os objetivos previstos pelo legislador constituinte).; Relatividade ou limitabilidade (os direitos fundamentais não têm natureza absoluta) (MORAES, 2016, p.29).

A partir da leitura das considerações acima citadas, pode-se perceber que os direitos fundamentais são essenciais para que haja uma sociedade amparada no que diz respeito as garantias mínimas, para que se concretize através do direito a dignidade da pessoa humana.

Como bem exposto, os direitos fundamentais são de uma grandeza expressiva na proteção da dignidade da pessoa humana, pela sua característica básica, se torna essencial e indispensável na vida dos seres humanos. Por sua grande relevância, possui as notáveis características elencadas pelo ilustre jurista Alexandre de Moraes.

1.3 Classificação dos direitos fundamentais

Há diversas formas de classificar os direitos fundamentais, e alguns doutrinadores os classificam em gerações e outros em dimensões.

Os doutrinadores têm com o passar dos tempos, estudado e concebido os direitos fundamentais das mais diferentes formas e, com as mais diferenciadas nomenclaturas. Dentre essas formas, pode-se estudar os referidos direitos dividindo-os em gerações, como o faz Paulo Bonavides, Norberto Bobbio, entre outros, ou sob a forma de dimensões, como o faz Robert Alexy, Konrad Hesse e no Brasil, Willis Santiago Guerra Filho ou ainda classificar e estudar conforme são arrolados na Constituição Federal.

No presente trabalho faremos a análise de classificação dos direitos fundamentais em gerações.

1.3.1 Direitos fundamentais de primeira geração

Os direitos da primeira geração dizem respeito a liberdade, surgiram no século XVII e XVIII, eles englobam o direito à vida, segurança, justiça, propriedade privada, liberdade de pensamento, voto, expressão, crença, locomoção, entre outros.

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais de primeira geração foram frutos das revoluções liberais francesas e norte-americanas, nas quais a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais, com limitação dos poderes absolutos do Estado.

De acordo com Ana Cláudia Silva Scalquette:

> Os direitos de primeira dimensão são os direitos de liberdade, pois são fruto do pensamento liberal burguês, de caráter fortemente individualista, aparecendo como uma esfera limitadora da atuação do Estado, isto é, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado nas liberdades do indivíduo (SCALQUETTE, 2004, p. 34).

Neste sentido José Afonso Silva ressalta:

> [...] direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como direitos individuais, como é de tradição do Direito Constitucional brasileiro (art. 5º)., e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia [...] (SILVA, 2001, p. 182-183.).

Tais direitos surgiram para acabar de uma vez por todas com as intervenções do Estado na vida privada do indivíduo.

1.3.2 Direitos fundamentais de segunda geração

Enquanto os direitos fundamentais de primeira geração se preocupam com a liberdade da pessoa humana ante ao Estado, os de segunda geração se preocupam com a dignidade da pessoa humana, ou seja, que o homem não seja apenas livre, mas que tenha também uma vida digna.

Pietro de Jesus Lora Alarcón afirma que:

> A partir da terceira década do século XX, os Estados antes liberais começaram o processo de consagração dos direitos sociais ou direitos de segunda geração, que traduzem, sem dúvida, uma franca evolução na proteção da dignidade humana. Destarte, o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das carências mínimas, imprescindíveis, o que outorgará sentido à sua vida (ALARCÓN, 2004, p.79).

Os direitos de segunda geração buscam uma atuação do Estado no sentido de propiciar uma vida digna a todo cidadão.

Themistocles Brandão Cavalcanti dispõe a respeito dos direitos de segunda dimensão:

> Os direitos ao trabalho, à subsistência, ao teto, constituem reivindicações admitidas por todas as correntes políticas, diante das exigências reiteradamente feitas pelas classes menos favorecidas no sentido de um maior nivelamento das condições econômicas, ou, pelo menos, uma disciplina pelo Estado das atividades privadas, a fim de evitar a supremacia demasiadamente absorvente dos interesses economicamente mais fortes (1964, p. 197).

São considerados direitos positivos, por buscar sanar as diferenças sociais e exigir do Estado uma atuação neste sentido. Como exemplo de direitos de segunda geração temos o direito à saúde, trabalho, educação, lazer, repouso, habitação, saneamento, greve, livre associação sindical, etc.

1.3.3 Direitos fundamentais de terceira geração

Os direitos fundamentais de terceira geração deixam de se preocupar apenas com o indivíduo e passam a se preocupar com a coletividade do homem. Os direitos fundamentais de terceira geração são considerados os direitos de fraternidade, Paulo Bonavides enfatiza que:

> Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicitas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (2006, p. 563-569).

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior elucidam: "A essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos" (ARAÚJO; NUNES JR, 2005, p. 116.).

Como exemplos de direitos de terceira geração podemos ressaltar o direito à paz, ao meio ambiente, à comunicação entre outros. Pode-se observar que nos direitos de terceira geração o ser humano está em enfoque em um sentido mais amplo, dotado totalmente de universalmente e coletividade.

1.3.4 Direitos Fundamentais de quarta geração

Há discussões quanto aos direitos fundamentais de quarta geração, uma vez que poucos autores discorrem sobre eles.

Paulo Bonavides, ao lecionar sobre o tema, afirma que:

> São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência." (BONAVIDES, 2006, p. 563-569).

Os direitos ligados a quarta dimensão são os referentes aos direitos ligados ao pluralismo e à democracia, ou seja, o direito à ser diferente, à informação, à pluralidade em seus mais diversos aspectos, ao respeito das minorias, dentre outros.

1.4 Diferença entre direitos fundamentais e garantias fundamentais.

As terminologias "direitos e garantias fundamentais" levam muitas pessoas a acharem que são sinônimas, entretanto embora usadas em um mesmo contexto, referem-se aos institutos diferentes no direito.

Os direitos fundamentais são normas de caráter declaratório, que visam em sua essência elucidar a existência de determinado direito, já as garantias fundamentais possuem natureza assecuratórias, que se destinam a assegurar tais direitos fundamentais, ou seja, em face de violação de um direito fundamental, são instrumentos a serem invocados em defesa deste.

Como bem define o ilustre professor Jorge Miranda:

> Os direitos fundamentais representam só por si certos bens, as garantias fundamentais destinam-se a assegurar a fruição destes bens", ou seja, as garantias são acessórias e os direitos fundamentais permitem a inserção do indivíduo direta e indiretamente por si só nas esferas jurídicas (MIRANDA, 2000 p.95).

Em seus ensinamentos Constitucionais, Vicente Pauto e Marcelo Alexandrino evidenciam tal diferença:

> Os direitos fundamentais são os bens em si mesmo considerados, declarados como tais nos textos constitucionais. As garantias fundamentais são estabelecidas pelo texto constitucional como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. As garantias possibilitam que os indivíduos façam valer, frente ao Estado, os seus direitos fundamentais. Assim, ao direito à vida corresponde a garantia de vedação à pena de morte; ao direito à liberdade de locomoção corresponde a garantia do habeas corpus; ao direito à liberdade de manifestação de pensamento, a garantia de proibição de censura etc. Enfim, os direitos fundamentais são bens jurídicos em si mesmos considerados, conferidos às pessoas pelo texto constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos por meio dos quais é assegurado o exercício desses direitos, bem como a devida reparação, nos casos de violação. Enquanto aqueles nos asseguram direitos, as garantias conferem proteção a esses direitos nos casos de eventual violação (PAUTO; ALEXANDRINO, 2016 p. 096).

De acordo com os ilustres doutrinadores, tem-se como exemplo o direito à liberdade de locomoção e o remédio constitucional Habeas Corpus, ambos previstos no artigo 5° da Constituição Federal de 1988. Sendo o primeiro um direito fundamental, pois visa em sua essência declarar a existência do direito de liberdade de locomoção. Já o segundo se consagra como uma garantia, que surge para defender o direito à essa liberdade caso seja violada.

No exemplo trazido à baila, tivemos como garantia um remédio constitucional, porque todo remédio constitucional é uma garantia, porém nem toda garantia é um remédio constitucional.

1.5 Direitos fundamentais em sentido formal e sentido material

Há ainda outra forma de conceituar os direitos fundamentais, que são distintas, mas podem coincidir. São os direitos fundamentais em sentido formal e material, é muito importante entender tais conceitos para melhor compreender o rol de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, pelo simples fato de estarem na constituição, podem ser considerados formais.

O professor Léo Van Holthe, resume o conceito formal da seguinte forma: "Direitos Fundamentais são aqueles expressamente designados por nossa constituição, ou seja, são todos os direitos que empregam as palavras Direitos Fundamentais" (2009, p. 247).

Quanto aos direitos fundamentais no sentido material Canotilho elucida bem:

> Direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Prima fade, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à idéia de fundamentalidade formal como o demonstra a tradição inglesa das Common-Law Liberties. Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1). a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente, mas não formalmente fundamentais; (2). a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3). a abertura a novos direitos fundamentais. Daí o falar-se, nos sentidos (1). e (3)., em cláusula aberta ou em princípio da não tipicidade dos direitos Fundamentais. Preferimos chamar-lhe de norma aberta que, juntamente com uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional. Os Direitos Fundamentais são universais e absolutos, pois todo ser humano são titulares desse direito (CANOTILHO, 1993, p. 335).

Com base nas citações expostas, pode-se então entender como direitos fundamentais formais, os quais a Constituição contempla em si, ou seja, aqueles que o poder constituinte dispusera na Carta Magna de 1988. Ao ponto, de que direitos fundamentais materiais seriam todas as matérias que em sua essência são dignas de estarem em uma Constituição e de gozarem deste status constitucional decorrente e histórico: reflete a concepção de determinado momento histórico, em determinado espaço, sobre o que se deveria entender como matéria constitucional.

1.6 Dos direitos Sociais

Em relação aos direitos fundamentais, o presente trabalho visa ressaltar o que tange aos direitos sociais mais especificamente os diretos à saúde, o direito à saúde pública encontra-se positivado na Constituição Federal 1988, expressamente nos artigos 6º e 196, sendo um direito social e fundamental, é um dever do Estado por ser este direito extremamente importante, pois está relacionado diretamente com o direito à vida.

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Antes de enfim debruçarmos acerca do direito à Saúde, que se encontra em ênfase no presente trabalho, faz-se necessário tecer breves comentários acerca dos direitos sociais, que englobam uma leva de direitos, inclusive o Direito à Saúde.

Os direitos sociais na atual Constituição evidenciam um Estado democrático de direito, como ressalta Fernando de Oliveira Domingues Ladeira “o reconhecimento de direitos sociais no corpo da Constituição Federal é a evidência de ter o Estado brasileiro adotado a configuração de um Estado Democrático de Direito” (2009, p. 106).

Ainda conforme José Joaquim Gomes Canotilho os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional, e ser considerados como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada (2008, p. 97).

É importante ressaltar a responsabilidade do Estado em prover os direitos sociais, Alessandra Gotti Bontempo elucida que “os direitos sociais são, por conseguinte, sobretudo,

endereçados ao Estado, para quem surge, na maioria das vezes, certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material" (2005, p. 71).

Ainda Germano André Doederlein Schwartz afirma que:

> Os direitos sociais estão inseridos no capítulo que se situam os direitos e garantias fundamentais, sendo obviamente os direitos sociais, e assim o direito à saúde, fundamentais, frisando que a saúde protege o bem mais relevante, a vida, e assim, não há como questionar sua aplicabilidade (SCHWARTZ, 2001, p. 2).

Diante de todo exposto, percebe-se a importância de se reconhecer a responsabilidade do Estado em prover os Direitos Sociais, transformando o que são perfeitas transcrições constitucionais, em realidade do povo brasileiro.

2 DO DIREITO À SAÚDE

No segundo capítulo, serão discutidas questões inerentes ao direito à saúde, destacando sua presença na Constituição Federal de 1988, sua prestação pelo Estado, eficácia e aplicabilidade de suas normas, além de um breve percurso histórico.

2.1 Direito à saúde na Constituição Federal de 1988

Com advento da Constituição de 1988, surgiram ou pelo menos ficaram mais bem amparados pela constituinte, uma série de Direitos e o direito à Saúde foi tratado de forma mais prestigiada, o que não poderia ser diferente, uma vez dada a sua imensa importância para o ser humano. Nesse sentido, a Carta Magna toma para si a responsabilidade de prover esse relevante direito.

Sendo assim, como a própria Constituição de 1988 declara no artigo 196:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação.

Mediante o artigo citado, percebe-se que a proteção é integral, levando o Estado a garantir amparo não apenas a pessoas enfermas, mas também ao acesso à prevenção de doenças. Como cita Kildare Gonçalves de Carvalho:

> O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequadas (KELDARE, 2006, p. 195).

O direito à saúde é o um dos mais importantes por estar intimamente ligado ao direito à vida, sem nenhuma dúvida o bem mais precioso consagrado em nossa Carta Magna, portanto, falaremos bem mais sobre ele e de sua importância, mas se faz necessário o conhecimento sua história em nosso país.

2.2 Um breve percurso histórico do direito à saúde

O ilustre jurista e ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (2009). em um dos seus estudos, conta que à trajetória da saúde pública no Brasil inicia-se ainda no século XIX, porém durante este período não havia ações públicas curativas que ficavam reservadas ao serviço privado e à caridade. A partir da década de 1930, com a criação do

Ministério da Educação e da Saúde Pública, o sistema público de saúde passa a realizar ações curativas, contudo tal sistema não era universalizado, restringindo-se a atender os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência.

Ainda afirma o autor anteriormente mencionado que tão somente com o advento da Constituição de 1988, que prevê como responsabilidade do Estado assegurar que todos tenham direito à saúde de qualidade, o Governo se sentiu obrigado a concretizar tal direito criando então o Sistema Único de Saúde (SUS).

O SUS é definido pelo artigo 198 da CF/88, da seguinte forma:

> As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I- Descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II-Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III- Participação da comunidade. § 1º O sistema único de saúde será financiado, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Mediante o texto constitucional, pode-se perceber que o SUS é um modelo de saúde voltado para as necessidades da população, procurando resgatar o compromisso do Estado para com o bem-estar social, especialmente no que se refere à saúde coletiva, consolidando-o como um dos direitos da cidadania.

Apesar do SUS ter sido definido pela Constituição de 1988, ele somente foi regulamentado em 19 de setembro de 1990 através da Lei 8.080. Esta lei define o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento.

Os objetivos do SUS são muitos, vão desde formular políticas de saúde, fornecer assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. Como dispõe o artigo 5° da lei 8.080/90:

> Art.5º - São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: I - A identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II - A formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do Art.2º desta lei; III – A assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

O SUS de certa forma foi uma concretização do texto constitucional, pois veio ao encontro dos anseios deste, com um propósito promissor de alavancar a saúde do povo brasileiro, e ser um plano integral que não concorre com os planos de saúde privados, sanando assim a desigualdade social no âmbito da saúde.

A partir da descrição do SUS e da leitura do texto constitucional, observa-se que o cidadão brasileiro está totalmente amparado no que se refere aos direitos à saúde, no entanto, ao visualizar o cenário brasileiro percebe-se uma grande insatisfação na prestação, por parte do Estado, de tal direito.

Há um grande déficit no que diz respeito ao atendimento satisfatório na saúde, e por consequência do SUS, a realidade demonstra milhares de pessoas por todo o Brasil abandonadas pelo Estado, pessoas morrendo em filas de hospitais públicos em busca de atendimento especializado, como cirurgias, exames e medicamentos. Como pautou o jornal O GLOBO em uma de suas matérias em 2014, onde afirma que, “pelo menos 60 pacientes morreram em filas de espera por cirurgias em 5 hospitais federais”

Sendo assim, o Estado viola a dignidade da pessoa humana, além do seu compromisso requisitado pela constituição, e não reduz as desigualdades sociais e regionais e por fim não

promove o bem de todos. Como salienta Castro:

> Entretanto, em países – tais como o Brasil – que não atingiram o mesmo nível de proteção social que os dos continentes precursores de tais ideias – Europa, América do Norte, Oceania -, o período atual gera problemas de outra ordem: a redução de gastos públicos com políticas sociais, o que, em verdade, significa o não atingimento do prometido Bem-Estar Social (CASTRO, 2008, p. 662).

A falha na prestação do direito à saúde é notável, a ineficácia na prestação de tal direito por parte do Estado é lamentável, com isso percebe-se nesse breve percurso histórico do direito à saúde no Brasil, que houve sim uma evolução na prestação deste, entretanto não é satisfatório, o texto constitucional é de grande perfeição, mas, tal norma não tem se materializado na vida do povo Brasileiro.

2.3 O direito à saúde e sua prestação pelo Estado

Já foi discutida neste trabalho a importância do direito à saúde para garantir a dignidade da pessoa humana e a vida. Passaremos agora a discutir a obrigação do Estado, prevista pela Constituição em prestar tal serviço à sociedade como um todo.

A Constituição Federal de 1988 trata especificamente do direito à saúde como direito social, no artigo 196, proclamando que "[...] o direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado".

É dever do Estado garantir que todo cidadão tenha acesso à saúde e prevenção contra doenças, por se tratar de um direito fundamental, ou seja básico para a sobrevivência do homem. André da Silva Ordacgy defende que "a saúde se encontra entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, pois se consubstancia em característica indissociável do direito à vida" (2007, p. 3).

É notável que o direito à saúde está bem consagrado no texto constitucional, porém faz-se necessário observar se está ocorrendo a efetivação de tal direito para todos os cidadãos. SARLET sai em defesa dos direitos fundamentais sociais, e afirma que tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público (2012, p.240 a 245).

O direito à saúde não pode e não deve ficar dependendo da "boa vontade" dos governantes. O Estado deve promover saúde de qualidade a todos, justamente por ser um direito fundamental, pois um ser humano sem saúde não está propício a exercer sua dignidade.

Lenice Silveira Moreira afirma que:

> A dignidade humana exprime tudo aquilo que dá qualidade ao ser humano, enaltecendo-o como pessoa, distinguindo-o como espécie por outro lado, a condição humana, no sentido antropológico, constitui-se no conjunto das características físicas e orgânicas, mentais, psicológicas, afetivas, supostamente comuns a toda espécie. Assim, há uma relação ontológica entre a Dignidade Humana e a própria natureza ou condição humana (MOREIRA, 2006, p.149).

A saúde do homem está intimamente ligada a dignidade da pessoa humana, e exercer tal dignidade é estar apto para desenvolver todas as capacidades humanas, desde físicas quanto psicológicas.

2.4 Da eficácia e aplicabilidade das normas que contemplam o direito à saúde

Antes de falarmos propriamente da eficácia e aplicabilidade das normas que contemplam o direito à saúde e os direitos fundamentais, faz-se necessário falar das normas constitucionais em geral.

Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino pontua acerca do tema, afirmando que as normas constitucionais possuem variados graus de eficácia jurídica e aplicabilidade, que lhes são destinadas em referência a normatividade a que tenha sido outorgada pelo constituinte. Ressalta ainda que tal fato levou vários doutrinadores a proporem diferentes classificações quanto a esse aspecto (2016, p. 256).

Neste aspecto os autores já mencionados trazem em sua doutrina, Direito Constitucional Descomplicado, algumas classificações, como a de Ruy Barbosa, inspirado na doutrina norte-americana, que já enquadrava as normas constitucionais em dois grupos:

> a). normas "auto executáveis" (self-executing; self-enforcing; se!f-acting)., preceitos constitucionais completos, que produzem seus plenos efeitos com a simples entrada em .vigor da Constituição; e
> b). normas "não auto executáveis" (not self-executing; not self-enforcing provisions ou not self-acting)., indicadoras de princípios, que necessitam de atuação legislativa posterior, que lhes dê plena aplicação (2016, p. 56).

Além desta classificação oferecida por Ruy Barbosa, os magníficos autores ora citados, expõem em sua obra, a classificação sugerida pelo renomado constitucionalista José Afonso Da Silva que afirma:

> As normas constitucionais não podem ser classificadas em apenas duas categorias, pois há uma terceira espécie que não se encaixa, propriamente, em nenhum dos dois grupos idealizados pela doutrina americana. Dessa forma, o eminente constitucionalista pátrio classifica as normas constitucionais, quanto ao grau de eficácia, em: a). normas constitucionais de eficácia plena; b). normas constitucionais de eficácia contida; c). normas constitucionais de eficácia limitada (2016, p. 57).

Como base na classificação doutrinaria de SILVA, que predomina na doutrina brasileira, passamos a analisar cada uma delas.

2.4.1 Normas constitucionais de eficácia plena

Essas normas em questão são caracterizadas pela capacidade de assim que entram em vigor, poderem de imediato gerar todos os seus efeitos essenciais, como nos ensina Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino:

> As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. As normas de eficácia plena não exigem a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados. São, por isso, normas de aplicabilidade direta, imediata e integral (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 57).

Sobre o tema também podemos citar o ilustre jurista Sarlet, que com base nos estudos de Silva dispõe:

> Normas de eficácia plena seriam aquelas que, por serem dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependem da atuação do legislador ordinário para que alcancem sua plena operabilidade, já que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta ou indiretamente, quis regular (SARLET, 2012, p. 223).

Tal posicionamento remete à questão a seguir sobre as normas de eficácia.

2.4.2 Normas constitucionais de eficácia contida

As Normas constitucionais de eficácia contida, o autor anteriormente mencionado suscita:

> Já as normas de eficácia contida, dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados (SARLET, 2012, p. 223).

Na mesma perspectiva, Paulo e Alexandrino, expõem:

> As normas de eficácia contida são, assim, normas constitucionais dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições que limitem sua eficácia e aplicabilidade. Essas restrições poderão ser impostas: a). pelo legislador infraconstitucional (e.g., art. 5.0, incisos VIII e XIII).; b). por outras normas constitucionais (e.g., arts. 136 a 141, que, diante do estado de defesa e estado de sítio, impõem restrições aos direitos fundamentais).;c). como decorrência do uso, na própria norma constitucional, de conceitos ético-jurídicos consagrados, que comportam um variável grau de indeterminação, tais como ordem pública, segurança nacional, integridade nacional, bons costumes, necessidade cu utilidade pública, perigo público iminente (ao fixar esses conceitos, o Poder Público poderá limitar o alcance de normas constitucionais, como é o caso do art. 5.0, incisos XXIV e X...'CV: que impõem restrições ao direito de propriedade, estabelecido no inciso XXII do mesmo artigo) (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 58).

Sendo então normas que possuem aplicabilidade direta e imediata, onde o legislador constituinte regulou de forma satisfatória os ideais de um específico assunto, porém, deixou margem para uma atuação privativa por parte da competência discricionária da administração pública.

2.4.3 Normas constitucionais de eficácia limitada

A última das classificações no modelo proposto por José Afonso Da Silva, trata-se das Normas de eficácia limitada, que tem como peculiaridade em destaque, a sua aplicabilidade indireta e reduzida, não pode por si só desde sua entrada em vigor, gerar seus principais efeitos, não podendo se materializar de imediato. Como bem explica, ainda com base nos escritos de SILVA, o grande doutrinador Sarlet:

> Caracterizam-se essencialmente pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, não tendo recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente para, por si só e desde logo, serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos, reclamando, por este motivo, a intervenção legislativa. Ressalte-se que as normas de eficácia limitada englobam tanto as normas declaratórias de princípios programáticos, quanto as normas declaratórias de princípios instituí-vos e organizatórios, que definem a estrutura e as funções de determinados órgãos e instituições, cuja formatação definitiva, contudo, se encontra na dependência do legislador ordinário (SARLET, 2012, p. 223).

Nesta mesma diretriz, Paulo e Alexandrino, expõem que:

> As normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor, os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. São de aplicabilidade **indireta, mediata e reduzida,** porque somente incidem totalmente a partir de uma normação infraconstitucional ulterior que lhes desenvolva a eficácia. Enquanto não editada essa legislação infraconstitucional integrativa, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 60).

Ainda observam, que José Afonso da Silva, divide as normas de eficácia limitada, em dois grupos distintos:

> **As normas definidoras de princípio, institutivo ou organizativo** são aquelas pelas quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que, em um momento posterior, sejam estruturados em definitivo, mediante lei. São exemplos: "a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios" (art. 33).; "a lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios" (art. 88).; "a lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional" (art. 91, § 2°). "a lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho" (art. 113). e;**As normas constitucionais definidoras de princípios programáticos** são aquelas em que o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a lhes traçar os princípios e diretrizes, para serem cumpridos pelos órgãos integrantes dos poderes constituídos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos)., como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. Constituem programas a serem realizados pelo Poder Público, disciplinando interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social; valorização do trabalho; amparo à família; combate ao analfabetismo etc. Esse grupo é composto pelas normas que a doutrina constitucional denomina **normas programáticas,** de que são exemplos o art. 70, XX e XXVII; o art. 173, § 2°; O art. 216, § 3° (2016, p. 60 - 61).

O estudo a respeito da eficácia e aplicabilidade das normas que dispõem os direitos fundamentais é de grande relevância, pois é desta forma, que veremos como o direito à Saúde, que é um direito fundamental social, se materializa na vida da sociedade brasileira.

Sobre o tema, o brilhante doutrinador José Afonso Da Silva tem muito a ensinar:

> A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados de direitos fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias de democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais (2014. p. 182).

O artigo 5º, § 1º da Constituição Federal Brasileira dispõe que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Então surge o questionamento de se a disposição legal abrange as normas que revelam os direitos sociais. Este questionamento tem sido alvo de inúmeras discussões, uma vez que se busca saber se os direitos fundamentais sociais possuem aplicabilidade imediata.

Cada vez mais se tem chegado ao consenso a respeito do grau de obrigatoriedade e exigibilidade, muitas vezes através do poder judiciário, uma vez que os mandamentos contidos no plano de direitos sociais não têm se manifestado por parte de políticas sociais na vida da população brasileira, deixando o povo em falta desses direitos, mostrando tamanha ineficácia na concretização dos direitos contidos na esfera social.

Sobre o tema a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, §1º, garante, diferentemente de outras ordens constitucionais, que todas as normas de direitos fundamentais nela presentes têm eficácia plena e aplicação imediata, assim, pode-se afirmar que os direitos sociais a prestações fáticas possuem aplicação imediata. Desta forma, é inadmissível a teoria que define estes direitos como normas programáticas, incapazes de quedar efeitos no plano fático. Ademais, as normas sobre direitos fundamentais, por expressa dicção constitucional, são de aplicação imediata.

A grande problemática encontra-se nos direitos sociais de natureza prestacionais, que para sua concretização demandam um certo custo aos cofres públicos. Como dispõe o renomado professor Sarlet:

> Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto – em regra – prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição)., bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante, ainda que se saiba, como já frisado alhures, que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica (SARLET , 2012, p. 252).

Observa-se que não são só os direitos sociais de natureza prestacionais que geram custos à máquina pública, ao ponto que, o autor citado, afirma que todos os direitos fundamentais causam de uma forma ou de outra, gastos aos cofres públicos, mas os de natureza prestacionais, oneram grandiosamente mais à administração pública. Como dispõe:

> Com efeito, já se fez menção, no capítulo sobre a classificação dos direitos fundamentais, que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa)., na esteira da já citada obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Gustavo Amaral e Flávio Galdino, são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem – para a sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar "um custo", de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional. Aliás, é preciso enfatizar, como o faz José Casalta Nabais, que não apenas todos os direitos fundamentais importam em custos, como tais custos podem ser compreendidos em sentido amplo, abrangendo custos ligados à própria existência e sobrevivência do Estado (vinculados, por exemplo, ao dever de defesa da pátria)., quanto custos ligados ao funcionamento democrático dever de votar)., como em sentido estrito, quando se referem – conforme, aliás, a perspectiva aqui privilegiada, os assim chamados custos financeiros públicos de todos os direitos (SARLET, 2012, p. 253).

Apesar do custo apontado, o referido autor afirma que, "para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado 'fator custo' de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional". Entretanto ressalta que nos casos de direitos relativos às prestações sociais, a de se analisar de fato a situação dos cofres públicos pertencentes às administrações públicas requeridas, como dispõe:

> Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu "custo" assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas (SARLET, 2012, p. 254).

É inequívoca a afirmação de que de fato o Estado gaste para que se concretizem todos os direitos, entretanto o autor referenciado anteriormente destaca que, uns direitos "custam mais aos cofres públicos", o que é o caso dos direitos sociais de natureza prestacionais, o que faz com que sua efetividade e concretização não sejam satisfatórias.

Para prover tais direitos o Estado precisa dispor de certas receitas, por esse panorama, os direitos em questão, ficam à mercê das condições fáticas dos cofres públicos, recepcionando assim o princípio "reserva do possível", que será mais bem debatido nos próximos capítulos.

No entanto deve se observar os casos em que o direito em questão tutela um bem mínimo, como o direito à saúde em questão, pertencente à seleta gama de direitos tidos como mínimos para existência do ser humano, onde por força do princípio do mínimo existencial, este direito deve ser concedido. Porém, tal discussão a respeito da aplicabilidade do princípio a pouco citado em defesa do direito à saúde, sobre o princípio da reserva do possível, é matéria a ser discutida mais adiante.

3 DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Neste último capitulo destinaremos a análise do fenômeno jurídico do ativismo judicial na prestação do direito à Saúde, verificando as relações entre o direito à saúde e os princípios constitucionais da Reserva do Possível e Mínimo Existencial, levando em conta para referida análise, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

3.1 O princípio da reserva do possível

Como bem observado, é nítida a ineficácia na prestação do direito à saúde, e por uma forte razão o Estado, quando busca justificar sua ineficiência neste plano, se utiliza justamente do princípio da reserva do possível. Por este motivo, é importante a compreensão deste princípio, e ver como ele pode ser impetrado pela administração pública como um obstáculo na concretização dos direitos sociais e por consequência o direito à saúde, que se encontra em evidência neste trabalho.

É notável que os direitos sociais de natureza prestacionais, como é o caso, por exemplo do direito à saúde, pressupõe um dispêndio de gastos maior para o Estado ao fazer com que esse direito se materialize na vida das pessoas, uma vez que diferentemente de outros direitos fundamentais, possui uma característica economicamente relevante, ou seja, oferece um custo significativo aos cofres públicos. Como dispõe o magnifico constitucionalista Sarlet:

> Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto – em regra – prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição)., bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante, ainda que se saiba, como já frisado alhures, que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica (SARLET, 2012, P. 253).

Neste mesmo aspecto o Ministro do Supremo tribunal Federal Luís Roberto Barroso, destaca:

> [...] é de reconhecer que o Direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não deve ter a pretensão de normatizar o inalcançável. Esse "otimismo judicial" se alimenta da crença desenganada de que é possível salvar o mundo com papel e tinta. Diante de excessos irrealizáveis, a tendência do intérprete é negar o caráter vinculativo da norma, distorcendo, por esse raciocínio, a força normativa da Constituição. As ordens constitucionais devem ser cumpridas em toda a extensão possível. Ocorrendo a impossibilidade fática ou jurídica, deve o intérprete declarar tal situação, deixando de aplicar a norma por esse fundamento e não por falta de normatividade. Aí estarão em cena conceitos como reserva do possível, princípios orçamentários, separação de Poderes, dentre outros. Como já assinalado, certas normas podem ter sua aplicabilidade mitigada por outras normas ou pela realidade subjacente (BARROSO, 2009, p. 30).

Com isso o autor elucida que há um limite, ligado à situação fática dos cofres públicos, devendo ser observado se o poder público dispõe de recursos financeiros, que sejam suficientes para que ocorra a prestação de determinado direito.

Antes de falar da relação do conflito existente entre esse princípio e o Direito à Saúde como direito pertencente ao mínimo existencial, abordar-se-á um pouco mais sobre o princípio da Reserva do possível.

Sobre a origem de tal princípio, Ana Carolina Lopes Olsen, colabora:

> A reserva do possível teve origem no julgamento do caso "numerus clausus" pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, julgado em 1972. Discutia-se o acesso ao curso de medicina e a compatibilidade de certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso ao ensino superior (numerus clausus)., com a Lei Fundamental, que garantia a liberdade de escolha da profissão. O Tribunal decidiu que a prestação exigida do Estado deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, e entendeu que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os que pretendessem cursar medicina (OLSEN, 2006, p. 229).

Como pontifica Luciana Ohland, a teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha, no início dos anos de 1970, defendendo a "limitação dos direitos sociais a prestações materiais de

acordo com as capacidades financeiras do Estado, vez que seriam financiados pelos cofres públicos" (2010, p. 30).

A recepção de tal princípio pelo ordenamento brasileiro foi muito criticada, como podemos perceber nas palavras de Andreas J. Krell, ressaltando a grande diferença socioeconômica entre os dois países:

> Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não à necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc." (KRELL, 2002, p. 108-109).

A reserva do possível está intimamente ligada à capacidade fática do Estado em prover determinados direitos, uma vez que prega um limite à prestação de direitos que possuam características prestacionais, não exoneram o Estado de sua atribuição constitucional de promover esses direitos, mas resguardam, que esses direitos só serão de fato efetivados caso o Estado possua condições financeiras para isso.

Conforme OLSEN, a reserva do possível "costuma estar relacionada com a necessidade de se adequar às pretensões sociais com as reservas orçamentárias, bem como a real disponibilidade de recursos em caixa, para a efetivação das despesas" (2008, p. 182).

O conceito e natureza jurídica deste princípio trazem controvérsias, pois parte dos doutrinadores entendem como elemento interno de restrição à efetividade do direito, e outros a consideram elemento externo de restrição.

Primeiramente, será feita uma análise dos doutrinadores que pregam a reserva do possível como elemento interno de restrição à efetividade do direito, como é o caso de Gustavo Amaral e Danielle Melo, que em sua obra declaram que, "a escassez faz parte da definição, da delimitação em concreto do próprio direito a chamada 'reserva do possível' é elemento integrante" (2008, p. 101.).

Na mesma linha de pensamento Flávio Galdino nota a reserva do possível como integrante dos direitos fundamentais, na medida em que considera a escassez de recursos financeiros não como um elemento de restrição à efetividade do direito fundamental, mas sim como uma condicionante da própria existência do direito. Então destaca:

> Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita (2005, p. 204).

Por outro lado, SARLET discorda do posicionamento que enquadra a reserva do possível como elemento integrante dos direitos fundamentais, e entendem que se trata de espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas que, em alguns casos, pode ainda representar uma garantia dos direitos fundamentais. Oportuna a transcrição dos esclarecimentos dos autores:

> Por outro lado, justamente com base nas ponderações tecidas, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estive enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade)., espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (2012, p. 255).

O que ocorre é que esse princípio está diretamente ligado à prestação do direito à saúde, pois, prega que o Estado prestará os direitos e serviços públicos dentro das possibilidades orçamentárias dos cofres públicos. Como escreve SARLET:

> Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, igualmente, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito (SARLET, 2012, p. 270).

Por força de todo exposto, percebe-se no que tange ao princípio da reserva do possível, que trata de um princípio que pode vir a ser suscitado em defesa da não efetividade dos direitos tidos como pertencentes ao mínimo existencial. É importante ressaltar a sua íntima ligação com a questão orçamentária, uma vez que esse princípio tem relação com a prestação de vários direitos, inclusive o da saúde.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que de fato, embora muito bem amparado pela Constituição Federal de 1988, o Direito à Saúde sofre lamentavelmente com a falta de efetividade, pois não se materializa na vida do povo brasileiro. Apesar da Carta Magna de 1988, garantir em seu artigo 196, que o direito à Saúde é direto de todos e dever do Estado, o referido direito não tem alcançado uma concretização que seja satisfatória.

No entanto, reconhece que direitos sociais de natureza prestacionais, como é o caso do direito em questão, gera sim um alto custo aos cofres públicos, gasto que segundo a Administração Pública não é capaz de suportar. Ocorrendo assim a ineficácia na prestação do direito, ou seja, o Estado tem o objetivo de satisfazer tal direito, porém, não dispõe de recursos financeiros que sejam suficientes, ensejando-se no que a doutrina delimita como Princípio da Reserva do Possível, que apregoa que o Estado efetivará esses direitos desde que disponibilize de verba para o presente feito.

Através do estudo feito, pode-se verificar que o princípio em questão não poderá sobressair à efetividade do Direito à Saúde, por ser esse um dos direitos mais importantes trazidos em nossa Carta Maior, ao passo que está intimamente ligado ao mais importante direito por ela protegido, o direito à Vida. Além de que, possui uma característica essencial, básica e fundamental para subsistência do ser humano, sendo assim um direito que pertence à seleta gama de direitos tidos como pertencentes ao Mínimo Existencial, princípio que garante o mínimo que uma pessoa pode receber para que resplandeça em si, o grande princípio

constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Por esta razão deduz-se que o princípio da reserva do possível não deve ser obstáculo legítimo a efetivação ao direito à Saúde.

No tocante a intervenção do Poder Judiciário na prestação do Direito à Saúde, deve ser considerada legítima e correta, pois, apesar de ser função atípica deste Poder, na omissão dos poderes Executivo e Legislativo, apesar de contrariar o que a doutrina atribui como separação dos poderes, a referida intervenção deve ser feita, e se justifica pelas mesmas razões apresentadas no parágrafo anterior, que trata da supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do mínimo existencial.

Quando o poder judiciário recebe uma lide neste sentido, tem que tomar uma decisão, não podendo se omitir, e deve este pendenciar-se a efetivação do direito à Saúde, uma vez que o julgador faça diferente, estará "dando as costas" a um dos maiores pilares da nossa Constituição, que é o Princípio da Dignidade na Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jésus Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> Acesso em: 23/06/2016.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos***.* 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais**: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14º Ed. Belo horizonte. Del Rey. 2008.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Princípios gerais de direito público. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964.

FRANCO, Lafaiete, Reis. **A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil:** A busca pela efetivação de um direito fundamental. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil>. Acesso em: 05/07/2016.

GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos**. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade.** Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>. Acesso em: 25/03/2016.

HOLTHE, Leo Von. **Direito Constitucional**. 5º Ed. Salvador. JusPodivm. 2009.

KRELL, Andreas. **Realização dos direitos Fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos (uma visão comparativa).** Revista de Informação Legislativa n. 144, out./dez.1999.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Miranda, Jorge, 1941. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: revista atualizada, **2000**.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016

_____ Direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OHLAND, Luciana. **Reponsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. v. 36. n. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível.** Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 6. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>. Acesso em: 15/12/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde:** algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**.*Porto* Alegre: Livraria do Advogado, 2001. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____ Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2007.

AS ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA NO ÂMBITO DA PENSÃO POR MORTE

AMENDMENTS TO PREVENTIVE LEGISLATION WITHIN THE FRAMEWORK OF DEATH PENSION

Kátia Kelly Da Silva Vieira[37]
Diony Tarso Ferreira [38]

RESUMO

Este presente trabalho tem por finalidade desenvolver um estudo sobre as alterações introduzidas na Lei Ordinária nº8.213, de 17 de julho de 1991, que foi derrogada após vigência da Lei nº13.135, de 17 de junho de 2015, efeito da conversão da Medida Provisória nº664, de 30 de dezembro de 2014 modificando sistematicamente a pensão por morte. Entre as alterações estabelecidas na lei para outorga do benefício da pensão por morte, destaca-se a destinação e a duração do benefício ao cônjuge ou o companheiro. O alicerce desta mudança está vinculado ao financiamento e custeio das receitas do Regime Geral e Previdência Social - RGPS.

Palavras-chave: Medida Provisória. Regime Geral de Previdência Social. Benefícios. Pensão por Morte. Cônjuge ou Companheiro.

ABSTRACT

This present study aims to develop a study on the changes introduced at the Annual Law nº8.213 of 17 July 1991, which was repealed after the enactment of Law nº13.135 of 17 June 2015, Measure conversion effect provisional 664, of December 30, 2014 systematically we are modifying the death pension. Among the changes set out in law for granting the benefit of pension for death, there is the destination and duration of benefit to the spouse or partner. The foundation of this change is linked to the financing and funding of the revenues of the General Administration and Social Security - RGPS

Keywords: Provisional Measure. General Social Security. Benefits. Pension for Death. Spouse or Partner.

INTRODUÇÃO

A Previdência Social no Brasil funciona como um seguro onde todos os contribuintes prestam uma contraprestação pecuniária com a finalidade de obter um benefício, ressalvadas as hipóteses permitidas em Lei.

Para tanto, o (a) cônjuge e/ou companheiro (a), com o advento da MP 664/2014 se viu prejudicado em relação ao benefício pensão por morte, visto que passou a ter uma espécie de carência para a obtenção do benefício, sendo necessários dois anos de relacionamento estável ou casamento, bem como a totalidade de 18 contribuições.

Todavia, para as outras classes de dependentes, estas regras não são necessárias.

Contudo, este estudo inicialmente deverá conter o histórico da Seguridade Social do Brasil, os beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, como também, esclarecer os direitos inerentes aos segurados da Previdência Social.

No que pertence os objetivos específicos, este estudo pretende esclarecer os motivos que fez com que o legislador inferisse uma carência de contribuições e de tempo de relacionamento para obtenção de uma pensão nos casos de morte do segurado, por seu

[37] Graduada em direito pela FAQUI, 2016.

[38] Doutorando em direito pela Universidade de Buenos Aires; possui graduação em História pela Universidade Estadual de Goiás (2003), Graduação em Direito, pela Universidade de Rio Verde (2008) e esta matriculado na Universidade Anhanguera - UNIDERP em curso de Pós-Graduação em Processo Civil, com expectativa de conclusão no ano de 2010. Atualmente é professor titular da Faculdade Quirinópolis - FAQUI. (dionytarso@hotmail.com).

companheiro, então dependente. Não estabelecendo prazos e nem carências para os demais dependentes.

1 SEGURIDADE SOCIAL

A Seguridade Social é um processo de amplo apoio social que, propõem sustentar as naturais obrigações da sociedade como um todo. Proporcionando pelo menos o básico para a preservação da vida.

O sistema da Seguridade Social está previsto nos art. 194 a 204 da Constituição da República de 1988, conceitua o conjunto integrado dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A Seguridade Social concede aos cidadãos e a suas famílias em uma eventualidade, (invalidez, morte, etc.), tranquilidade e o bem estar, oferecendo continuidade na qualidade de vida. Assegurando os meios de sustento básicos do sujeito, no presente e no futuro, independente de contribuições para tanto. É uma maneira de distribuição de renda aos mais necessitados, para sua própria subsistência.

Podemos dizer que a Previdência oferece benefícios, a saúde provê serviços e a assistência fornece ambos. A Previdência Social exige contribuição, saúde e assistência não exige.

A Seguridade Social decorre de lei e legal relação entre pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, seja beneficiários ou não, e o Estado – INSS - autarquia Federal e SRF – órgão da administração direta.

Mencionando, brevemente as questões de benefícios da saúde e da assistência social e por fim Previdência Social, discutindo seus princípios constitucionais e próprios, vejamos sua estrutura e seu funcionamento.

O direito à saúde está disposto nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, sendo demostrado por um regime socioeconômico voltada para a prevenção de doenças, também para o tratamento e recuperação de doentes e a conservação do estado saudável da população em geral. A saúde é compromisso do Estado, ordenado através do SUS (Sistema Único de Saúde), custeada com recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, entre outras fontes. Os recursos apresentados independem de filiação ou contribuição, sendo direito de todos os cidadãos.

A assistência social está disposta nos artigos 203 e 204 da Constituição Federal, atendendo à população independente de contribuição, tendo como propósito favorecer os que deles precisarem. Há previsão para que a União ordene programas de renda mínima para proporcionar a subsistência de pessoas e famílias de baixa renda. É custeada com recursos do orçamento da seguridade social, e de outras fontes, organizada segundo as diretrizes dispostas na lei 8.212/91.

A previdência social, estão dispostas no artigo 201 da Constituição Federal, promove assistência aos segurados que com ela contribuem, diferente de outros meios da Seguridade Social, a Previdência Social depende da contribuição dos beneficiários, atingindo os impedidos de trabalhar, como nos casos de maternidade, idade avançada, doença e invalidez. Há ainda previsão de benefícios aos dependentes dos segurados, entre eles os benefícios de pensão em caso de falecimento e o auxílio-reclusão. Sua finalidade proporciona ao segurado e seus dependentes o recebimento que garanta sua subsistência, sendo vedado, contribuição ou rendimento inferior ao salário mínimo (PIAZZA, 2016).

1.1 História da Seguridade Social no mundo

A Seguridade Social originou-se na necessidade de estabelecer métodos de proteção contra os variados riscos ao ser humano. A proteção social vem de longos tempos em que os homens constatavam a necessidade de manter-se em comunidade e se ajudarem. Na Idade Média já existiam um sistema de cooperação, daqueles em razão de enfermidade ou idade avançada, incapaz de fornecer seu devido sustento, eram apoiados financeiramente pelos outros colegas de trabalho. A família romana e da Grécia, em uma forma de associação, cobravam contribuições de seus membros, para poder auxiliar os mais necessitados, o que chamamos de caixas de socorro de natureza mutualistas com cunho social.

Acredita-se, também, que a ideia de proteção ao trabalhador tenha surgido na China, há quem pretenda vislumbrar as origens da Previdência Social na Roma e Grécia antigas, em instituições de cunho mutualista, ao passo que outros a fazem remontar a períodos da história chinesa.

Formalmente a melhor doutrina, entre muitas destaca Martins (2011) que a primeira preocupação do homem com o seu futuro e de sua família é do ano de 1344, quando foi celebrado o primeiro contrato de seguro marítimo, posteriormente surgindo a cobertura de riscos contra incêndios.

Vale ressaltar, no entanto, estes auxílios eram semelhantes aos seguros de vida, que no século XVI eram feitos principalmente por armadores de navios, que a preocupação maior desses seguros não era com as pessoas, mas, sim, com as cargas e bens materiais (MARTINS, 2011).

Mais tarde vieram as confrarias ou guildas, consolidado em reuniões com fins religiosos, vinculavam pessoas da mesma categoria ou profissão, com objetivos comuns. Os integrantes recolhiam valores anuais, que poderiam ser utilizados em caso de velhice, doença e pobreza. Vale destacar que o Império Inca, ainda em estado menos avançado, já se preocupava com os seus integrantes que não tinham capacidade de produção. Por essa razão, havia o cultivo de terras com trabalho comum, para atender as necessidades alimentares dos anciãos, doentes, inválidos e órgãos, que não tinham capacidade de produção.

Avançando na história do ocidente em 1601, segundo Martins (2011), na Inglaterra, editou a *Poor Relief Act (*Lei de amparo aos pobres), que instituiu a contribuição obrigatória para fins sociais e consolidou outras leis sobre a assistência pública. Nesta fase, concedia aos juízes da Comarca o poder de tributar, pois autorizava que lançassem o imposto de caridade a ser pago por todos os ocupantes e usuários de terras. O valor arrecadado era centralizado nas paróquias e administrados pelos inspetores nomeados pelos juízes que repassavam aos indigentes.

Contudo, Martins (2011) certifica que em (1889) na Alemanha, já industrializada, que se estabeleceu o marco da previdência social no mundo. Conhecida como o primeiro ordenamento legal, a criação do seguro doença, 1883, por Otto Von Bismarck abriu novos horizontes mostrando a necessidade de se garantir estabilidade ao trabalhador. Em seguida criou-se o seguro acidente de trabalho, em 1884, e o seguro de invalidez e velhice, em 1889. Originou-se, então, na Alemanha, com a aprovação, em 1883, do projeto do Chanceler Otto Von Bismarck. A Lei do Seguro Social garantiu, inicialmente, o seguro-doença, evoluindo para abrigar também o seguro contra acidentes de trabalho (1884) e o seguro de invalidez e velhice (1889). O financiamento desses seguros era tripartido, mediante ajuda onde o Estado, as empresas e trabalhadores contribuíram de forma equiparia.

Depois da atuação do Chanceler Alemão para diminuir a tensão existente entre as classes trabalhadoras, surge uma nova fase, denominada constitucionalismo social, em que o

tema sob análise começa a ser positivado na própria Constituição dos países. Segundo entendimentos doutrinários dominantes, a Constituição Mexicana é a primeira a assegurar coberturas sociais, quando ocorria no âmbito do trabalho acidentes, neste sentido:

> A primeira Carta Política de um Estado a incluir a proteção do seguro social em seu bojo foi a do México, de 1917 (art. 123). Previa que os empresários eram responsáveis pelos acidentes do trabalho e pelas moléstias profissionais dos trabalhadores, em razão do exercício da profissão ou do trabalho que executarem; por conseguinte, os patrões deverão pagar a indenização correspondente, conforme a consequência decorrente seja morte, ou simplesmente a incapacidade temporária ou permanente para o trabalho, de acordo com o que as leis determinarem. Esta responsabilidade subsistirá ainda no caso de o patrão contratar o trabalho por via de intermediário (XIV) (MARTINS, 2011, p. 5).

Em seguida acompanhada pelos Estados Unidos, em 1935, foi aprovado no Congresso o Social Security Act, para ajudar os idosos e estimular o consumo, instituindo também o auxílio-desemprego para os trabalhadores que temporariamente ficassem desempregados, propondo investimentos na saúde, assistência e previdência, revolucionaram inovando o conceito de seguro social, que passou a ser conhecido como Previdência Social como forma de proteção social.

1.2 História da Seguridade Social no Brasil

No Brasil, a proteção social tem sua origem no período colonial, sendo naquela época a Igreja que era a responsável pela criação do seguro social, seguiu a lógica internacional. A exemplo disso Ibrahim (2011) apresenta que os mais antigos exemplos de proteção social brasileira iniciam com as Santas Casas, em 1543, atuantes no seguimento assistencial, e o montepio para a guarda pessoal de D. João VI em 1808.

No século XVI, decorrente da caridade imanente à fé cristão e a atuação da Igreja Católica, o padre jesuíta José de Anchieta fundou a Santa Casa de Misericórdia, cujo objetivo era prestar atendimento médico e hospitalar aos necessitados.

Em 1835, foi criada a primeira entidade de Previdência do Brasil que, também previa um sistema mutualista, era organizada pela Mongeral (Montepio Geral dos Servidores do Estado). Mas em 1824, artigo 179, inciso XXXI, indicava a constituição dos socorros públicos, sendo este a primeira ação securitária com previsão constitucional.

Entretanto, a doutrina reconhece que o marco inicial da Previdência Social Brasileira é o Decreto Legislativo de 1923:

> A Lei Eloy Chaves, (Decreto Legislativo 4.682, de 24/01/1923), que instituiu as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) para os ferroviários. Assegurava, para esses trabalhadores, os benefícios de aposentadoria por invalidez, ordinária (equivalente à aposentadoria por tempo de contribuição), pensão por morte e assistência médica. Os beneficiários eram os empregados e diaristas que executavam serviços de caráter permanente (GOES, 2016, p.1).

A primeira empresa a criar uma caixa de aposentadoria e pensões foi a Great Western do Brasil. Antes da Lei Eloy Chaves, já havia o Decreto Legislativo 3.724, de 1919, sobre o seguro obrigatório de acidente do trabalho.

A Lei Eloy Chaves ficou conhecida como marco inicial da Previdência Social Brasileira devido ao desenvolvimento e à estrutura que a previdência passou a ter depois do seu advento.

Na década de 1960, (Lei 3.782/1960, art. 10), o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio passou a denominar-se Ministério do Trabalho e Previdência Social, órgão responsável pela administração e criação de políticas públicas referentes à Previdência Social.

> Neste mesmo ano foi aprovada a Lei Orgânica da Previdência Social, a LOPS, padronizou o sistema assistencial e criou novos benefícios como o auxílio-natalidade, auxílio-

> funeral e auxílio-reclusão. Este diploma não unificou os IAPs então existentes, mas criou normas uniformes para o amparo a segurados e dependentes dos vários Institutos existentes (GOES, 2016, p.6).

Em 1967, em pleno regime militar foram unificados todos os Institutos de Aposentadorias e Pensões IAPs, e criado o Instituto Nacional de Previdência Social, o INPS.

Os trabalhadores rurais e os domésticos continuavam excluídos da previdência social. Na década de 70 os trabalhadores rurais e os empregados domésticos passam a gozar dos direitos previdenciários, em 1963, a Lei 4.214/63 criou o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), em 1971, a Lei Complementar 11 instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL), com direito à aposentadoria por velhice, invalidez, pensão e auxílio-funeral, todos no valor de meio salário mínimo. Não havia contribuição por parte do trabalhador.

Foi apenas em 1977, com a criação do SINPAS, Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, tendo como objetivo a integração das atividades da previdência social, de assistência médica e da assistência social.

Os acontecimentos mais importantes na evolução da Seguridade Social aconteceram a partir do ano de 1888.

Em 1888 surgiu a primeira legislação específica sobre Direito Previdenciário. Foi com a criação do Decreto nº. 9.912 de 26 de março de 1888, que regulou o direito à aposentadoria dos empregados dos correios. Em novembro do mesmo ano, com a Lei 3.397 houve a criação da Caixa de Socorros em cada uma das estradas de ferro do Império. Com o Decreto nº 221, de 26 de fevereiro de 1890, estabeleceu a Aposentadoria para os empregados da Estrada de Ferro Central do Brasil, após ampliado a todos os ferroviários do País pelo decreto nº 565, e 12 julho de 1890.

A primeira Constituição Federal a atingir objeto previdenciário específico foi a Constituição Republicana de 1981, no tocante à aposentadoria em favor dos funcionários públicos, ao dispor em seu art. 75 que "a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação".

Em seguida, no ano de 1892, foi instituída a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte aos operários do Arsenal da Marinha, tendo em conta que já estava vigorando o regime republicano, sob forte influência de cafeicultores e militares.

Em 1919, o decreto Legislativo n°. 3.724 instaurou obrigatoriamente um seguro por acidente de trabalho, que já vinha sendo praticado por alguns seguimentos, contudo sem previsão expressa na lei.

Entretanto, essas previsões legais e constitucionais ainda eram temporárias, precisando de uma melhor estruturação jurídica e prática, que só veio a ocorrer a partir de 1923, com o Decreto-Legislativo n°. 4.682, de 14 de janeiro de 1923, mais conhecido como "Lei Elói Chaves", com efeito, tal norma determinava a criação das caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários, a ser estabelecido de empresa a empresa.

Nos anos que seguiram ao ano de edição da "Lei Elói Chaves" outras caixas de aposentadoria foram criadas, em favor das demais categorias, tais como: portuários, telegráficos, servidores públicos, mineradores, etc. Foi criado também em 1923 o Conselho Nacional do Trabalho, com a ideia maior de cogitar a questão operária, facilitando o desenvolvimento da proteção social no plano estatal.

Em 1930 foi criado o decreto nº. 19.433, que instaurou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, tendo como uma das atribuições orientar e supervisionar a Previdência Social, inclusive como órgão de recursos das decisões das Caixas de Aposentadorias e Pensões.

Contudo, o decreto n°. 22.872/1933 criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos

Marítimos, considerado "a primeira instituição brasileira de previdência social de âmbito nacional, com base na atividade genérica da empresa".

Essas caixas de aposentadoria e pensão, em sua maioria, previam a forma de custeio da previdência da classe determinada, bem como os benefícios a ela concedidos, em especial: a) a aposentadoria integral, com 30 anos de serviço e 50 ou mais anos de idade; b) aposentadoria com redução de 25%, com 30 anos de serviço e menos de 50 anos de idade; c) as indenizações em caso de acidente de trabalho; d) a pensão por morte para os dependentes; e) outros benefícios não pecuniários.

A Constituição Federal de 1934 trouxe uma nova sistemática para a Previdência Social brasileira, em especial no tocante ao custeio, com a participação do Estado, dos empregadores e dos empregados. Há ainda que ressalvar, que em 1934 foram criadas os IAP's dos Comerciários pelo Decreto nº 24.272, e dos Bancários através do Decreto nº 24.015, e ainda ressalta a Lei nº 367, de 31 de dezembro de 1936 que criou o IAP dos Industriários.

É de se registrar ainda que a CF/1937 estabeleceu os seguros de velhice, de invalidez e de vida para os casos de acidente de trabalho. Sob o amparo da Carta de 1937, foram editados:

a) O Decreto-Lei n° 288, de 23 de fevereiro de 1938, criou o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado;

b) O Decreto-Lei n° 651, de 26 de agosto de 1938, que transformava a CAP dos trabalhadores em Trapiches e Armazéns no IAP dos Empregados em Transportes e cargas;

c) O Decreto-Lei n° 1.142, de 9 de março de 1939, estabeleceu exceção ao princípio da vinculação pela categoria profissional, com base na atividade genérica da empresa, e filiou os condutores de veículos ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas;

d) O Decreto-Lei n° 1.355, de 19 de junho de 1939, criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Operários Estivadores;

e) O Decreto-Lei n° 1.469, de 1° de agosto de 1939, criou o Serviço Central de Alimentação do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários;

f) Foi reorganizado o Conselho Nacional do Trabalho, criando-se a Câmara e o Departamento de Previdência Social;

g) O Decreto-Lei n° 2.122, de 9 de abril de 1940, estabeleceu para os comerciantes regime misto de filiação ao sistema previdenciário. Até 30 contos de réis de capital o titular de firma individual, o interessado e o sócio-quotista eram segurados obrigatórios; acima desse limite a filiação era facultativa;

h) O Decreto-Lei n° 7.835, de 6 de agosto de 1945, estabeleceu que as aposentadorias e pensões não poderiam ser inferiores a 70% e 35% do salário mínimo;

i) O Decreto-Lei n° 8.742, de 19 de janeiro de 1946, criou o Departamento Nacional de Previdência Social.

Em 1960 com advento da Lei nº 3.807, conhecida como a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), criou alguns benefícios, como o auxílio natalidade, o auxílio funeral e o auxílio reclusão. Vale destacar que foi um dos pontos mais importantes na evolução da Previdência no Brasil, pois, já beneficiava todos os trabalhadores urbanos, embora que alguns trabalhadores (domésticos e rurais) não foram contemplados pela nova norma.

Mas em breve, em 1963, foi editada a Lei n°. 4.214, que edificou o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), estendendo alguns benefícios conquistados pelos trabalhadores urbanos.

Em 1965, foi editada uma modificação constitucional, que proibiu a concessão de benefícios previdenciários sem a previsão legal de sua devida forma de custeio, visando elidir a concessão irresponsável de benefícios, em especial por motivos políticos.

Em 1966, com a alteração de dispositivos da Lei Orgânica da Previdência Social, foram instituídos o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, e o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS (atualmente a sigla é INSS), que reuniu os seis institutos de aposentadorias e pensões existentes, unificando administrativamente a previdência social no Brasil.

Sob o amparo da Constituição de 1967, com as alterações feitas por meio da Emenda Constitucional de 1969, foram editadas várias normas referentes ao Direito Previdenciário, com destaque para:

a) A Lei n° 5.316, de 14 de setembro de 1967, integrou o seguro de acidentes do trabalho na Previdência Social;

b) O Decreto-Lei n° 564, de 1° de maio de 1969, estendeu a Previdência Social ao trabalhador rural, especialmente aos empregados do setor agrário da agroindústria canavieira, mediante um plano básico;

c) A Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, criou o Programa de Integração Social-PIS. A Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, instituiu o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP;

d) A Lei Complementar n° 11, de 25 de maio de 1971, institui o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural - PRORURAL, em substituição ao plano básico de Previdência Social Rural;

e) A Lei n° 5.859, de 11 de dezembro de 1972, incluiu os empregados domésticos na Previdência Social;

f) A Lei n° 6.036, de 1° de maio de 1974, criou o Ministério da Previdência e Assistência Social, desmembrado do Ministério do Trabalho e Previdência Social;

g) A Lei n° 6.125, de 4 de novembro de 1974, autorizou o Poder Executivo a constituir a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (atual DATAPREV);

h) O Decreto n° 77.077, de 24 de janeiro de 1976, expediu a Consolidação das Leis da Previdência Social.

i) A Lei n° 6.439, de 1° de setembro de 1977, instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS, orientado, coordenado e controlado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), responsável "pela proposição da política de previdência e assistência médica, farmacêutica e social, bem como pela supervisão dos órgãos que lhe são subordinados" e das entidades a ele vinculadas.

j) O Decreto n° 89.312, de 23 de janeiro de 1984, aprovou nova Consolidação das Leis da Previdência Social.

A legislação infraconstitucional, também sofreu modificações consideráveis, a fim de guardar coerência com a nova sistemática imposta pelo constituinte. Lei nº 8029 de 1990, regulamentada pelo Decreto nº 99.350, de 27 de junho de 1990, fazendo a junção do INPS como IAPAS, criou o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS;

Contudo é com a legislação da Constituição Cidadão que temos a reunião de atividades da Seguridade Social: saúde, previdência social e assistência social. Em 1990, a Lei 8.029/90 criou o INSS - Instituto Nacional de Seguridade Social com a junção do Instituto de Previdência Social – INPS com o IAPAS – Instituto de Administração Financeira da Previdência Social.

Em 24 de julho de 1991, a Lei 8.212 dispôs sobre a organização da Seguridade Social e instituiu seu novo Plano de Custeio e a Lei n°. 8.213/91 instituiu o Plano de Benefícios da Previdência Social.

Somente com a Constituição de 1988 que as garantias securitárias, possuem o condão de amparo, atualmente a Seguridade Social no Brasil compreende saúde (Direito de todos e dever do Estado, independente de contribuição), assistência social (para quem dela necessitar,

independente de contribuição) e previdência social (caráter contributivo, filiação compulsória), recebendo contribuições de setores como empresas, empregados, empregadores, aposentados, além da União.

Importa ainda asseverar que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, com recursos do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

1.3 Previdência Social

A evolução da previdência social no Brasil teve seu desenvolvimento na necessidade privada e pública da comunidade, após a formação de planos específicos por empregados que construíam sua "caixa" comunitária, até o momento em que o Estado interferiu tomando para si o controle total do sistema previdenciário. As regras atuais sobre a previdência social estão nos arts. 201 e 202 da Constituição.

A Previdência Social assegura a seus beneficiários meios fundamentais de manutenção, tendo por motivos, de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte.

Portanto a previdência social não é autônoma em relação ao Direito da Seguridade Social.

A definição de Previdência social do art.1º da Lei nº 8.213/91 toma por base a finalidade da previdência social quanto às necessidades a serem cobertas.

Os princípios constitucionais da Seguridade Social entendem-se por:

Universalidade da cobertura e do atendimento, a proteção social deve alcançar todos os riscos sociais atendendo todos que vivam no território nacional, que possam gerar o estado de necessidade. Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços entre as populações urbanas e rurais, as imprevisibilidades (morte, velhice, maternidade, etc.), serão cobertas tanto para os trabalhadores urbanos como para os rurais. Seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços, tem duas fases, seleção de contingências e distribuição de proteção social, a distributividade direciona a atuação do sistema protetivo para as pessoas com maior necessidade, definindo o grau de proteção. Ambas têm objetivo de diminuir a desigualdade. A irredutibilidade do valor dos benefícios assegura o reajustamento dos benefícios para preservar o valor real. A equidade na forma de participação no custeio trata da forma em que cada um irá participar do custeio do sistema previdenciário. O trabalhador contribuirá sobre o valor do seu salário, a empresa contribuirá com alíquotas diferentes sobre as atividades econômicas. E, por último, a diversidade da base de financiamento que irá financiar o custeio da seguridade social, trata do princípio da solidariedade, onde todos contribuem - Poder Público, empresas e trabalhadores - de acordo com critérios regulados por lei, onde os que podem mais contribuem com mais e onerando menos aos menos favorecidos.

Grande avanço aos segurados da previdência social se deu com o princípio da irredutibilidade do valor do benefício, (CF, art. 194, parágrafo único, IV), entendimento de Goes (2016, p. 26), "que a sua finalidade é, a preservação do poder aquisitivo do benefício, ou seja, a preservação do valor real, garante ao beneficiário que o valor de seu benefício não será reduzido". Vale ressaltar que isso não implica no reajustamento anual, que tem por finalidade manter o poder aquisitivo do benefício.

Segundo pensamento de Martins (2011, p. 286), a Previdência Social tem por objetivo estabelecer um sistema de proteção social para proporcionar meios indispensáveis de sobrevivência ao segurado e a sua família, mediante contribuição por parte do próprio segurado, diferente do regime de assistência social, em que o segurado não precisa ter

contribuído para ter direito ao benefício.

O benefício deve garantir moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, e pelo menos um salário mínimo ao segurado, preservando a dignidade humana.

As causas decorrentes de necessidade são as seguintes: doença, invalidez, morte, velhice, maternidade, desemprego, conforme previsão do art. 201 da Constituição.

É verdade que a previdência social redistribui a riqueza nacional, visando o bem estar do indivíduo e coletividade, oferecendo por meio das aposentadorias, como forma de nova mão-de-obra e oferta de novos empregos.

Os benefícios oferecidos pela Previdência Social para o segurado, são: aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por idade, aposentadoria especial, aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial a pessoas com deficiência, auxílio doença, auxílio acidente, salário família, salário maternidade.

Sabe-se que por meio da previdência que atualmente uma pessoa pode ter uma sobrevida descente, mantendo um padrão de conforto razoável. O sistema de Previdência Social não tem por objetivo proteger o segurado contra todas as contingências possíveis, mas apenas as previstas em lei. Assegurar ao trabalhador, com base no princípio da solidariedade, benefícios ou serviços quando este tiver uma necessidade social.

Contudo, o sistema Previdenciário pode ser contributivos, onde o segurado contribuem para ter direito aos benefícios, e podem ser não contributivo, onde as receitas são provenientes de impostos. O sistema Público é o sustentado pelo Estado, como o Regime Geral de Previdência Social, os regimes próprios de funcionários públicos e militares.

Através da Medida Provisória 664/14, alterou significativamente a lei nº 8.213/91, principalmente em seus requisitos para o recebimento dos benefícios de auxílio doença e pensão por morte.

Preocupados com as transformações relevantes em nosso Sistema Previdenciário, os brasileiros foram assombrados com as mudanças relevantes em nosso Sistema Previdenciário.

Contudo, o país precisava reduzir gastos, para isso, viu-se obrigado a recorrer à mudanças. Desta forma podemos observar que as alterações para o recebimento da Pensão por Morte, são assustadoras, vejamos:

> De acordo com a MP 664/14 para o recebimento da Pensão por Morte será imprescindível que o falecido tenha contribuído para o sistema previdenciário por, no mínimo, 24 meses, exceto em caso de morte por acidente de trabalho, doença profissional ou do trabalho exceto se o falecido estava recebendo, até o óbito, auxilio doença ou aposentadoria por invalidez. E a necessidade que o cônjuge, companheiro ou companheira tenha mais de 2 (dois) anos de casamento ou união estável, da data do óbito do segurado (MOUTA, 2015).

Sabe-se que antes da mudança acima, para o recebimento da pensão por morte era necessário que o beneficiário comprovasse sua condição de dependente e que o falecido possuía condição de segurado no momento do óbito ou que estava no período de graça.

2 BENEFICIÁRIOS DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Beneficiários são as pessoas que gozam do direito subjetivo, sendo estes os segurados e os dependentes, não podendo ser pessoa jurídica.

Ressalta-se que segurado e dependente são pessoas físicas, o segurado é filiado ao RGPS (Regime Geral de Previdência Social), e o dependente está relacionado ao RGPS em entendimento de sua relação com o segurado, este, perde a proteção previdenciária quando o

segurado perde sua relação com RGPS.

Pontua-se duas classificações para o segurado, sendo elas, segurado obrigatório ou facultativo, dependendo da atividade laborativa remunerada ou não.

2.1 Segurados obrigatórios

É importante observar que são aqueles que a filiação ao RGPS não depende de suas vontades, a lei é que os obriga a se filiarem.

De forma contundente são classificados os segurados obrigatórios da Previdência Social, o Empregado que presta serviço de natureza urbana ou rural a empresa, de forma não eventual, sujeito a receber ordem do empregador, mediante remuneração; o Empregado doméstico aquele que é contratado para prestar serviço contínuo no espaço residencial, mediante salário, e sem fins lucrativos; o Trabalhador Avulso não tem vínculo empregatício, presta serviços a diversas empresas, com intervenção obrigatória do sindicato ou do OGMO (Órgão Gestor de mão-de-obra) se portuário; o Especial tem que ser pessoa física que reside em conjunto urbano ou rural, em regime de economia familiar exercendo atividade indispensável à própria sobrevivência do grupo familiar e exercido em dependência e colaboração, podendo exercer atividades de produtor rural, ou de pescador artesanal, e que façam dessas atividades o principal meio de vida. Se este explorar atividade agropecuária, a propriedade rural não pode ser superior a 4 (quatro) módulos fiscais. Se exercer atividade de seringueiro ou de extrativista vegetal, não há limite de área; o Contribuinte individual são eles, empresário, autônomos e equiparado a autônomo, passaram a ser chamados de contribuinte individual, por força da Lei 9.876/99.

2.2 Segurado facultativo

À luz do ordenamento brasileiro, entendem que para legitimar ao RGPS como segurado facultativo, podendo ser pessoa física maior de 16 (dezesseis) anos de idade, mediante contribuição, e que não exerça atividade remunerada que encaixe como Segurado Obrigatório do RGPS ou de Regime Próprio de Previdência Social.

Como endossa Goes (2016, p.127) além desta proposta outro argumento diz que: “é vedada a filiação ao RGPS, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de Regime Próprio de Previdência Social, salvo na hipótese de afastamento sem vencimento e desde que não permitida, nesta condição, contribuição ao respectivo regime próprio".

Para os operadores do direito cabe ressaltar uma lista de pessoas que podem filiar-se na qualidade de segurado facultativo:

A dona de casa;

O síndico de condomínio, quando não salariado;

O estudante;

O brasileiro que acompanha cônjuge que presta serviço no exterior;

Aquele que deixou de ser segurado obrigatório da Previdência Social;

O bolsista e o estagiário;

O bolsista que dedique em tempo integral a pesquisa;

O presidiário que não exercem atividade remunerada, nem esteja vinculado a qualquer regime de previdência social e;

O brasileiro residente ou domiciliado no exterior, filiado ao regime previdenciário de país com que o Brasil tem acordo internacional;

O segurado recolhido à prisão sob regime fechado ou semiaberto.

2.3 Dependentes

À luz do ordenamento brasileiro, são beneficiários do RGPS os dependentes do segurado que classificam-se em três classes, sendo, o cônjuge, a companheira, o companheiro, e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; os pais; o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Os dependentes concorrem em igualdade de condições. Podemos citar as espécies dos beneficiários como:

Cônjuge, é a união do homem e mulher pelo casamento, são beneficiários do RGPS na condição de dependentes.

Hoje, a doutrina de direito previdenciário é pacífica em afirmar que o cônjuge divorciado ou separado judicialmente, que esteja recebendo pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes da classe I. (Lei 8.213/91, art. 76, § 2º).

É importante observar, que de acordo com o entendimento do STJ, "a mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente." (Súmula 336 do STJ). Nesse sentido confira o seguinte julgado do STJ:

> Administrativo. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ex-Cônjuge. Pensão por morte. Possibilidade. Necessidade econômica superveniente. Súmula 336/STJ. Comprovada a dependência econômica em relação ao de cujus, o cônjuge separado judicialmente faz jus ao benefício de pensão pós-morte do ex-cônjuge, sendo irrelevante o não recebimento de pensão alimentícia anterior. (AgRg no REsp 1.295.320/RN, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012). Tal entendimento encontra-se consagrado na Súmula 336/STJ ("A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente") Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, 2014).

Procurando identificar, companheira e companheiro é a pessoa que mantém união estável com o segurado, se faz necessário que comprove, convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, e os companheiros sejam solteiros, separados judicialmente, divorciados, viúvos ou separados de fato. Sendo assim, poderá ser concedida pensão por morte.

Os companheiros homossexuais, citado por Goes (2016, p. 133), é o companheiro ou companheira do mesmo sexo de segurado inscrito no RGPS, integra o rol dos dependentes, desde que comprovada união estável, concorre, para fins de pensão por morte e de auxilio-reclusão, com os dependentes da classe I.

Pode-se assim estabelecer que não há necessidade de comprovação de dependência econômica basta comprovar a união estável.

O STJ, reconheceu a legitimidade ético jurídica da união homoafetiva como entidade familiar. Confira, o seguinte julgado da Suprema Corte:

> Família. Recurso especial. Pretensão de habilitação para o casamento civil de pessoas do mesmo sexo. Art. 1.723 do cc/02. Possibilidade. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da intimidade, da autodeterminação e do livre planejamento familiar autorizam o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Precedentes do STJ e do STF. Precedente do STF com efeito vinculante que aplica às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto. Recurso especial provido (STJ, 2015).

Sobre os filhos, são beneficiários do RGPS (os não emancipados, menor de 21 anos ou invalido ou que tenha deficiência intelectual ou mental), sem distinção entre filhos legítimos, ilegítimos, incestuosos, adulterinos ou adotados. No caso de filho maiores de 21 anos manterá a condição de dependente se for invalido ou se tiver deficiência intelectual ou mental, que o torne incapaz.

Dentre estas múltiplas hipóteses uma bastante peculiar chama a atenção, a invalidez tem que de existir no momento em que o requisito é exigido para a concessão do benefício.

Procurando clarificar, discorre Goes (2016, p. 135) que, "a pensão por morte será devida ao filho e ao irmão cuja invalidez tenha ocorrido antes da emancipação ou de completar a idade de 21 anos, sendo está comprovada pela perícia médica do INSS, a continuidade da invalidez até a data do óbito do segurado".

Nota-se que os Equiparados a filhos é o menor tutelado ou enteado que comprove dependência econômica, desde que não possuam bens suficientes para o próprio sustento e educação.

Se faz necessário os seguintes requisitos para serem beneficiário do RGPS, declaração escrita do segurado, comprovação de dependência econômica, e o menor não possuir bens aptos a garantir-lhe o sustento e educação, assim passam ser dependentes da classe I, além destas ações necessário se faz, que os pais, comprovem a dependência econômica e a inexistência de dependentes da classe I, e os irmãos devem comprovar a dependência econômica e a inexistência de dependentes das classes I e II.

2.4 Benefícios do Regime Geral da Previdência Social

O RGPS alcança as seguintes definições, explanadas em benefícios e serviços:

2.4.1 Aposentadoria por invalidez

Trabalhar é insuscetível de recuperação para o exercício de atividade que garanta sua sobrevivência, e será pago enquanto permanecer neste estado. (Lei 8.213/91, art.42).

Deve ser concedido a aposentadoria por invalidez pela condição de incapacidade, mediante exame médico-pericial a cargo da previdência, sendo assim com a perícia médica concluindo a existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será concedida. Havendo prognóstico de recuperação o benefício a ser autorizado deve ser o auxílio-doença.

Inicialmente garante ao segurado o benefício de auxílio-doença, e em seguida não havendo possibilidade de retorno à atividade trabalhista, transforma-se o benefício inicial em aposentadoria por invalidez. Está condicionada ao afastamento de as atividades.

A este respeito chama a atenção que a aposentadoria por invalidez é um benefício provisório, pode, em certos casos, recuperar-se. Sendo assim fica obrigado, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se à exames de 2 (dois) em 2 (dois) anos até 60 (sessenta) anos.

Fica isento de exames após 60 anos exceto para necessidade de assistência, para concessão do acréscimo de 25% sobre o valor do benefício, mediante solicitação do aposentado que se julgar preparado, subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela.

O idoso aposentado por invalidez que se declarar preparado a retornar à atividade trabalhista deverá solicitar a realização de nova avaliação médico pericial.

A carência para permissão da aposentadoria por invalidez é em regra de 12 (doze) contribuições.

Todavia, Goes (2016) trabalha este tema afirmando que quando a invalidez for resultante de acidente, doença profissional ou do trabalho ou de alguma doença especificada em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, não será exigida a carência.

De forma contundente para Goes (2016) o segurado especial, basta a comprovação do exercício de atividade pelo período equivalente ao número de meses correspondente à carência do benefício requerido.

Observa-se que para o segurado se habilitar novamente ao benefício da aposentadoria por invalidez, permite a contagem 4 (quatro) meses de contribuições exigidas para o cumprimento da carência do benefício.

Em regra a renda mensal é de 100% do salário de benefício. Para segurado especial que não contribuiu, a renda é de um salário mínimo. Mas quando seguida de auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez corresponde a um salário mínimo mais auxílio acidente.

Segurado especial que contribui 20% sobre o salário de contribuição, corresponde a 100% do salário de benefício. E se o segurado necessitar da assistência de outra pessoa será acrescido de 25% o valor da aposentadoria.

2.4.2 Aposentadoria por idade

Assevera o legislador no art.48 da Lei de nº 8.213/91, que será devido ao segurado a efetivação da carência exigida, sendo homem completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, e se mulher 60 (sessenta) anos de idade.

Se forem trabalhadores rurais os limites são reduzidos para 60 (sessenta) e 55 (cinquenta e cinco) anos.

O garimpeiro beneficia-se da redução de cinco anos da idade exigida para a aposentadoria por idade, desde que trabalhe em regime de economia familiar.

O trabalhador rural deve justificar seu exercício de atividade trabalhista rural, ainda que de forma descontínua, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O aposentado por idade pode continuar sua atividade trabalhista se assim o desejar, será obrigado a contribuir para a previdência em decorrência do seu trabalho.

Aposentadoria por idade é compulsória quando está é requerida pela empresa, quando o segurado tenha efetivado a carência, assim que completar 70 (setenta) anos de idade se for homem, ou 65 (sessenta e cinco) se for mulher. A aposentadoria por idade será compulsória.

Mas para a empresa a aposentadoria não é compulsória, a empresa pode solicitar, mas não é obrigada.

No uso de suas atribuições legais, a carência, em cumprimento ao que estabelecem o art. 25, inciso II, da Lei nº 8.213/91, edificou o pedido da aposentadoria por idade para 180 (cento e oitenta) contribuições mensais. Para os segurados inscritos na previdência social urbana, bem como para os trabalhadores e empregadores rurais.

Todavia para o segurado especial, a carência será contada em número de meses de efetivo exercício de atividade trabalhista rural, além de ter a idade mínima exigida.

2.4.3 Aposentadoria por tempo de contribuição

Discorrendo sobre o artigo 201 § 7º inciso I:

> A fórmula do inciso I, no § 7º do art. 201 da CF/88, a definir que uma vez realizada a carência exigida o segurado que completar 35 (trinta e cinco) anos de contribuição se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição se mulher, terá o direito a aposentadoria por tempo de contribuição. O RGPS não exige idade mínima para a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição (GOES, 2016, p. 230).

Todavia, para Martins (2009) é pertinente reforçar que o inciso XX, do art. 165 da CF/88, define que a aposentadoria dos professores, existem uma redução no tempo de contribuição, que passa para 30 anos para homem e de 25 para mulher, independentemente da idade, necessário se faz que comprove tempo de efetivo exercício em função de magistério na educação infantil, no ensino fundamental ou no ensino médio, ou atividade direcionadas aos alunos, como as funções de diretor de unidade escolar, de coordenação e assessoramento pedagógico, até mesmo de administração, de planejamento, de supervisão, de inspeção e de orientação educacional, desde que executada por professores.

Examina-se, também, como tempo de serviço para permitir a aposentadoria de professor, o de serviço público federal, estadual, do Distrito Federal ou Municipal; o de benefício por incapacidade, ganhado entre períodos de atividade; e o de benefício por incapacidade decorrente de acidente do trabalho, interposto ou não.

Agora o segundo ponto abordado por Goes (2016, p. 231) "o professor universitário não tem direito a aposentar-se com o tempo de contribuição reduzido".

Observemos agora que os professores universitários obedecem à regra aplicada aos demais segurados do RGPS (35 anos de contribuição para os homens e 30 para as mulheres).

Não é possível a substituição de tempo de serviço de magistério, para efeito de aposentadoria, em tempo de serviço comum.

2.4.4 Aposentadoria especial

A aposentadoria especial será adequada ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, como ao cooperado, filiado a cooperativa de trabalho ou de produção mesmo sendo contribuinte individual, que tenham trabalhado em condições de risco e prejudiciais à saúde, tem direito ao benefício. Que tenha trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, à exposição de agentes nocivos ou associação de agentes prejudiciais que esteja acima dos limites de tolerância estabelecidos segundo critérios quantitativos.

Considera-se como exceção à regra geral, a comprovação de efetiva exposição do trabalhador, a presença de agentes nocivos cancerígenos em humanos no ambiente de trabalho, é suficiente para dar ao segurado a aposentadoria ao tempo especial.

Ao ocorrer estes fatos o segurado tem direito à aposentadoria especial, ao tempo de trabalho permanente de forma não ocasional nem intermitente.

> Levando em consideração períodos de trabalho sob condições especiais, para fins de pedido de aposentadoria especial, os períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, férias, afastamento decorrentes de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, e recebimento de salário-maternidade, sob condição que à data do afastamento, o segurado estivesse exercendo atividade considerada especial (GOES, 2016, 254).

Fica o dever ao segurado a comprovação do tempo de trabalho, e a efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes de riscos à saúde ou

à integridade física, pelo período exigido para o benefício.

O aposentado que permanece em atividade ou que a ela retorna, em atividades expostas a agentes nocivos, terá sua aposentadoria automaticamente interrompida, assim que retornar à atividade. Porém se retornar à atividade comum, sem exposição à agentes nocivos e contínua, não prejudica o recebimento de sua aposentadoria, sustentada no seu valor integral.

2.4.5 Aposentadoria da pessoa com deficiência

A Lei complementar 142, de 8 de maio de 2013, regimentou o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, mediante perícia própria do INSS, considerados portadores de deficiência, são beneficiários da aposentadoria, podendo ser por tempo de contribuição ou por idade.

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, em contato com diversas dificuldades, podem impedir sua atividade completa e colaborativa na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Para o reconhecimento do direito à aposentadoria por idade da pessoa portadora de deficiência, é justo aos segurados aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, devendo ser cumprido o tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Reconhecido a existência da deficiência leve, moderada ou grave, é exigido um mínimo de 180 contribuições, havendo necessariamente provar a existência da deficiência, a aposentadoria por idade será concedida ao segurado.

A aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa portadora de deficiência, é apropriado ao segurado empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual e facultativo, que pratica os seguintes requisitos.

> I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave; II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada; III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; (GOES, 2016, p. 268).

Para essa espécie de benefício também é exigida a carência mínima de 180 contribuições.

O segurado especial, também terá direito à aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência, quando este recolher contribuições com alíquotas de 20% sobre o salário de contribuição.

Dentro de uma acepção ampla do doutrinador Goes diz que:

> A renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência, será de 100% do salário de benefício. E a renda da aposentadoria por idade da pessoa com deficiência, será de 70% mais 1% do salário de benefício por grupo de 12 contribuições mensais, não podendo exceder a 100% do salário de benefício (GOES, 2016, p. 274).

É opcional ao segurado com deficiência optar por outra espécie de aposentadoria do RGPS que lhe seja mais favorável.

2.4.6 Auxílio-doença

O auxílio-doença será concedido ao segurado que, havendo obedecido o período de carência de 12 contribuições mensais, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para sua atividade normal por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Mas, enquanto os 15 dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença ou de acidente de trabalho ou de qualquer natureza. Ficará à empresa responsável em pagar ao segurado empregado o seu salário integral.

O segurado em prazer de auxílio-doença fica obrigado a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social. Sendo assim não suspende o benefício até que seja dado como apto para execução de nova atividade que lhe garanta a sobrevivência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez.

O STJ tem entendido que é devido o auxílio-doença ao segurado julgado parcialmente incapaz para o trabalho, mas passível de reabilitação profissional para o exercício de outras atividades habituais. Nesse sentindo vejamos o julgado:

> Previdenciário. Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Incapacidade laboral. Termo inicial. 1. Considerando as conclusões do perito judicial de que a parte autora está temporariamente incapacitada para o trabalho, é devido auxílio-doença até sua recuperação (STJ, 2014).

Os artigos argumentam que o segurado que exerce mais de uma atividade pela Previdência Social, ocorrendo incapacidade definitiva em alguma atividade, o auxílio-doença será mantido indefinidamente, não podendo ser revertido em aposentadoria por invalidez, enquanto a incapacidade não se estender as outras atividades.

Se caso houver perda da qualidade de segurado, para dispor novamente ao auxílio-doença, o segurado deverá cumprir mais 4 contribuições mensais.

Segundo Goes (2016, p.282) no que diz respeito "a renda mensal inicial do auxílio-doença, corresponde a 91% do salário do benefício, não podendo exceder 12 salários de contribuição".

Se cessa o benefício com a recuperação da capacidade, transformação em aposentadoria por invalidez, em auxílio-doença, ou morte do segurado.

2.4.7 Auxílio-acidente

Com responsabilidade, Goes (2016, p.283) discorre em cumprimento ao que estabelecem o § 1º, do art. 18 da Lei de nº 8.213/91 que:

> O auxílio-acidente é um benefício indenizatório, após o segurado sofrer lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultante de sequelas que diminui a capacidade para o trabalho que exercia. Os seguintes segurados que poderão beneficiar-se são os empregados, empregados domésticos, trabalhador avulso, e segurado especial.

Dentro de uma acepção o segurado poderá obter o benefício do auxílio-acidente com qualquer outro, excluindo, a aposentadoria e a obtenção com outro auxílio-acidente que tenha o mesmo objeto.

Ao analisarmos, o auxílio-acidente não é exigida carência, e a renda mensal corresponde a 50% do salário de benefício, pode ser menos a um salário mínimo.

Ficando assim estabelecido o auxílio-acidente se cessa com a aposentadoria do segurado, morte do segurado, ou emissão da certidão de tempo de contribuição.

2.4.8 Salário-família

Cuida-se de um benefício aos segurados empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso, o aposentado por invalidez ou por idade e os demais aposentados com 65 anos de idade, se homens, ou 60 anos de idade, se mulheres que tenham salário de baixa renda, sendo inferior ou igual a R$1.089,72, em razão do número de filhos menores de 14 anos ou inválidos de qualquer idade. O INSS não exige carência para conceder esse benefício. Verifica-se que os segurados que tenham remuneração mensal superior a R$1.089,72 não têm direito ao salário-família.

Além destes fatores já elencados, ocorrido divórcio, separação judicial ou de fato dos pais, ou em caso de abandono legalmente caracterizado ou perda do pátrio-poder, o salário-família passará a ser pago diretamente àquele que ficar encarregado pelo sustento do menor.

Procurando clarificar sobre as possíveis razões que cessa o benefício, Goes (2016, p. 298) assevera que:

> Se cessa, automaticamente, por morte do filho ou equiparado, a contar do mês seguinte ao do óbito, quando o filho ou equiparado completar 14 anos de idade, salvo se inválido, a contar do mês seguinte ao da data do aniversário, pela recuperação da capacidade do filho ou equiparado inválido, a contar do mês seguinte ao da cessação da incapacidade, pelo desemprego do segurado, ou pela morte do segurado.

2.4.9 Salário-maternidade

Percebe-se que este benefício esta devido à gestante em razão do parto, até mesmo em casos de natimorto, ou aborto não criminoso, adoção ou da guarda judicial para fins de adoção. Analisando o período de duração em caso de parto será de 120 dias, em caso de aborto não criminoso será de duas semanas, ou em caso de adoção ou guarda judicial para fins de adoção também será de 120 dias.

Além deste entendimento outro argumento com o advento da Lei 12.873/13, em caso de adoção ou guarda judicial o benefício poderá ser oferecido ao segurado ou à segurada pelo período de 120 (cento e vinte) dias. Em casos de parto e aborto não criminoso, fazem direito ao benefício as seguradas do sexo feminino.

Observa-se, pois, em caso de falecimento do segurado, o benefício continua sendo pago pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.

O período de carência para as seguradas contribuinte individual, especial e facultativa, é de 10 contribuições mensais. Para o segurado especial, o período de carência depende do exercício de atividade rural nos últimos 10 meses anteriores à data do parto ou da solicitação do benefício feito antes do parto. A empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica independe de carência.

Assim, de acordo com essa análise, discorre Goes que

> O pagamento do salário- maternidade cessa, após o decurso do prazo legal, pelo óbito do beneficiário (mas há casos em que o benefício passará a ser pago ao cônjuge ou companheiro sobrevivente), para a empregada, pela dispensa sem justa causa durante o período de estabilidade (GOES, 2016, p. 309).

2.5 Auxílio-reclusão

Como mostra os estudos, o auxílio-reclusão será apropriado aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não tem remuneração da empresa nem estiver recebendo auxílio-doença, aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Não existe carência, sua renda mensal é de 100% do mesmo valor da aposentadoria

por invalidez. O tempo do auxílio-reclusão será sustentado enquanto permanecer detento ou recluso.

> Contudo, sabe-se que uma das formas para a cessação do benefício acontece com a extinção da última cota individual, se o segurado passar a receber aposentadoria, pelo óbito do segurado (nesse caso o auxílio-reclusão será convertido em pensão por morte), na data da soltura, quando o segurado deixar a prisão por livramento condicional ou por cumprimento da pena em regime aberto (GOES, 2016, p. 337).

Vale ressaltar que o benefício pode ser suspenso nos casos de fuga do segurado, pela opção do recebimento do auxílio-doença, ou o beneficiário deixar de apresentar atestado trimestral de que o segurado permanece à prisão.

2.5.1 Pensão por morte

Frisa-se que a pensão por morte será apropriada ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, a partir da morte do segurado, sentença declaratória de ausência expedida por autoridade judiciária, desaparecimento do segurado por motivo de catástrofe, acidente ou desastre, mediante apresentação de prova hábil, neste caso é dispensada a decisão judicial.

Verificado por Goes são beneficiários do RGPS, na condição de dependentes do segurado:

> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente (classe I); II - os pais (classe II); III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente (classe III) (GOES, 2016, p. 315).

Analisando a renda mensal da pensão por morte, verifica-se 100% do mesmo valor da aposentadoria por invalidez.

Em regra, será concedido a cessação do benefício com a extinção da cota do último pensionista, a pensão por morte será encerrada, no caso de morte presumida, verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessa imediatamente.

CONCLUSÃO

O presente artigo, teve como objeto de estudo as alterações na Legislação previdenciária, cujo recorte foi o benefício da pensão por morte.

O interesse despertado pelo tema deu-se em razão de sua relevância e a importância da previdência social, sob o regime geral, perante toda população brasileira, e a necessidade em modificar a concessão e durabilidade do pagamento deste benefício, cuja justificativa e a manutenção do equilíbrio atuarial do sistema. Desta realidade, ocorreu como visto a alteração legislativa em estudo.

Fruto da conversão em lei da Medida Provisória de nº 664, de 30 de dezembro de 2014, a Lei de nº 13.135 foi promulgada em dezessete de junho de 2015. Estes diplomas normativos modificaram substancialmente as regras da pensão por morte no regime previdenciário brasileiro.

Com a economia em baixa, inflação em alta, e perda de poder político, diminuir os gastos e aumentar receita passou a serem as principais metas do governo federal no primeiro ano do segundo mandato da Presidente Dilma Rousseff. Com a busca pelo equilíbrio

dos gastos públicos, direitos previdenciários foram alvos de medidas que buscavam diminuir as despesas que o governo tem com a previdência.

As modificações diminuíram direitos previdenciários, tanto no Regime Geral quanto no Regime Próprio de Previdência Social dos servidores federais. As alterações foram necessárias para modernizar a proteção previdenciária brasileira, trazendo maior justiça social e evitando-se gasto público com proteção sem justificativa. Por isso propuseram mudanças na carência, tempo mínimo de casamento ou união estável, vitaliciedade dos benefícios para os cônjuges e companheiros, além de proporem uma nova forma de calcular o valor dos benefícios, tanto para a Lei 8.213/91 quanto a Lei 8.112/90.

Dessa forma, não se deixa dúvida que a razão que levou à adoção da Medida Provisória não foi outra senão a econômica.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário.** 7. ed. Mato Grosso: JusPODIVM, 2015.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social.** 7. ed. São Paulo: LTr, 2014, Brasil.

BISSOLI, Norian. **As alterações trazidas após a conversão da MP 664/2014 na lei 13.135/15.** Publicado em 23/06/2015. Disponível em: <http://drbissoli.jusbrasil.com.br/artigos/201043457/as-alteracoes-trazidas-apos-a-conversao-da-mp-664-2014-na-lei-13135-15. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL**, Supremo Tribunal de Justiça, 2013.** Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178710354/recurso-especial-resp-1428849-rj-2013-0419860-0/decisao-monocratica-178710364. Acesso em: 17 jul. 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal de Justiça, 2014.** Disponível em: <Http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153523958/recurso-especial-resp-1414368-pr-2013-0352158-6, pb, rel. Min. Regina helena costa, dje 07/11/2014. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal de Justiça, 2014.** Disponível em: http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25083158/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-473792-pe-2014-0028143-8-stj/inteiro-teor-25083159. Acesso em: 16 jul. 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FUX JÚNIOR, Luiz. **Tribunal Regional Federal. pub. DJe em 29/07/2011.** Disponível em: <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234346244/embargos-infringentes-einf-50487403820134047100-rs-5048740-3820134047100/inteiro-teor-234346312. Acesso em: 18 jul. 2016.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário.** 11. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2016, Brasil.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOUTA, Marina Gois. **Mudanças na Pensão por Morte.** Artigo. Jus Brasil. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/35615/mudancas-da-pensao-por-morte. Acesso em: 30 jun. 2016.

PIAZZA, Helena Bianca. **Previdência Social - aspectos constitucionais e questões atuais.** Salvar. Artigo. Jus Brasil. 2016. Disponível em: <http://helenabianca.jusbrasil.com.br/artigos/329342631/previdencia-social-aspectos-constitucionais-e-questoes-atuais. Acesso em: 03 jul. 2016.

SENADO FEDERAL. **Senado aprova MP que altera regras de pensão por morte, auxílio-doença e fator previdenciário.** Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25267:senado-aprova-mp-que-altera-regras-de-pensao-por-morte-auxilio-doenca-e-fator&catid=59&Itemid=392. Publicado em 27/05/2015. Acesso em: 23 jul. 2016. "Súmula 336, STJ: A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciário por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente".

"Súmula 340, STJ: A lei aplicável à concessão de pensão por morte previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado".

"Súmula 416, STJ: É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito".

"Súmula 52, TNU: Para fins de concessão de pensão por morte, é incabível a regularização do recolhimento de contribuições de segurado contribuinte individual posteriormente a seu óbito, exceto quando as contribuições devam ser arrecadadas por empresa tomadora de serviços"

ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO E SEU PODER NORMATIVO

COLLECTIVE AGREEMENTS AND WORKING CONVENTIONS AND THEIR NORMATIVE POWERS

Késia Da Silva Alves39
Kaio de Bessa Santos40

RESUMO

O crescimento do capitalismo transformou ainda mais a relação de emprego, tornando o trabalhador cada vez mais hipossuficiente ante o poder econômico das empresas e seus empregadores. Os trabalhadores uniram-se em sindicatos de suas determinadas categorias para equilibrar as forças, e assim conseguiram lutar por melhores e mais dignas condições de trabalho. No Brasil esses direitos são obtidos por meio das negociações coletivas de trabalho sendo instrumentalizados pelo acordo coletivo de trabalho ou pela convenção coletiva de trabalho. Para que sejam pactuados o acordo e a convenção coletiva de trabalho, devem ser respeitados alguns requisitos que serão demonstrados no presente trabalho, bem como diversos outros temas ligados a eles. Para um estudo atual, se prevaleceu das mais atuais bibliografias de conceituadas obras doutrinarias, como também o uso de recentes decisões, orientações e preceitos do Tribunal Superior do Trabalho e de alguns Tribunais Regionais do Trabalho. Para um estudo completo, se realizou um histórico do surgimento do Direito Coletivo do Trabalho, conceitos, abrangência e legitimados nas negociações coletivas, nos acordos coletivos de trabalho e nas convenções coletivas de trabalho, princípios aplicados, poder normativo e as clausulas benéficas e limitadoras dos instrumentos coletivos, e por fim a flexibilização dos Direitos do Trabalhador.

Palavras-Chave: Negociação Coletiva. Acordo Coletivo. Convenção Coletiva. Poder Normativo.

ABSTRACT

The growth of capitalism has further transformed the employment relationship, making the worker more and more vulnerable to the economic power of companies and their employers. The workers united in unions of their particular categories to balance the forces, and thus they were able to fight for better and more dignified conditions of work. In Brazil, these rights obtained through collective bargaining are instrumented by the collective bargaining agreement or the collective bargaining agreement. In order for the agreement and collective bargaining agreement to be agreed upon, certain requirements that will be demonstrated in this paper, as well as several other topics related to them, must be respected. For a current study, the most current bibliographies of well-known doctrinal works prevailed, as well as the use of recent decisions, guidelines and precepts of the Superior Labor Court and some Regional Labor Courts. For a complete study, a history of the emergence of Collective Labor Law, concepts, scope and legitimacy in collective bargaining, collective labor agreements and collective bargaining agreements, applied principles, normative power and the clauses beneficial and limiting Collective instruments, and, finally, the flexibilization of the Rights of the Worker.

Key-words: Collective Bargaining. Collective agreement. Collective Agreement. Normative Power.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar o instituto do acordo e da convenção coletiva e seu poder normativo. E como o crescimento do capitalismo transformou a relação de emprego e com as empresas visando maior lucro, os direitos individuais do trabalhador ficaram desprotegidos. Com a união das classes operárias de mesma categoria em sindicatos, o Direito

39 Gradua em direito pela FAQUI, 2016.

40 Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e Especialização em Processo Civil e Civil pela FacUNICAMPS. Atualmente é professor da FACULDADE DE QUIRINÓPOLIS- FAQUI nas matérias de Direito do Trabalho individual e coletivo, membro da Comissão Própria de Avaliação da referida Faculdade em representação ao curso de Direito é Advogado no escritório Santos & Santos Advogados situado em Quirinópolis/Goiás, atuando principalmente na jurisdição Trabalhista, Previdenciária, Consumerista e Cível em cobranças empresárias e Membro da Diretoria da OAB Subseção Quirinópolis/Goiás triênio 2016/2018 na função de Secretário Adjunto e Vice - Presidente da Comissão de Prerrogativas da OAB Subseção Quirinópolis/Goiás.

Coletivo de Trabalho ficou mais respaldado principalmente com as negociações coletivas por intermédio de seus instrumentos: o acordo coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho.

De tal modo, fez-se um breve histórico do surgimento do Direito Coletivo de Trabalho, bem como sua previsão constitucional, bem como conceitos imprescindíveis que disciplinam os diplomas da negociação coletiva que no Brasil são o acordo coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho que ganharam força principalmente depois da Constituição Federal de 1988, quando ficou expresso que o Estado não poderia intervir nas associações sindicais e ficaram reconhecidos os instrumentos do acordo e da convenção coletiva.

A presente monografia traz breve estudo sobre o poder normativo do acordo e da convenção coletiva e suas cláusulas que devem ser benéficas a ambas as partes, principalmente a classe operária, sendo essa a mais frágil na relação de emprego, e também as cláusulas limitadoras baseadas nos princípios que regem a negociação coletiva. Comenta sobre a flexibilização dos direitos do trabalhador, advindos com as mudanças econômicas da atualidade para a melhoria das condições de trabalho.

Destarte, pretende-se demonstrar que o acordo coletivo e a convenção coletiva de trabalho são instrumentos essenciais para garantir direitos dos trabalhadores, desde que presentes os requisitos necessários, observando-se sempre o poder normativo das mesmas, visando encontrar uma solução que melhor beneficie as posições das partes envolvidas diante das flexibilizações do direito do trabalhador permitidas atualmente como forma de avanço ou retrocesso dos direitos trabalhistas.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO COLETIVO DO TRABALHO

1.1 Surgimento do Direito Coletivo

"Adão teve de trabalhar para comer em razão de ter comido o fruto proibido" (Gênesis, 3). Essa era a consideração de trabalho na Bíblia, um castigo.

Notar-se-á que não é possível falar em surgimento e evolução histórica do direito coletivo do trabalho se antes não for tratado de alguns pontos que versem sobre o surgimento e evolução do direito individual do trabalho.

Observar-se-á que a expressão trabalho que vem do latim *tripalium* era uma espécie de instrumento de tortura de três paus ou uma canga que pesava sobre os animais, era usado pelos agricultores da época para bater, rasgar e esfiapar o trigo, espiga de milho e linho.

A escravidão foi considerada a primeira forma de trabalho, onde os escravos foram considerados como coisa, objeto de propriedade do *dominus* e não possuía direitos, principalmente o direito trabalhista, portanto, não era considerado sujeito de direito. Tinha o direito apenas de trabalhar. Os escravos realizavam o trabalho árduo enquanto os demais eram livres e executavam as atividades nobres.

Para Hesíodo, Protágoras e os sofistas da Grécia o valor social e religioso do trabalho agradaria aos deuses, criando riquezas e transformando os homens em independentes. Para os mais pobres o trabalho era visto como atividade dignificante.

Na segunda forma de trabalho temos a servidão que iniciou-se na Idade Média na época do feudalismo, onde os senhores feudais, grandes proprietários de terras, ofereciam proteção militar, política e utilização da terra aos servos que deveriam em troca prestar serviços nas terras do senhor feudal e entregar parte da produção rural adquirida. O trabalho era considerado um castigo, por isso os nobres não trabalhavam.

Em um terceiro momento temos as corporações de ofício, composta por mestres,

companheiros e aprendizes. Os mestres eram os proprietários das oficinas, que já tinham passado pela prova de obra-mestra. Os companheiros eram trabalhadores que percebiam salários dos mestres. Os aprendizes recebiam dos mestres o ensino metódico do ofício ou profissão, e para que esse ensino acontecesse os pais pagavam taxas elevadas, para que os filhos trabalhassem a partir de 12 ou 14 anos e em alguns países essa prestação de serviço começava com idade inferior. Esses aprendizes ficavam sob a responsabilidade do mestre que também poderia impor-lhes castigos físicos. Se o aprendiz superasse as dificuldades dos ensinamentos passava ao grau de companheiro. Enquanto o companheiro só passava a mestre se pagasse taxas para fazer o exame de obra-mestra e se fosse aprovado no exame.

Eram características das corporações de ofício:

1. Estabelecer uma estrutura hierárquica;
2. Regular a capacidade produtiva;
3. Regulamentar a técnica de produção.

Nas corporações de ofício a jornada de trabalho era muito longa, podendo chegar até a 18 horas de trabalho, mas na maioria das veze terminava com o pôr do sol devido a qualidade do trabalho prestado. Com a invenção do lampião a gás as indústrias passaram a funcionar também no período noturno.

Em 1789, com a Revolução Francesa as corporações de ofício foram suprimidas devido às incompatibilidades com o ideal de liberdade do homem, liberdade de comércio e o encarecimento dos produtos das corporações, pois as corporações não permitiam ao indigente viver do seu trabalho. Somente em 1791 na França, a Lei Le Chapellier aboliu as corporações de ofício de forma definitiva, proibindo que "os cidadãos de um mesmo estado ou profissão tomassem decisões ou deliberações a respeito de seus pretensos interesses comuns". Em 1810, o Código de Napoleão também criminalizou as coalizões operárias punindo a associação de trabalhadores.

Com a Revolução Francesa e sua Constituição ficou reconhecido o primeiro dos direitos econômicos e sociais do cidadão: o direito ao trabalho, impondo ao Estado a obrigação de dar meios ao desempregado de ganhar sua subsistência.

Ver-se-á que o conceito de Direito do Trabalho para o ilustre doutrinador Mauricio Godinho Delgado é:

> Direito do Trabalho é o complexo de regras, princípios e institutos jurídicos que regulam as relações empregatícias, quer no plano especificamente das obrigações contratuais de caráter individual, quer no plano mais largo dos vínculos estabelecidos entre os entes coletivos que representam os sujeitos desse contrato (DELGADO, 2015, p. 17).

O trabalho foi transformado em emprego na Revolução Industrial, onde os trabalhadores começaram a trabalhar por um salário, desenvolvendo com isso o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho. Com o surgimento na Revolução Industrial da máquina a vapor e os novos métodos de produção, a força humana foi substituída pela máquina o que desencadeou a crise do trabalho, e a agricultura foi perdendo força ocasionando o desemprego no campo. Com esses acontecimentos os trabalhadores começaram a reunir e associar reivindicando melhores salários, condições dignas de trabalho, redução da jornada excessiva de trabalho e contra a exploração de mulheres e menores que trabalhavam mais horas que os homens e adultos e recebiam salários inferiores destes.

A partir desse momento o Estado se torna intervencionista e passa a interferir nas relações de trabalho para melhorar as condições de trabalho e realizar o bem-estar social. A legislação começa a estabelecer normas mínimas de condições de trabalho para contratação pelo empregador, passando o trabalhador a ser protegido jurídica e economicamente. Vários

países começam a adotar leis trabalhistas que visassem proteger o empregado das condições muitas vezes desumanas impostas pelo empregador.

Visando proteger a classe trabalhadora das intervenções do Estado, após a Revolução Industrial ocorrida no século XVIII, a Inglaterra, em 1824, reconhece o direito à associação sindical, embora com previsão de punição contra a violência e atos de intimidação que acompanhassem o movimento grevista, surgindo o Direito Coletivo do Trabalho.

Segundo o ilustre doutrinador Mauricio Godinho Delgado:

> O Direito Coletivo do Trabalho, por sua vez, regula as relações inerentes à chamada autonomia privada coletiva, isto é, relações entre organizações coletivas de empregados e empregadores e/ou entre as organizações obreiras e empregadores diretamente, a par das demais relações surgidas na dinâmica da representação e atuação coletiva dos trabalhadores. (DELGADO, 2015, p. 17).

Enquanto para Sergio Pinto Martins "Direito Coletivo do Trabalho é o segmento do Direito do Trabalho incubido de tratar da organização sindical, da negociação coletiva, das normas coletivas, da representação dos trabalhadores e da greve" (MARTINS, 2015, p. 780).

Sendo assim, ver-se-á que o direito coletivo do trabalho trata da relação individual de trabalho, de forma a assegurar o direito coletivo de categorias profissionais diversas e suas melhores condições de trabalho, de forma a assegurar um ambiente de trabalho seguro a todos os indivíduos que ali laboram e uma melhor relação de trabalho com os empregadores e entre os empregadores também.

A partir de 1869 vários países como Alemanha, Dinamarca, França, Espanha, Portugal, Bélgica e Itália também reconheceram o direito à livre associação sindical. Porém foi na França em 1919, no Tratado de Versalhes. O direito de associação já era previsto no Tratado de Versalhes para empregados e empregadores (art. 427, 2).

A constitucionalização social acontece em 1917 na Constituição do México que prevê o "direito de coligação para a defesa dos interesses, tanto de trabalhadores como de empregador, por meio de sindicatos, associações profissionais" (art. 123, XVI), o direito "à greve e dos patrões ao locaute" (XVII). A consideração das greves como lícitas "quando tenham por objeto conseguir o equilíbrio entre os diversos fatores de produção, harmonizando-se os interesses do trabalho com os do capital" (XVIII). "A greve será ilícita quando a maioria dos grevistas praticar atos de violência contra pessoas ou a propriedade ou em caso de guerra, quando aqueles pertencerem a estabelecimentos e serviços que dependem do governo". O locaute será autorizado "será lícito quando o excesso de produção fizer necessário suspender o trabalho para manter os preços em um limite suportável, mediante prévia aprovação da Junta de Conciliação e Arbitragem" (XIX).

O direito de associação também foi tratado na Constituição de Weimar na Alemanha, em 1919. Já na Itália de Mussolini, o sindicato era submetido aos interesses do Estado. A *Carta del Lavoro*, em 1927, definia que era livre a organização sindical ou profissional, e o Estado organizava apenas as categorias existentes, sendo dividido em sindicato de categoria profissional e, sindicato de categoria econômica.

Em 1948, a Constituição da Itália dispõe no seu artigo 39 que "a organização sindical é livre. Aos sindicatos não pode ser imposta outra obrigação senão o seu registro junto a cartórios locais ou centrais, segundo as normas da lei. É condição para o registro que os estatutos dos sindicatos contenham regras internas com bases democráticas. Os sindicatos registrados têm personalidade jurídica. Em função dos seus filiados, podem estipular contratos coletivos de trabalho com eficácia obrigatória para todos os trabalhadores pertencentes às categorias a que se refere o contrato".

No mesmo ano, a Declaração Universal dos Direitos do Homem no seu artigo XXIII, 4,

determina que todos tem direito a ingressar num sindicato. Também em 1948, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), na sua Convenção de número 87, trata do livre direito de sindicalização, sem qualquer interferência por parte do Estado, baseando-se na ideia de que os trabalhadores e os empregadores, sem qualquer distinção, e sem autorização prévia, têm o direito de constituir as organizações que entendam convenientes, assim como o de filiar-se a essas organizações com a única condição de observar seus estatutos, segundo o doutrinador Luciano Martinez (MARTINEZ, 2010, p. 603).

Notar-se-á que no Brasil os primeiros sindicatos datam de 1903 e estavam relacionados à agricultura e pecuária e somente foram reconhecidos pelo Decreto nº 979, de 6-1-1903. Esse Decreto facultava "aos profissionais da agricultura e indústrias rurais a organização de Sindicatos para defesa de seus interesses". Esses sindicatos possuíam prazo de duração indeterminado e número de sócios limitados, não podendo ser inferior a sete, previa também o registro em cartório e a formação de uniões ou sindicatos centrais.

O primeiro sindicato urbano surge em 1907, através do Decreto nª 1.637, de 5-1-1907, que criou as sociedades corporativas, facultando ao trabalhador, inclusive aos profissionais liberais, associar-se aos sindicatos com o objetivo de estudo e defesa dos interesses da profissão e de seus membros.

Em 1930, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, atribuindo aos sindicatos funções delegadas de poder público. A economia era organizada em torno do Estado, com a finalidade de atender os interesses nacionais, por meio da imposição de regras a quem compusesse os sindicatos, inclusive a cobrança de contribuições sindicais.

A criação de Estrutura Sindical Oficial Corporativista deu-se com o Decreto nª 19.770, de 19-3-31, estabelecendo a distinção entre sindicato de empregados e de empregadores, exigindo seu reconhecimento pelo Ministério do Trabalho para que o sindicato adquirisse personalidade jurídica. Passou a ser instituído o sindicato único para cada profissão numa mesma região. Surgiu a possibilidade de criação de federações e confederações sujeitas ao Ministério do Trabalho. As profissões idênticas, similares e conexas em bases municipais foram agrupadas, os sindicatos deveriam ser compostos por no mínimo 30 sócios. Os sindicatos poderiam celebrar convenções ou contratos coletivos de trabalho.

Com a Constituição de 1934 foi usada a expressão pluralidade sindical. Para formação de sindicato de empregadores era necessário a junção de cinco empresas ou no mínimo 10 sócios individuais. O artigo 120 aduz que "os sindicatos e associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei". O parágrafo único desse artigo ainda traz que "a lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos". Ficou também instituída a Justiça do Trabalho.

A Constituição de 1937 vincula o sindicato ao reconhecimento estatal no seu artigo 138, cuja redação era a seguinte: "A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de poder público". O artigo 139 da Constituição instituía a Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos do trabalho.

Em 1943 aconteceu a reunião do modelo justrabalhista em único diploma normativo, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e no seu artigo 521 estabelecia os requisitos para o funcionamento do sindicato.

Já com a Constituição de 1946, ficou estabelecido no artigo 159 que: "é livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua

representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo poder público", que dava liberdade de associação com corporativismo. Houve também a inserção da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário no artigo 94, inciso V.

O direito de greve com restrições foi ressaltado na Constituição de 1967. Nesse mesmo ano o Decreto-lei nº 229 promoveu uma série de alterações na CLT possibilitando os sindicatos celebrar acordos e convenções coletivas, alterando os artigos 611 a 625 da CLT.

Visando ressaltar a associação profissional ou sindical, a Lei Maior ou Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo determinações sobre os acordos e convenções coletivas de trabalho. A Constituição adotou o modelo na unicidade sindical. Para o ilustre doutrinador Luciano Martinez "A unicidade sindical é um modelo organizacional que autoriza a existência de apenas uma entidade representativa de categoria profissional ou econômica dentro de determinada base territorial" (MARTINEZ, 2010, p. 625).

A visão do ilustre doutrinador fica bastante clara no artigo 8º, inciso II da Carta Magna:

> Art. 8º [...] II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

Notar-se-á que o modelo de unicidade sindical é válido para qualquer organização sindical, sem distinção, transcorre da lei e não da pretensão das pessoas na formação dos sindicatos.

O doutrinador Sergio Martins Pinto aduz que: "O sindicato único seria mais forte. Se houvesse vários sindicatos, não existiria unidade de representação e não teriam poder de pressão sobre o empregador" (MARTINS, 2015, p. 801).

1.2 Previsão constitucional

Observar-se-á que promulgada a Constituição Federal de 1988 houve uma ampliação da competência da Justiça do Trabalho para estabelecer normas e condições de trabalho, conforme a redação do artigo 114, §2º da Constituição:

> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

A previsão constitucional confere ao trabalhador o direito a melhores condições por meio do reconhecimento do acordo e da convenção coletiva de trabalho e também do seu conteúdo, no seu artigo 7º, inciso XXVI, que possui a seguinte redação: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social".

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Notar-se-á que alguns outros incisos do artigo 7º da Constituição também versam sobre a possibilidade de mudanças em algumas cláusulas trabalhistas mediante acordo e convenção coletiva de trabalho, pois o Texto Constitucional permite aos instrumentos coletivos a "flexibilização" de algumas regras de direito do trabalho impostas pela própria Constituição, estabelecendo ressalvas quanto à aplicação destas mesmas regras, como está disposto nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º.

> VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

Observar-se-á que a Carta Magna nos incisos II, III e IV do artigo 8º retrata que a negociação é feita por categoria. Ressalvado isto, a participação dos sindicatos nas negociações coletivas também se torna obrigatória conforme é retratada no artigo 8º, VI, da Constituição: "Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho".

Ver-se-á que a consequência da negociação coletiva é a convenção e o acordo coletivo de trabalho, conforme Sergio Pinto Martins (MARTINS, 2015, p. 916) "São os instrumentos que são resultantes da negociação coletiva".

2 DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

2.1 Conceituação

Considerada um dos mais importantes métodos de solução de conflitos trabalhistas de natureza coletiva na sociedade atual, a negociação coletiva é uma forma de adequação de interesses entre as partes, que acertam os distintos entendimentos existentes, tendendo encontrar uma solução capaz de compor suas posições.

Observar-se-á que o ilustre doutrinador Sergio Pinto Martins conceitua a negociação coletiva da seguinte forma:

> A Convenção 154 da OIT esclarece que a negociação coletiva compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, visando: (a) fixar as condições de trabalho e emprego; (b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; (c) disciplinar as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores ou alcançar todos esses objetivos de uma só vez (MARTINS, 2015, p. 889).

O ilustre doutrinador ainda aduz que "Envolve a negociação coletiva um processo que objetiva a realização da convenção ou do acordo coletivo de trabalho. Qualifica-se, assim, pelo resultado. As partes acabam conciliando seus interesses, de modo a resolver o conflito" (MARTINS, 2015, p. 889).

Ver-se-á que a negociação coletiva envolve duas partes, geralmente empregador de um lado e empregado do outro, buscando uma melhor relação de emprego, um ambiente saudável para todos que laboram naquele local, pois se os colaboradores estiverem se sentindo bem poderão trabalhar melhor e mais feliz.

Amauri Mascaro define a função social da negociação coletiva:

> Cumpre ainda (à negociação coletiva) uma função social de garantia de participação dos trabalhadores no processo de decisão empresarial, em proveito da normalidade das relações coletivas e de harmonia no ambiente de trabalho, dela se valendo inclusive a lei, que transfere para a negociação a solução de inúmeras questões de interesse social (NASCIMENTO, 2002, p. 565).

Portanto, a principal finalidade da negociação coletiva é a obtenção da paz social entre as partes, devendo a mesma ser feita com transparência, de forma que haja documentos que comprovem todo o procedimento dessa negociação, que deverá observar alguns princípios e disposições legais existentes.

2.2 Princípios aplicados

Notar-se-á que alguns princípios regem as relações entre os seres coletivos trabalhistas, reportando as analogias entre os sujeitos coletivos e aos processos consubstanciadores dessas relações.

Esse rol inclui os princípios da interveniência sindical na normatização coletiva, da equivalência dos contratantes coletivos e, da lealdade e transparência nas negociações coletivas.

O princípio da interveniência sindical na normatização coletiva ou da obrigatoriedade da autuação sindical é previsto expressamente no artigo 8º, inciso VI, da Constituição Federal: "Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho".

Sobre o princípio da interveniência sindical na normatização coletiva o doutrinador Mauricio Godinho Delgado qualifica: "O princípio da interveniência sindical na normatização coletiva propõe que a validade do processo negocial coletivo se submeta à necessária intervenção do ser coletivo institucionalizado obreiro. No caso brasileiro, o sindicato" (DELGADO, 2015, p. 62).

Ver-se-á que a premissa desse princípio é impedir que haja uma negociação informal do empregador com determinados grupos coletivos sem participação do sindicato, ou seja, que haja tratamento direto entre o empregador e seus empregados pois, qualquer ajuste feito de forma informal entre empregador e empregado terá caráter de mera cláusula contratual, não caracterizando negociação coletiva trabalhista.

O princípio da equivalência dos contratantes coletivos demanda pelo reconhecimento de um estatuto sociojurídico semelhante a ambos os contratantes coletivos. Tal correspondência resulta dos seguintes aspectos: são todos seres coletivos, haja vista que o empregador por seu próprio caráter já é um ser coletivo independente de fazer parte de determinada associação sindical; e, do fato dos dois seres contrapostos contarem com instrumentos dinâmicos de atuação, pressão e negociação, como por exemplo, garantia de emprego, prerrogativas de atuação sindical, possibilidades de mobilização e pressão sobre a sociedade civil e Estado, greve, etc.

Já o princípio da lealdade e transparência nas negociações coletivas busca garantir condições para a negociação coletiva, de maneira que esta venha a acontecer de forma leal e transparente. A transparência na negociação envolve qualquer das duas partes coletivas envolvidas, para que se possa atender ao princípio da lealdade e da boa-fé nessa negociação. O doutrinador Mauricio Godinho Delgado cita em relação a esse princípio:

> Em derivação ao princípio da lealdade e boa-fé na negociação coletiva (outra denominação do princípio), não seria válida a greve em período de vigência de diploma coletivo negociado, em vista da pacificação traduzida por esse próprio diploma (DELGADO, 2015, p. 67).

Ainda para o referido doutrinador "É evidente que a responsabilidade social de se produzirem normas conduz à necessidade de clareza quanto às condições subjetivas e objetivas envolvidas na negociação" (DELGADO, 2015, p. 67).

O professor Álvaro Villaça entende que:

> Desde a fase inicial dos ajustes, os contratantes hão de manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa (VILLAÇA, 2002, p. 26).

Sendo assim, notar-se-á a importância desse princípio na composição da negociação coletiva, haja vista que engloba um negócio jurídico coletivo que produzirá efeitos em importantes comunidades humana, definindo diversos pontos e sempre observando a condição de lealdade e transparência para uma negociação concisa e clara.

Destarte, estes importantes princípios considerar-se-ão como requisitos obrigatórios dos instrumentos coletivos de trabalho, ou seja, do acordo e da convenção coletiva de trabalho, pois a não percepção deles durante a fase negocial coletiva, bem como durante sua vigência, tornam os instrumentos inválidos ou nulos.

2.3 Agentes envolvidos

São os sindicatos de categorias profissionais os sujeitos legitimados a celebrarem negociações coletivas trabalhistas no Brasil, sob o ponto de vista dos empregados. Enquanto sob o ponto de vista dos empregadores essa legitimação pode ser própria, direta, ao menos nos casos de acordo coletivo de trabalho e delegada quando representado por seus sindicatos de categorias econômicas. É o que prevê a Carta Magna no seu artigo 8º, inciso VI.

Observar-se-á que havendo categoria profissional não organizada em sindicato a federação assume a legitimidade para discutir e celebrar convenções coletivas de trabalho. E, não existindo federação correspondente quem assume a legitimidade é a respectiva confederação, conforme determinação do artigo 611, § 2º da CLT.

> Artigo 611. § 2º As Federações e, na falta desta, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações.

O fenômeno transcrito recebe o nome de representação residual ou de substituição de legitimidade já que consignou-se em regra a necessidade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas.

Aduz o doutrinador Sergio Pinto Martins:

> O direito de negociar livremente constitui elemento essencial da liberdade sindical. A negociação deve ser feita não só pelos sindicatos, como pelas federações e confederações, ou, ainda, por entidades sindicais registradas ou não registradas. As autoridades públicas, entretanto, não poderão restringir o direito de negociação, assim como não se deve exigir a dependência de homologação pela autoridade pública, pois a negociação concretizada se constitui em lei entre as partes (MARTINS, 2015, p. 891).

Insta salientar que a participação dos sindicatos, federações ou confederações é de suma importância na negociação coletiva de trabalho a ponto de tornar a sua participação obrigatória nessa, tornando a mesma transparente e suprindo os interesses dos envolvidos estipulando normas justas principalmente aos trabalhadores. Atualmente não mais exige-se que as Convenções ou Acordos Coletivos para que tenha validades sejam homologados bastando para que seja feito o arquivamento junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, admitindo ainda na ausência do ato sua validade desde que cientes as partes, para que a norma

coletiva instituída entre em vigor no prazo de três dias nos termos do artigo 614, § 1º da CLT.

> Art. 614 - Os Sindicatos convenentes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acordo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos. § 1º As Convenções e os Acordos entrarão em vigor 3 (três) dias após a data da entrega dos mesmos no órgão referido neste artigo.

Neste sentido caminha a Súmula 34 da SDC do colendo TST, assim vazada:

> Súmula 34. ACORDO EXTRAJUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. JUSTIÇA DO TRABALHO. PRESCINDIBILIDADE. (inserida em 07.12.1998)
> É desnecessária a homologação, por Tribunal Trabalhista, do acordo extrajudicialmente celebrado, sendo suficiente, para que surta efeitos, sua formalização perante o Ministério do Trabalho (art 614 da CLT e art. 7º, inciso XXXV (*), da Constituição Federal). (*) Errata: onde se lê "inciso XXXV", leia-se "inciso XXVI".

Encontrar-se-á também as seguintes decisões em pretórios trabalhistas:

> Horas extras. Acordo de compensação. Convenção Coletiva não registrada. O registro nos órgãos do Ministério do Trabalho é requisito formal de publicidade e vigência das convenções e acordos. Se não registrados, não poderão os trabalhadores e empregadores representados exigir o cumprimento deles em juízo. Relator: R.O. nº: Juiz Convocado Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich 0000444-24.2010.5.01.0521 Recorrente: Marcelo Victória Recorrido: Rosado Atacado e Varejo de Alimentos Ltda. 1. RELATÓRIO. (TRT-1 - RO: 00004442420105010521 RJ, Relator: Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Data de Julgamento: 18/08/2014, Nona Turma, Data de Publicação: 26/08/2014). O art. 614, parágrafo 1º, da CLT não condiciona a validade da Convenção Coletiva ao registro junto ao órgão competente, bastando, apenas, o depósito ou a entrega, de uma via da mesma, àquele órgão, não se podendo, pois, exigir o registro para vigência do acordo coletivo (TST, RR 4.057/89, 8, Ac. 2ª T, j. 7-11-90, Rel. Min. José Ajuricaba, in LTr 55-03/352).

2.4 Modalidades de conflitos

Ver-se-á que nas relações coletivas de trabalho deve haver necessariamente um conflito coletivo, sendo assim, poder-se-á dividir esses conflitos em duas modalidades ou espécies de conflitos: econômicos ou de interesse e jurídicos ou de direitos ou interpretação.

O doutrinador Luciano Martinez os define da seguinte maneira:

> Os conflitos econômicos ou de interesse dizem respeito à divergência acerca de condições objetivas que envolvem o ambiente de prestação dos serviços e o contrato de trabalho, com repercussões geradoras de vantagens materiais. É exemplo claro de conflito econômico aquele que diz respeito à pretensão de reajustamento de salários ou à distribuição dos lucros e resultados da empresa. Os conflitos jurídicos ou de interpretação, por sua vez, dizem respeito à divergência de interpretação sobre regras ou sobre princípios já existentes. É exemplo de conflito jurídico aquele que visa à caracterização do descumprimento de cláusulas contratuais para o fim especial de autorizar o pagamento de multa para tanto avençada. (MARTINEZ, 2010, p. 657)

Sendo assim, notar-se-á que os conflitos econômicos são aqueles nos quais os trabalhadores reivindicam novas condições de trabalho ou melhores salários. Já nos conflitos jurídicos tem-se por objeto apenas a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica controvertida, como na decisão em dissídio coletivo em que se declara a legalidade ou ilegalidade da greve.

A natureza do conflito tem relevância quando se for verificar os requisitos de

ajuizamento de ações coletivas, Dissídios Coletivos, estabelecidos no artigo 114 § 2° da Constituição Federal de 1988.

2.5 Resolução do conflito pela criação do acordo ou convenção coletiva

A resolução dos conflitos no âmbito de uma relação individual ou coletiva acontece por via autônoma, via paraeterônoma ou por via heterônoma.

A primeira natureza jurídica, por via autônoma é pela fórmula de negociação direta onde percebendo uma das partes a existência de um dano há um embate e diálogos para a superação dos conflitos de modo que os contendores ajustem suas divergências diretamente, por empenho e atuação próprios.

Se cessar o diálogo e o conflito não for resolvido pela via autônoma, um terceiro poderá aparecer para promover uma negociação indireta por meio da conciliação ou mediação na via paraeterônoma. Esse terceiro envolvido pode ser convidado pelas próprias partes conflitantes ou surgir espontaneamente e estimular a composição.

Para o doutrinador José Augusto Rodrigues Pinto:

> A negociação direta e indireta classifica-se em autocomposição. Pode-se dar como conceito de autocomposição, a solução do conflito de interesses mediante a simples e direta interlocução dos sujeitos afetados por sua ocorrência ou com a presença de um mediador (PINTO, 1998, p. 159).

Caso não se consiga pôr fim ao conflito na negociação direta e indireta as partes podem preferir a atuação de um terceiro para decidir no lugar deles e resolver o conflito pela via heterônoma por meio da arbitragem ou jurisdição. Esse terceiro atuará como árbitro ou juiz/tribunal e decidirá o conflito de forma justa e passará suas decisões às partes envolvidas.

Observar-se-á que no texto constitucional, a arbitragem, também denominada "Lei Marco Maciel" (Lei nº. 9.307/96), está prevista como forma alternativa de solução dos conflitos trabalhistas como dispõe o artigo 114, §§ 1° e 2° da Constituição Federal.

> § 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º - Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Notar-se-á que o árbitro é juiz de fato e de direito. E, a sentença arbitral não se torna sujeita a recursos ou a homologação pelo Poder Judiciário conforme previsão do artigo 18, da Lei 9.307/96. "Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário".

Estabelecerá também o artigo 83, inciso XI, da Lei n°. 75/93 sobre a possibilidade de arbitragem em dissídios coletivos *in verbis*:

> Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: [...]. XI – atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho.

O ilustre doutrinador Sérgio Pinto Martins define a arbitragem da seguinte forma:

> A arbitragem é uma forma de solução de um conflito, feita por um terceiro estranho à relação das partes, que é escolhido por estas. É uma forma voluntaria de terminar o conflito, o que importa dizer que não é obrigatória. (MARTINS, 2015, p. 878).

Esse tipo de solução de conflito também é conhecido como heterocomposição.

Conforme Amauri Mascaro Nascimento "haverá heterocomposição quando, não sendo resolvidos pelas partes, os conflitos são solucionados por um órgão ou uma pessoa suprapartes" (NASCIMENTO, 2012, p. 255)

Notar-se-á que a arbitragem como forma de solucionar um conflito acontece então com a ajuda de um terceiro especialista na matéria em discussão, de confiança e escolhido pelas partes, sindicatos e empresas, cuja decisão tem força definitiva e com a finalidade de resolver a lide proposta de uma maneira justa a ambas as partes.

As partes submetem seus litígios ao juízo arbitral por meio de convenção de arbitragem compreendendo a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é colocada no contrato firmado entre as partes para estabelecer que, em caso de conflitos eles serão resolvidos pela arbitragem e não pela via judicial.

Para Sérgio Pinto Martins "Compromisso arbitral é a convenção por meio da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial", (MARTINS, 2015, p. 878)conforme determinação do artigo 9º, da Lei nº 9.307/96 *in verbis:*

> Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

O artigo 2º da Lei 9.307/96 preleciona que a arbitragem poderá ser de direito ou equidade.

> Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

A arbitragem por equidade é no sentido de fazer justiça. As partes poderão elencar as regras de Direito aplicadas na arbitragem de forma que não viole aos bons costumes e à ordem pública.

A sentença arbitral possui eficácia de título executivo judicial podendo ser executada se não cumprida, conforme prevê o artigo 31, da Lei 9.307/96 e o artigo 515, inciso VII, do Código de Processo Civil de 2015:

> Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...]/ VII - a sentença arbitral.

O julgado também demonstra o exposto em lei, *in verbis*:

> EMENTA: Apelação – Ação declaratória de nulidade de sentença arbitral – Sentença de rejeição do pedido – Irresignação improcedente – Sentença arbitral que, embora emitindo condenação, não extrapola a convenção de arbitragem, só o que justificaria a respectiva invalidação com base no art. 32, IV, da Lei 9.307/96 – Consideração, ademais, de que, no atual sistema processual, a sentença declaratória, nas condições previstas no art. 475-N, I, do CPC/73 e no art. 515, I, do CPC/15, também comporta execução por título judicial – Regras processuais essas que se sobrepuseram à aparente restrição do art. 31 da Lei 9.307/96, até a se ter em mente que a disciplina da execução e dos títulos que lhe dão suporte é matéria típica da lei processual – Irrelevante seria, portanto, a circunstância de a sentença arbitral ter proferido condenação, ainda que isso se mostrasse em desconformidade com o pedido – Suposta mácula em questão que, de toda forma, traduziria a chamada sentença "ultra petita", esta cuja correção apenas reclama o decote do que foi decidido além do pedido e não, absolutamente, a invalidação de todo o decidido – Inexistência, por último, de litispendência entre o processo instaurado perante o juízo arbitral e o processo de execução fundado no mesmo contrato, uma vez que fundadas as demandas em causas de pedir diversas e contendo pedidos também distintos – Haveria, sim, falta de interesse processual para execução fundada na sentença arbitral, por já estar em curso execução por título extrajudicial voltada à satisfação do mesmo crédito objeto da condenação proferida naquela decisão. Dispositivo: Negaram provimento à apelação. (TJ-SP - APL: 10589768620148260100 SP 1058976-86.2014.8.26.0100, Relator: Ricardo Pessoa de Mello Belli, Data de Julgamento: 12/09/2016, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/09/2016)

A previsão legal para a arbitragem na justiça do trabalho encontra-se na Constituição de 1988, em seu artigo 114, § 2º:

> § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Ver-se-á também alguns julgados sobre o exposto, *in verbis*:

> EMENTA: DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO DE NORMA DE CONVENÇÃO COLETIVA EM VIGOR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO FORMULADO PELO SINDICATO SUSCITANTE. Consoante o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominantes, a competência da Justiça do Trabalho, no que concerne ao julgamento do Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica, não pode extrapolar os limites da mera interpretação e do alcance de uma determinada norma jurídica (lei formal, convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, sentença normativa ou sentença arbitral), não sendo juridicamente possível, portanto, o acolhimento do pedido de declaração da ineficácia de cláusula de Convenção Coletiva regularmente aprovada pelos entes sindicais suscitante e suscitado e que, demais disso, se encontra em vigor, surtindo todos os efeitos legais; vale destacar que, mesmo no âmbito do Dissídio de Natureza Econômica, como previsto no art. 114, § 2º, da CF/1988, a Justiça do Trabalho deve velar pelo respeito às "disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente". PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105, DE 16/3/2015). O art. 17, do Código de Processo Civil de 2015, ao tratar das condições da ação, excluiu a chamada possibilidade jurídica do pedido prevista no CPC de 1973, remanescendo, neste Novo Diploma Processual, apenas "o interesse e a legitimidade" (das partes); diante desse quadro, entende-se que a impossibilidade jurídica do pedido se confunde com o mérito da causa e assim deve ser analisada, julgando-se improcedente, pois, a pretensão juridicamente impossível.
>
> (TRT-7 - DC: 00800469720165070000, Relator: DURVAL CESAR DE VASCONCELOS MAIA, Data de Julgamento: 14/06/2016, Data de Publicação: 14/06/2016)

Observar-se-á que não sendo possível chegar a um consenso nas negociações coletivas ou arbitragem, é facultado o ajuizamento do dissídio coletivo, que será levado à Justiça do Trabalho, como previsto no artigo 114, §2º, da Constituição Federal. Assim, o dissídio coletivo

que poderá ser de natureza econômica ou natureza jurídica, será resolvido pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da sentença normativa que será proferida, que junto com o acordo e a convenção coletiva de trabalho que venha a ser editado posteriormente formarão os diplomas coletivos do trabalho.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, evidencia-se que o Direito Coletivo de Trabalho, surgido após a Revolução Industrial do século XVIII, trata da relação individual de trabalho, assegurando o direito coletivo de categorias profissionais diversas, principalmente do trabalhador, hipossuficiente na relação de trabalho. Para enfrentar o poder econômico dos empregadores, os trabalhadores associam-se para criar os sindicatos e equilibrar essa relação de emprego. Com a criação de sindicatos, foi dada a estes, autonomia pelo Estado na Constituição Federal de 1988 para que buscassem melhorias nas condições de trabalho, garantindo um ambiente de trabalho seguro a todos da categoria que representavam, com relação de trabalho melhor e reconhecimento do acordo coletivo de trabalho e da convenção coletiva de trabalho na negociação coletiva de trabalho.

A negociação coletiva é um processo que envolve duas partes sendo geralmente, de um lado empregador e do outro empregado, objetivando a realização do acordo ou da convenção coletiva de trabalho para solucionar conflitos de interesse social entre as partes, sendo regidas por alguns princípios inerentes a negociação. Esses conflitos podem ser de natureza econômica ou de interesses e conflitos jurídicos ou de interpretação, que podem ser solucionados por meio dos instrumentos do acordo coletivo de trabalho ou da convenção coletiva de trabalho.

Destarte, os diplomas coletivos do acordo coletivo de trabalho e da convenção coletiva de trabalho possuem suma importância para os trabalhadores de determinada categoria profissional a fim de regularem suas relações de trabalho para com as empresas. Haja vista que, o acordo coletivo de trabalho envolve uma ou mais empresas e o sindicato da categoria profissional com aplicabilidade para os empregados da(s) empresa(s) acordante(s), enquanto a convenção coletiva de trabalho é pactuada por sindicatos de categoria profissional ou empregados de um lado e sindicatos de categorias econômicas ou empregadores de outro, com aplicabilidade para a categoria.

As condições estipuladas em acordo e convenção coletiva são aplicadas aos contratos individuais de trabalho, sendo obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações e devendo sempre ser aplicada a norma mais benéfica ao trabalhador, não importando a hierarquia entre acordo e convenção coletiva, pois, quando uma for favorável prevalecerá sobre a outra. Sendo os acordos e as convenções coletivas limitados pela lei não podem subtrair do trabalhador direitos expressos em lei já existente, devendo sempre ser flexibilizados de acordo com a situação econômica da empresa e da necessidade dos empregados, de forma a manter uma relação harmoniosa entre as partes, respeitando sempre os direitos básicos do trabalhador, sendo esse o propósito dos institutos do acordo e da convenção coletiva de trabalho.

Com a crescente globalização e o crescimento do capitalismo as negociações se tornaram a forma mais usual de se chegar a um consenso, permitindo a flexibilização das normas de direitos e obrigações de empresas e empregadores. Com esse franco crescimento, a flexibilização tende a aumentar para atender os interesses tanto das classes econômicas quanto das classes profissionais, podendo ser devidamente aceita desde que não atente contra direitos básicos e fundamentais previstos em lei.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Maria Herika Ivo. **Flexibilização das leis trabalhistas.** Alternativa à crise de desemprego?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4182, 13 dez. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31250>. Acesso em: 05 jan. 2017.

BRASIL (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. <http://www.conjur.com.br/2016-jan-22/reflexoes-trabalhistas-limites-negociacao-coletiva-sistema-juridico> Acesso em: 04 jan. 2017

BRASIL, TST, **Orientação Jurisprudencial da Seção de Dissídios Coletivos.** OJ SDC 34 ACORDO EXTRAJUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. JUSTIÇA DO TRABALHO. PRESCINDIBILIDADE., inserida em 07.12.1998. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_21.html#TEMA34> Acesso em: 24/10/2016

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei 13.105, de 16 de março de 2015. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto-lei n.º 5.452, de 1de maio de 1943. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 DE SETEMBRO DE 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm > Acesso em: 25/10/2016

BRASIL. **Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. TJ-SP. **Apelação:** 10589768620148260100 SP 1058976-86.2014.8.26.0100, Relator: Ricardo Pessoa de Mello Belli, Data de Julgamento: 12/09/2016, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/09/2016. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/385262291/apelacao-apl-10589768620148260100-sp-1058976-8620148260100> Acesso em: 28/10/2016

BRASIL. TRT-1. **Recurso Ordinário:** RO 00004442420105010521 RJ. Relator: Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Data de Julgamento: 18/08/2014, Nona Turma, Data de Publicação: 26/08/2014. Disponível em: <http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136096706/recurso-ordinario-ro-4442420105010521-rj> Acesso em: 24/10/2016

BRASIL. TRT-18. 186201000218001 GO 00186-2010-002-18-00-1, Relator: PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano IV, Nº 191 de 25.10.2010, pág.20. Disponível em: <http://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18958278/186201000218001-go-00186-2010-002-18-00-1> Acesso em: 18/12/2016

BRASIL. TRT-18. **Recurso Ordinário:** 00100395320165180104 GO 0010039-53.2016.5.18.0104, Relator: MARILDA JUNGMANN GONCALVES DAHER, Data de Julgamento: 29/08/2016, 4ª TURMA. Disponível em: <http://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/378773605/recurso-ordinario-trabalhista-ro-10039532016518 0104-go-0010039-5320165180104> Acesso: 18/12/2016

BRASIL. TRT-18. **Recurso Ordinário:** 00106369620165180241 GO 0010636-96.2016.5.18.0241, Relator: ROSA NAIR DA SILVA NOGUEIRA REIS, Data de Julgamento: 24/08/2016, 3ª TURMA. Disponível em: <http://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/376896559/recurso-ordinario-trabalhista-ro-106369620165180241-go-0010636-9620165180241> Acesso em: 18/12/2016

BRASIL. TRT-18. **ROPS: 0**0100436920165180111 GO 0010043-69.2016.5.18.0111, Relator: ELVECIO MOURA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 23/09/2016, 3ª TURMA. Disponível em: <http://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387744603/rops-100436920165180111-go-0010043-6920165180111?ref=juris-tabs> Acesso em 18/12/2016

BRASIL. TRT-7. D**issídio Coletivo:** 00800469720165070000, Relator: DURVAL CESAR DE VASCONCELOS MAIA, Data de Julgamento: 14/06/2016, Data de Publicação: 14/06/2016. Disponível em: <http://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/392969179/dissidio-coletivo-dc-800469720165070000> Acesso em 28/10/2016

BRASIL. TST. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista**: 681009320095010242, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 07/10/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/10/2015. Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/243713665/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-681009320095010242/inteiro-teor-243713687> Acesso em 15/12/2016

BRASIL. TST. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista:** 9050220115010055, Relator: Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho, Data de Julgamento: 06/08/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/08/2014. Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/132829353/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-9050220115010055> Acesso em 15/12/2016

CASSEPP, Alexandre Azambuja. **Negociação coletiva e os instrumentos normativos negociados:** acordo coletivo e convenção coletiva de trabalho. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 30 mar. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42706&seo=1>. Acesso em: 14 jan. 2017.

DELGADO, M. G (2015). **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr.

JUDICIÁRIO. **Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região** (TRT-18), de 07 de Maio de 2015. Disponível: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/91458466/trt-18-judiciario-07-05-2015-pg-836> Acesso em: 23/11/2016

MARTINEZ, L (2010). **Curso de direito do trabalho:** relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva.

MARTINS, S. P (2015). **Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas.

MELO. Raimundo Simão de. **Os limites da negociação coletiva para o sistema jurídico brasileiro**. 2016. Disponível em:

NASCIMENTO, A. M (2012). **Iniciação ao direito do trabalho** (37 ed.). São Paulo: LTr.

PINTO, J. A (1998). Direito Sindical e Coletivo. São Paulo: LTr.

VILLAÇA, Á (2002). **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas.

MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI Nº. 11.340 APLICADAS NA CIDADE DE QUIRINÓPOLIS, GO

PROTECTIVE MEASURES OF LAW No. 11,340 APPLIED IN THE CITY OF QUIRINÓPOLIS, GO

Livia Cristina Barroso Pimenta[41]
Tadeu dos Santos Mariano[42]

RESUMO

A violência doméstica paira em nosso dia a dia desde a antiguidade, visto que homem, em regra desde os primórdios, é machista, tendo a mulher como sua propriedade, sendo esta obrigada aos seus caprichos, pouco se interessando com os seus direitos. Com o passar do tempo muito se tem discutido e até feito contra tais atitudes que alguns homens insistem em disseminar. O Estado como ente garantidor de direitos e garantias fundamentais, promotor de políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social, tem o dever de garantir a todo cidadão seus direitos, como direitos sociais, individuais e coletivos. Após a criação da Lei nº. 11.340/06, as vítimas de violência familiar passaram a contar com maior proteção do Estado, com medidas protetivas imposta ao Agressor, com abrigos que as amparem, com o objetivo de assegurar a proteção da integridade física e moral da vítima e de seus dependentes. Porém o Estado na qualidade de sujeito protetor apresenta alguns conflitos essenciais, haja vista que as faltas de estrutura acabam por deixar as vítimas à mercê dos agressores. A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, atualmente encontra-se desestruturada mediante ao alto índice de casos apresentados.

Palavras-chave: Estado. Mulher. Medidas protetivas. Princípios penais. Violência doméstica.

ABSTRACT

Domestic violence hangs in our daily life since ancient times, as man, as a rule since the beginning, is sexist, having women as their property, which is bound to its whims, little interesting with their rights. Over time, much has been discussed and even made against such attitudes that some men insist on spreading. The state as guarantor entity of fundamental rights and guarantees, public policies promoting development and social inclusion, has a duty to ensure all citizens their rights, and social, individual and collective rights. After the creation of Law. 11,340 / 06, victims of family violence now have greater state protection with protective measures imposed on the Aggressor with shelters that amparem, in order to ensure the protection of the physical and moral integrity of the victim and their dependents. But the State as subject protective features some essential conflict, given that the lack of structure end up leaving the victims at the mercy of bullies. Public policy aimed at curbing domestic violence against women, today is unstructured by the high rate of cases presented.

Key-words: State. Woman. Protective measures. Criminal principles. Domestic violence.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a proteção que o Estado disponibiliza as vítimas de violência doméstica em especial a Lei 11.340/2006 (conhecida por Lei Maria da Penha), com o objetivo de demonstrar a ineficiência ou eficiência das medidas protetivas de urgência a ofendida em Quirinópolis - Goiás.

O art. 226 da Constituição Federal versa que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sendo disposto no § 8º, que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito

[41] Graduada em Direito pela FAQUI, 2016.

[42] Possui graduação em Letras - Português e Inglês pela Universidade Estadual de Goiás(2002), graduação em Direito pela Faculdade Quirinópolis(2013) e especialização em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus(2016). Atualmente é Professor da Faculdade Quirinópolis e Escrivão de Policia Civil da Polícia Civil do Estado de Goiás. Tem experiência na área de Direito.

de suas relações", sendo assim, cabe ao Estado assegurar que tais mecanismos sejam criados e surtam efeitos positivos. A Lei Ordinária de nº 11.340/06 veio dar efetividade a CF/88 e esta lei será o objeto de estudo do presente trabalho.

Em 26 de setembro de 2006 entrou em vigor a Lei nº. 11.340/06 mais conhecida como Lei Maria da Penha, nome em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de grave violência causada pelo seu então companheiro, o professor Marcos em 1983, que depois de seguidas agressões deixou a vítima paraplégica.

Mesmo com a criação da Lei nº. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), é difícil para o Estado coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, visto que, geralmente acontece no ambiente doméstico, conforme descreve JESUS (2015, p. 15).

O homem muitas vezes levado pelo ciúme, drogas, álcool ou por outros motivos, crê ter o direito de impor suas vontades à mulher, posto que, a sociedade atribuiu um valor maior ao papel masculino, desencadeando com isso a violência doméstica na qual a companheira se vê obrigada a obedecer aos caprichos machista (RAMOS, 2011).

No caso da Maria da Penha, o qual originou a criação da Lei 11.340/06, a vítima após inúmeras agressões denunciou o agressor no ano de 1983 e devido à lentidão do sistema jurídico o agressor só foi preso em 2002. O caso repercutiu e ganhou destaque junto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que publicou o relatório nº. 54/2001, no sentido de que a ineficiência judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso assumido pelo Brasil de reagir adequadamente ante a violência doméstica (RAMOS, 2011).

Maria da Penha foi apenas mais uma vítima da sociedade machista brasileira, e de um sistema jurídico, que não oferece a vítima uma proteção adequada ao sofrimento ocasionado pelas agressões e que não disponibiliza medidas que surtam efeitos. Ou seja, por mais que existam medidas voltadas à ofendida, como as que encaminham a agredida a algum programa de atendimento e proteção, ou alguns casos reconduzindo a visita ao seu lar, garantindo seus direitos civis, trabalhistas e patrimoniais, há ainda as medidas que nem sempre são eficazes na proteção da mulher, por falta de políticas públicas adequadas.

Mesmo que o tema seja atual e destacado na mídia, a falta de políticas adequadas no país ainda continua sendo o maior empecilho para que as vítimas tenham amparo legal adequado, resolvendo ou amenizando todo o sofrimento causado pelo agressor, e que em alguns casos esta falta de estrutura acaba por coibir as vítimas a procurar ajuda, por medo de acabar piorando ainda mais sua situação.

O trabalho parte de uma abordagem histórica e de uma análise doutrinária (discursiva), para, enfim, trabalhar com os dados coletados em uma pesquisa de campo realizada junto a Delegacia de Polícia Civil de Quirinópolis, Vara Criminal desta comarca, referentes as medidas protetivas de urgência encontradas na Lei 11.340/2006.

O estudo deste tema justifica-se pela desigualdade entre os gêneros masculino e feminino que vem desde a antiguidade, e a luta pelo fim desta violência, tendo o Estado como garantidor, criando e implantando novos meios de coibição, mas que na maioria das vezes estas medidas não surtem efeitos positivos para coibir a violência e proteger as vitimadas.

O objetivo geral é expor e discutir as medidas protetivas de urgência à ofendida através da Lei 11.340 (Lei Maria da Penha).com base especialmente no princípio constitucional da igualdade dos sexos, buscando entender a eficiência da referida lei em nossa sociedade.

1 MULHER

1.1 A discriminação de gênero

As mulheres sempre foram marginalizadas, tratadas como objeto e isso acontece desde a antiguidade. A mulher no passado estava destinada à procriação, aos afazeres domésticos, a obedecer ao homem. Durante o desenvolvimento das sociedades, a história registra a discriminação homem-mulher, visto que até na Bíblia a mulher foi condenada e não escapou da condenação do Senhor, conforme o livro de Genesis 3: 16 nos mostra: "Multiplicarei grandemente a dor da tua gestação; em dor darás à luz filhos. O teu desejo será para o teu marido, e ele te dominará".

A mulher foi condenada quando Eva encorajou Adão a comer o fruto proibido e foram expulsos do paraíso. A Bíblia tem vários livros que relatam a mulher em vários sentidos, começamos por Genesis 2:21-22 que está escrito: "Então o Senhor Deus fez cair um sono pesado sobre o homem, e este adormeceu; tomou, então, uma das suas costelas, e fechou a carne. Então da costela que o Senhor Deus tomou do homem, formou a mulher, e a trouxe ao homem".

Criada para procriar, cuidar dos filhos, do marido, a mulher sempre foi tratada como insignificante em gênero, mas importante diante de seu papel como escrava do homem, posta a satisfazer seus desejos, sem oferecer resistência. Tendo a Bíblia como livro sagrado, a mulher sempre obedeceu a Deus, mediante o medo do pecado e as consequências que poderia vir a sofrer. Vejamos o livro de Tito:

> As mulheres idosas, semelhantemente, sejam sérias no seu viver, como convém a santas, não caluniadoras, não dadas a muito vinho, mestras no bem. Então poderão ensinar as mulheres novas a amarem seus maridos e filhos, a serem sensatas, honestas, boas donas de casa, bondosas, submissas a seus maridos, para que a palavra de Deus não seja blasfemada (BIBLIA, Tt 2:3-5).

Sendo o casamento o mais sublime dos atos jurídicos, por estar inserida na condição de ato solene em que a união do homem com a mulher, visa a criação de uma família, família essa, na qual alguns homens não veem a esposa como companheira e sim como propriedade, objeto de posse, na qual a mulher tem que se submeter a todos os seus desejos e caprichos. E isto esta enraizado em nossa cultura desde os primórdios, visto que a Bíblia, livro sagrado e seguido por muitos, trata a mulher desta forma em alguns de seus livros. Em Colossenses 3,18 está escrito que: "Mulheres, sede submissas aos vossos maridos, como convém no Senhor". Já em 1 Coríntios 11,9 descreve que: "O homem não foi criado por causa da mulher, mas a mulher por causa do homem. Também no livro de 1 Coríntios 14, 34-35 a mulher mais uma vez foi citada como ser submisso ao marido:

> As mulheres estejam caladas nas igrejas. Não lhes é permitido falar, mas estejam submissas, como também ordena a lei. Se, porém, querem apreender alguma coisa, interroguem em casa a seus próprios maridos, pois é vergonhoso que as mulheres falam na igreja (BIBLIA, 1 Coríntios 14, 34-35).

No livro de Efésios 5, 22-24 versa que as mulheres têm que submeter-se a vossos maridos, visto que, ideias patriarcais[43]levava a ideia de o homem possuir à vontade o corpo da mulher. Vejamos os versículos da BIBLIA abaixo que retrata tais assuntos:

[43] Patriarcais: chefes de uma família, entre os povos antigos; velho muito respeitado numa grande família. (MATTOS, Geraldo. Dicionário Junior da Língua Portuguesa. 3ª. Ed. São Paulo: FTD, 2005. p.455).

> Vós, mulheres, submetei-vos a vossos maridos, como ao Senhor; porque o marido é a cabeça da mulher, como também Cristo é a cabeça da igreja, sendo ele próprio o Salvador do corpo. Mas, assim como a igreja está sujeita a Cristo, assim também as mulheres o sejam em tudo a seus maridos (BIBLIA, Efésios 5,22-24).

Porem neste mesmo livro de Efésios relata o papel do homem na comunhão, onde o homem deve amar sua esposa como a si mesmo. Vejamos os versículos abaixo:

> Vós, maridos, amai a vossas mulheres, como também Cristo amou a igreja, e a si mesmo se entregou por ela, para a santificar, purificando-a com a lavagem da água, pela palavra, afim de apresentá-la a si mesmo igreja gloriosa, sem macula, nem ruga, nem coisa semelhante, mas santa e irrepreensível. Assim devem os maridos amar a suas próprias mulheres, como a seus próprios corpos. Quem ama a sua mulher, amasse a si mesmo. Afinal de contas, nunca ninguém odiou a sua própria carne, antes a alimenta e sustenta, como também o Senhor à igreja; pois somos membros do seu corpo. Por isso deixará o homem a seu pai e a sua mãe, e se unirá a sua mulher, e serão os dois uma só carne (BIBLIA, Efésios 5, 25-31).

Contudo, por mais que a Bíblia seja um livro sagrado, onde grande parte da sociedade são seguidores, alguns não fazem jus à palavra pregada, onde por mais que haja submissão, ambos os sexos são iguais, sendo carne da mesma carne. Neste sentido a nossa Carta Magna[44] institui, em seu artigo 1º, que "todos são iguais perante alei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Quando fala "*todos*" se refere a ambos os sexos, não fazendo distinção entre os gêneros.

Como vimos, a mulher vem ao longo da história sendo discriminada, onde até mesmo grandes filósofos como Kant influenciado por Rousseau, tinha uma visão da mulher, onde ela deveria servir ao homem, pois não tinha capacidade para raciocinar, posto que, a mulher não tinha vontade própria, tinha apenas que cuidar dos afazeres domésticos como versava os costumes (NIETZSCHE, 1992, p. 142).

Nietzsche também considerava a mulher como um ser fracassado e que o homem tinha que "[...] conceber a mulher como 'posse' como propriedade a manter sob sete chaves, como algo destinado a servir e que só então se realiza" (NIETZSCHE, 1992, p. 147).

Contudo, com o passar dos anos, através dos movimentos feministas[45], a mulher passou a encarar os problemas e buscar seu espaço, o homem passou a aceitar a ideia de que a mulher também tem seus atributos e pode exercer com igualdade posições antes só exercidas pelos homens. De acordo com SILVA (2008, p. 1-2), o Movimento Feminista teve seu início na Revolução Francesa, o colapso na França que questionava o sistema político e que encorajou mulheres a se manifestarem contra a sujeição a quem eram submetidas das mais diversas modalidades: política, econômica, social, familiar, educacional, jurídica, entre outras.

A luta pela igualdade de gênero ainda estava em seu estágio inicial, pelas Nações Unidas, em 1945. Dos originais 51 Estados-Membros, apenas 30 permitia as mulheres os direitos ao voto iguais aos dos homens ou lhes permitia ocupar cargos públicos, conforme publicado pelo Departamento de Informação Pública das Nações Unidas[46] (N.U) em 2010.

Quatro conferências mundiais sobre a mulher convocadas pelas Nações Unidas no último quarto de século foram fundamentais para elevar a causa da igualdade de gênero para o

---

[44] Carta Magna: Constituição. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[45] Movimentos feministas: um movimento social, político e econômico de reforma, com o objetivo de estender o direito de votar às mulheres (SILVA, 2008, p.1-2).

[46] Publicado pelo Departamento de Informação Pública das Nações Unidas. DPI / 2035 / MA € " Maio de 2000. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/followup/session/presskit/hist.htm>. Acesso em: 29/05/2016

centro da agenda global. As conferências se uniram a comunidade internacional por trás de um conjunto de objetivos comuns com um plano de ação eficaz para o avanço das mulheres em todos os lugares, em todas as esferas da vida pública e privada (ONUBR, 2010).

A primeira conferência mundial sobre a situação das mulheres foi convocada na Cidade do México, para coincidir com Ano Internacional da Mulher de 1975, a segunda conferência mundial aconteceu em Copenhague em 1980, a terceira conferência mundial sobre as mulheres, a Conferência Mundial para o Exame e Avaliação das Realizações da Década das Nações Unidas para a Mulher: Igualdade, Desenvolvimento e Paz, foi convocada em Nairobi em 1985 e a quarta conferência mundial sobre a mulher foi realizada em Pequim em 1995 (ONUBR, 2010).

De acordo com o Departamento de Informações Públicas das Nações Unidas, a conferência de Pequim foi um marco para mudar o conceito de gênero sobre os sexos:

> A transformação fundamental que teve lugar em Pequim foi o reconhecimento da necessidade de mudar o foco da mulher para o conceito de gênero, reconhecendo que toda a estrutura da sociedade e todas as relações entre homens e mulheres dentro dele, tinha que ser reavaliado. Apenas por uma reestruturação tão fundamental da sociedade e suas instituições poderá mulheres ser plenamente habilitada a tomar o seu lugar de direito como parceiros iguais aos homens em todos os aspectos da vida. Esta mudança representou uma reafirmação forte que os direitos das mulheres eram direitos humanos e que a igualdade de gênero era uma questão de interesse universal, beneficiando todos (ONUBR, 2010).

O Brasil teve participação ativa na Conferência de Pequim e em seu seguimento. A participação brasileira beneficiou-se de intenso diálogo entre Governo e sociedade civil, assim como de interação construtiva com os demais Poderes do Estado, em especial parlamentares e representantes de conselhos estaduais e municipais sobre a condição feminina. A forte articulação com o movimento de mulheres, estabelecida desde então, tornou-se elemento essencial à formulação das políticas públicas no Brasil, que hoje incorporam a perspectiva de gênero de forma transversal, e não mais em ações pontuais (VIOTTI, 2006. p. 02-03).

O Pacto Comunitário contra a violência intrafamiliar entre o governo brasileiro e as Nações Unidas, foi firmado em 25 de novembro de 1998, tendo como compromisso: capacitar os policiais civis e militares para o atendimento adequado em situações de violência contra a mulher, incluídas as situações de violência doméstica (JESUS, 2015. p.15-16).

Em 30 de julho de 2002, o Brasil aprova o Decreto nº. 4.316[47], o qual dispõe sobre o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

Fomentada pela Secretaria de Política para as Mulheres em julho de 2004, foi realizado a 1ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (1ª CNPM), com 1.787 delegadas que debateram as suas agendas e elaboraram o I PNPM (Plano Nacional de Políticas para as Mulheres)[48]. Em agosto de 2007, ocorreu a 2ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (2ª CNPM), com a participação de 200 mil mulheres, das quais 2.800 constituíram a delegação na etapa nacional, que sistematizou um conjunto de propostas e demandas ao Estado brasileiro. A partir das resoluções da 2ª CNPM, foi elaborado o II PNPM.

---

[47] Decreto nº. 4.316. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm> Acesso em: 20/05/2016. Este decreto retrata a incidência de normas constitucionais e internacionais protetivas da dignidade da pessoa humana, o que exige que o Direito responda à altura, para que o alicerce da sociedade democrática não seja atingido. Para fins de eventual configuração de dano moral coletivo, é irrelevante o número de pessoas atingidas. Com efeito, a magnitude do dano não pode ser aferida a partir de dados estritamente numéricos. A mensuração da ofensa à sociedade opera-se de forma qualitativa, sopesando a grandeza e a relevância do bem jurídico tutelado.

[48] Plano Nacional de Políticas para as Mulheres 2013-2015. (SPM_PR,2013). Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/plano-nacional-de-politicas-para-as-mulheres-2013-2015-spm-pr2013/>. Acesso em 29/06/2016.

No dia 2 de julho de 2010, a Assembleia Geral da ONU aprovou por unanimidade a criação de um órgão único da ONU encarregado de acelerar os progressos para alcançar a igualdade de gênero e fortalecer a autonomia das mulheres. De acordo com a ONUBR, 2016[49], a nova Entidade da ONU para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ou ONU Mulheres – reúne quatro agências e escritórios da Organização: o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM), a Divisão para o Avanço das Mulheres (DAW), o Escritório de Assessoria Especial em Questões de Gênero e o Instituto Internacional de Treinamento e Pesquisa para a Promoção da Mulher (INSTRAW).

A 3ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (3ª CNPM) ocorreu em dezembro de 2011, com 200 mil participantes em todo o país e 2.125 delegadas na etapa nacional.

Em 2015 a Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres e a adoção da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim completou 20 anos, sendo o tema central da 59ª Sessão da Comissão sobre a Situação das Mulheres (CSW59). Nessa reunião anual de alto nível, que foi realizada na sede das Nações Unidas em Nova Iorque de 9 a 20 de março de 2015, líderes e ativistas mundiais fizeram um balanço dos avanços e dos desafios pendentes para implementar esse acordo histórico para a igualdade de gênero e os direitos das mulheres de acordo com a Organização das Nações Unidas no Brasil (ONUBR, 2016).

Em 12 de maio de 2016 ocorreu a 4ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (4ªCNPM). Durante o encontro, realizado a despeito do contexto político conturbado, que incluiu o afastamento da primeira mulher a presidir o país, reuniu cerca de três mil mulheres de todas as regiões do País, as delegadas aprovaram propostas que exigem continuidade das conquistas nas políticas de proteção e de direitos para as mulheres.

1.2 A violência contra a mulher na América Latina

A violência doméstica e familiar se apresenta como um fenômeno social, envolta em embaraços de relações afetivas e emoções, acabando por ser uma espécie de criminalidade oculta e impune, camuflada pelo medo e pela vergonha, bem como pelo afeto, que atinge governos e populações, no público e no privado, tanto global quanto local, sendo os frutos de uma cultura que cultua um ideal machista e discriminatório contra os grupos mais vulneráveis[50] da entidade familiar, crianças, mulheres e idosos (JESUS, 2015. p.7).

Damásio de Jesus (2015), define a problemática da violência doméstica como:

[49] ONUBR – Organização das Nações Unidas no Brasil – Divisão da ONU para mulheres, 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/mulheres/>. Acesso em: 26/05/2016.

[50] Grupos vulneráveis: É o conjunto de pessoas pertencente a uma minoria que por motivação diversa, tem acesso, participação e/ou oportunidade igualitária dificultada ou vetada, a bens e serviços universais para a população. (SEGUIN, Elida. **MINORIAS E GRUPOS VULNERAVEIS**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 252).

> A violência contra as mulheres é um dos fenômenos sociais mais denunciados e que mais ganharam visibilidade nas últimas décadas em todo o mundo. Devido ao seu caráter devastador sobre a saúde e a cidadania das mulheres, políticas públicas passaram a ser buscadas pelos mais diversos setores da sociedade, particularmente pelo movimento feminista. Trata-se de um problema complexo, e seu enfrentamento necessita da composição de serviços de naturezas diversas, demandando grande esforço de trabalho em rede. A integração entre os serviços existentes dirigido são problema, entretanto, é difícil e pouco conhecida. Os principais tipos de violência contra as mulheres identificados são: violência sexual, violência doméstica ou familiar, assédio sexual, assédio moral e femicídio[51].

Osório (apud JESUS, 2015, p. 10) observa que a violência doméstica pode ser definida segundo duas variáveis: *quem* agride e *onde* agride. Para que a violência sofrida por urna mulher esteja enquadrada na categoria "conjugal', é necessário que o agressor seja uma pessoa que frequente sua casa, ou cuja casa ela frequente, ou que more com ela - independentemente da denominação: marido, noivo, namorado, amante etc. O espaço doméstico, portanto, torna-se a segunda variável, delimitando o agressor como pessoa, que tem livre acesso a ele.

Abrangendo várias formas, o assédio moral cometido por superior a subordinado é também uma forma de violência contra a mulher. Nos Estados Unidos, nos casos onde for comprovado a ocorrência de assédio moral contra mulheres (violência psicológica), os culpados podem ser punidos com prisão e a empresa condenada a pagar uma indenização as vítimas (Costa, 1995, apud JESUS, 2015, p. 10).

A primeira Conferência Mundial sobre a Mulher aconteceu no ano de 1975 no México promovida pela ONU, este ano ficou conhecido como o ano da mulher pois buscou discutir as desigualdades entre os gêneros e a busca por direitos iguais (Lima, 2014. p.881).

JESUS (2015, p. 49), observa que a situação brasileira no caso da violência sexual se perpetua em grande parte graças a omissão e ao pacto de silencio que cercam a questão, onde segundo pesquisas recente, de 20 casos estimados de violência no País, apenas um é denunciado.

A Organização Mundial de Saúde, em 1990 reconheceu o problema da violência doméstica e sexual como tema legítimo de direitos humanos e de saúde pública. No ano de 1994, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica conhecido também como Convenção de Belém do Pará (LIMA, 2014.p. 882).

1.3 A violência contra a mulher em alguns países da América

Na Argentina, uma média anual de 3.500 casos de violência doméstica são atendidos pelo Centro Municipal de Buenos Aires. Já no Centro de Atenção a Vítimas da Cidade de Córdoba são atendidas aproximadamente 5.000 vítimas de violência conjugal e abuso sexual. As condenações por delitos sexuais variam entre 500 a 700 anuais, cerca de 10% dos casos denunciados (JESUS, 2015. p.21-22).

Na Bolívia, nos anos de 1994 a 1996, foram 7.307 casos de violência doméstica denunciados, segundo dados coletados pelo Informe Nacional sobre a violência de Gênero contra as mulheres no ano de 1999 (JESUS, 2015. p.22).

Estima-se que no Chile 50% das mulheres sofram algum tipo de violência, conforme dados divulgados pelo SERMAN (Serviço sobre Violência Intrafamiliar). Já na Colômbia no ano de 2000 foram 11.636 casos de crimes sexuais atendidos no Instituto de Medicina Legal. Na Costa Rica segundo dados da Pesquisa Nacional de Violência contra as Mulheres estima-se que entre as costarriquenhas com mais de 15 anos, 67% já sofreram algum tipo de violência física

[51] Femicídio: Crimes contra a vida da mulher por razoes da condição do sexo feminino. (art. 121, VI do Código Penal).

ou sexual (JESUS, 2015, p. 24-31).

Em El Salvador foram denunciados entre os anos de 1992 a 1997, 4.223 casos de violência sexual. No Equador estima-se que a cada 10 equatorianas, 6 já sofreram algum tipo de violência. O Conselho Nacional da Mulher (CONAMU) relata que 97% das vítimas são mulheres e meninas. Na Guatemala, segundo dados da Defensoria dos Direitos da Mulher da Procuradoria dos Direitos Humanos, no ano de 1990 foram 5.000 denúncias por violência contra a mulher. No Haiti em 1996 conforme pesquisa do Centro haitiano para Pesquisa e Ação para a Promoção da Mulher (CHREPROF), foram 1.705 casos, entre eles 70% foram vítimas de violência doméstica, onde 36% destes casos, o agressor foi o próprio companheiro (JESUS, 2015, p. 31-35).

No México, segundo dados do Instituto Nacional de Saúde Pública, 33% das mulheres mexicanas com mais de 15 anos sofrem abuso e violência. Já no Peru estima-se que de 10 mulheres, 06 sofrem com a violência. Entre os anos de 1990-1996 em Porto Rico, houve 11.450 denúncias de mulheres menores de 20 anos, vítimas de violência doméstica (JESUS, 2015. p.36-40). Em novembro de 2013, a quantidade de denúncias de violência contra a mulher na República Dominicana ultrapassou, os 50 mil casos, conforme dados da Agencia Prensa Latina.

Um estudo realizado em Montevidéu e Canelones no Uruguai no ano de 2001, mostrou que 46,4 % das mulheres entrevistadas já se depararam com alguma forma de violência em sua relação. Sendo que 36% afirmaram terem sofrido violência psicológica e 10,8% sofreram violência física e sexual. No ano de 1995, de acordo com pesquisa realizada pela Comissão Bicameral do Congresso da Venezuela os casos de violência sexual chegavam a cerca de 75.530 (JESUS, 2015, p. 41-45).

1.4 A violência contra a mulher no Brasil

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2012)[52], até o primeiro semestre de 2012, registrou 47.550 atendimentos na Central de Atendimento à mulher. Em de 2011, foram 74.984 registros, e em 2010 foram 108.491 registros. Sendo que a violência contra a mulher é o tipo de registro que aparece em maior número, onde a violência abrange várias formas, podendo variar de lesão corporal leve, grave ou gravíssima, tentativa de homicídio e homicídio consumado. Houve 63.838 em 2010, 45.953 em 2011 e 26.939 atendimentos até julho de 2012.

Em 2010, os casos de violência sexual como estupro, exploração sexual e assedio no trabalho apareceu na pesquisa em 5º lugar com 2.138 casos, já em 2011 foram 1.298 e 2012 foram 915 casos registrados (IBGE, 2012).

REGISTROS DE ATENDIMENTOS DA CENTRAL DE ATENDIMENTO À MULHER, SEGUNDO O TIPO DE RELATO – BRASIL – 2009-2012:

[52] Segundo dados do IBGE 2012, p. 245: Relação da vítima com o agressor, num total de 57 966 casos, 1 171 são cometidos por amigos/ vizinhos, 43 256 por ex-marido/ex-namorado, 9 443 por membros da família, como (irmã (o), filho(a), pai) e 3 635 por pessoas desconhecidas. Analisou-se também o tempo de relação como agressor, sendo que de 57 789 casos pesquisados, na relação tinha até 1 ano foram detectados 4 164 casos, entre 1 a 3 anos foram 11 073 casos, nas 3 a 5 anos foram 7 893 casos, nas de 5 a 10 anos foram 11 204 casos, já nas relações com 10 anos ou mais foram detectados 23 455 casos de violência contra a mulher. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv62715.pdf>. Acesso em: 07/05/2016.

Tipo de relato	Registros de atendimento da Central de Atendimento à Mulher			
	2009	2010	2011	2012 (1)
TOTAL	**40.857**	**108.491**	**74.984**	**47.555**
Violência física – lesão corporal leve, grave e gravíssima, tentativa de homicídio e homicídio	22 006	63 838	45 953	26 939
Violência psicológica – ameaça, dano emocional, perseguições, assédio moral no trabalho	13 555	27 440	17 987	12 941
Violência moral- difamação, calunia e injuria	3 595	12 608	8 176	5 797
Violência sexual – estupro, exploração sexual e assedio no trabalho	576	2 318	1 298	915
Outros tipos de violência	308	447	343	213

Fonte: Secretaria de Políticas para as Mulheres, Central de Atendimento à mulher – ligue 180 (1).
Informações correspondentes ao primeiro semestre de 2012

No Brasil, segundo dados da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR), nos dez primeiros meses de 2015, do total de 63.090 denúncias de violência contra a mulher, 31.432 corresponderam a denúncias de violência física (49,82%), 19.182 de violência psicológica (30,40%), 4.627 de violência moral (7,33%), 1.382 de violência patrimonial (2,19%), 3.064 de violência sexual (4,86%), 3.071 de cárcere privado (1,76%).e 332 envolvendo tráfico (0,53%).Os atendimentos registrados pelo Ligue 180 revelaram que 77,83% das vítimas possuem filhos (as).e que 80,42% desses (as).filhos(as).presenciaram ou sofreram a violência.

Dos 4.762 homicídios de mulheres registrados em 2013 pelo SIM (Sistema de Informação sobre Mortalidade), 2.394 homicídios, ou seja, cerca de 50,3% desse total, foram perpetrados por um familiar da vítima. Isso representa perto de 7 feminicídios diários, cujo autor foi um familiar, sendo que 1.583 dessas mulheres foram mortas pelo parceiro ou ex parceiro, o que representa 33,2% do total de homicídios femininos naquele ano (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2015. p.70).

2 VIOLENCIA DOMESTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

2.1 Abordagem histórica

De acordo com a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, 2015, a violência doméstica causa danos irreparáveis:

> A naturalidade com que a violência contra a mulher nas relações privadas tem sido tratada, socialmente, ofusca a visibilidade do problema e banaliza a sua ocorrência. Acrescente-se a isso o fato de a violência doméstica servir de base para outras formas de violência. Ela produz experiências de brutalidade na infância e adolescência que terminam por levar a condutas violentas e desvios psíquicos graves também nesse público (Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, 2015).

Como forma de coibir e amenizar a violência doméstica, foram criados e ratificados pelo Estado Brasileiro inúmeros instrumentos internacionais, tais como: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)[53], o Plano de Ação

[53] O Comitê **CEDAW** – Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi adotada pela Assembleia Geral em 18 de

da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994).e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, além de outros instrumentos de Direitos Humanos (Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, 2015).

O Brasil elaborou a Lei Penal nº. 10.886/ 2004 para atender a recomendação da Resolução n. 52/86 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 12 de dezembro de 1997, sobre Prevenção ao Crime e Medidas da Justiça Criminal para Eliminar a Violência contra as Mulheres (JESUS, 2015). Onde foi acrescentado o § 9° ao art. 129 do Código Penal, o qual descreve o delito de lesão corporal, pretendendo coibir a violência doméstica contra a mulher:

> Art. 129. [...] Violência doméstica § 9º. Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, conjugue ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena: detenção, de6 (seis meses a 1 (um) ano).

Mesmo com todas as mudanças na Lei Penal, o Estado tinha vários projetos de lei parados no Congresso Nacional, e a impunidade em certos casos eram claros, foi por isso que as organizações de defesa dos direitos humanos apresentaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) denúncia sobre a impunidade do crime cometido contra a farmacêutica cearense Maria da Penha Fernandes. Ela ficou paraplégica em consequência de duas tentativas de homicídio praticadas contra ela por seu marido, que, à época, permanecia impune e em vias de ser beneficiado com a prescrição do crime. Reconhecendo a omissão do Estado brasileiro, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA aceitou a denúncia contra o Estado brasileiro e determinou expressamente, além do julgamento do agressor, a elaboração de lei especifica relativa a violência contra a mulher (Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, 2015).

Cinco anos depois foi criada a Lei n. 11.340, de 22 de setembro de 2006, com o objetivo de coibir e reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher e superar uma violência há muito enraizada na cultura machista do povo brasileiro (LIMA, 2014, pag.883).

A Lei Maria da Penha trouxe benefícios importantes para as mulheres, pois criou um mecanismo judicial específico - os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres com competência cível e criminal; inovou com uma série de medidas protetivas de urgência para as vítimas de violência doméstica; reforçou a atuação das Delegacias de Atendimento à Mulher, da Defensoria Pública, do Ministério Público e de uma rede de serviços de atenção à mulher em situação de violência doméstica e familiar (Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, 2015).

2.2 Formas de violência contra a mulher

O artigo 5º da Lei n. 11.340/06 define as formas de violência doméstica e familiar como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. O artigo 7º da Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) define as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher:

---

dezembro de 1979, e entrou em vigor em 3 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/instancias-regionais/o-comite-cedaw-2013-comitepa ra-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher>. Acesso em: 19/05/2016.

> Art. 7º - São forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; I - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; II - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; III - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; IV - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria".

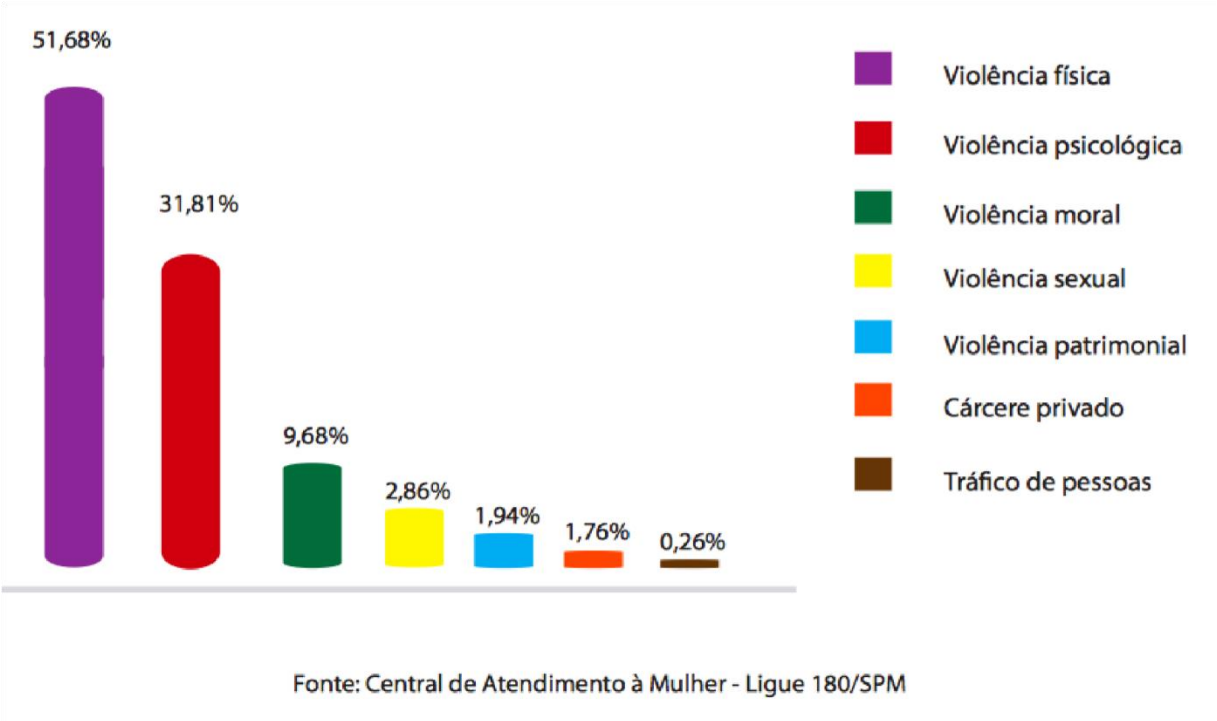
De acordo com Lima (2014) a caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher não exige a presença simultânea e cumulativa de todos os requisitos do art. 7º, da Lei n. 11.340/06. Ou seja, basta a presença alternativa de um dos incisos do art. 7º, em combinação alternativa com um dos pressupostos do art. 5º da mesma lei (âmbito da unidade doméstica e familiar contra a mulher ou em qualquer relação intima de afeto). Portanto, a violência doméstica e familiar contra a mulher estará configurada tanto quando a mulher for vítima de violência sexual no âmbito da unidade doméstica, quando contra ela for perpetrada violência psicológica numa relação intima de afeto.

Renato Brasileiro de Lima formula em seu livro Legislação Criminal Especial Comentada (2014, p. 886), que a incidência da Lei Maria da Penha está condicionada à presença de 03 pressupostos cumulativos e não alternativos, sendo eles: "1 – Sujeito passivo mulher; 2– pratica de violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral; 3 – violência dolosa praticada no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família, ou em qualquer relação intima de afeto".

De acordo com a ONU a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).é reconhecida como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência de gênero, e sendo a principal legislação brasileira a enfrentar a violência contra a mulher. Eis que foi criada em 2015 nova lei para enfatizar o combate a violência contra a mulher, a Lei do Feminicídio[54], na qual a morte de mulheres, por causa do gênero passou a fazer parte do rol de crimes hediondos.

[54] A Lei n. 13.104/2015 incluiu o assassinato de mulheres na lista de crimes hediondos (Lei n 8.072/1990), como já ocorre em casos de genocídio e latrocínio, cujas penas previstas pelo Código Penal são de 12 a 30 anos de reclusão. No Brasil, o crime de homicídio (assassinato) prevê pena de seis a 20 anos de reclusão. No entanto, quando for caracterizado feminicídio, a punição parte de 12 anos de reclusão. **Brasil é 5º lugar** – O Brasil só perde para El Salvador, Colômbia, Guatemala e Federação Russa em número de casos de assassinato de mulheres. Por aqui, muitos desses casos ocorrem em municípios de pequeno porte, onde não há delegacias da mulher. Na ausência de uma delegacia especializada, as vítimas de violência recorrem às delegacias tradicionais, onde há menos preparo dos policiais para lidar com casos desse tipo. **Maiores vítimas são negras** – Em comparação com países desenvolvidos, o Brasil mata 48 vezes mais mulheres que o Reino Unido, 24 vezes mais que a Dinamarca e 16 vezes mais que o Japão ou Escócia. De acordo com os dados do Mapa da Violência 2015, a taxa de assassinato de mulheres negras aumentou 54% em dez anos, passando de 1.864 (em 2003) para 2.875 (2013). O número de crimes contra mulheres brancas, em compensação, caiu 10% no mesmo período, de 1.747 para 1.576.A Lei do Feminicídio foi criada a partir de uma recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMI) que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros, ocorrida entre março de 2012 e julho de 2013. (AGENCIA CNJ DE NOTICIAS).

O gráfico abaixo apresenta os índices de violência contra a mulher no Brasil em 2014 de acordo com a Central de Atendimento à Mulher.



Fonte: Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180/SPM

A violência contra a mulher pode se manifestar de várias formas e com diferentes graus de severidade. Estas formas de violência não se produzem isoladamente, mas fazem parte de uma sequência crescente de episódios, do qual o homicídio é a manifestação mais extrema. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde aos vários tipos de violência contra a mulher, sendo elas:

"Violência contra a mulher - é qualquer conduta - ação ou omissão - de discriminação, agressão ou coerção, ocasionada pelo simples fato de a vítima ser mulher e que cause dano, morte, constrangimento, limitação, sofrimento físico, sexual, moral, psicológico, social, político ou econômico ou perda patrimonial. Essa violência pode acontecer tanto em espaços públicos como privados.

Violência de gênero - violência sofrida pelo fato de se ser mulher, sem distinção de raça, classe social, religião, idade ou qualquer outra condição, produto de um sistema social que subordina o sexo feminino. Violência de gênero consiste em qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico a mulher, tanto no âmbito público como no privado. A violência de gênero é uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, em que a subordinação não implica na ausência absoluta de poder.

Violência doméstica - quando ocorre em casa, no ambiente doméstico, ou em uma relação de familiaridade, afetividade ou coabitação. A violência doméstica distingue-se da violência intrafamiliar por incluir outros membros do grupo, sem função parental, que convivam no espaço doméstico. Incluem-se aí empregados(as), pessoas que convivem esporadicamente, agregados. Acontece dentro de casa ou unidade doméstica e geralmente é praticada por um membro da família que viva com a vítima. As agressões domésticas incluem: abuso físico, sexual e psicológico, a negligência e o abandono.

Violência familiar - violência que acontece dentro da família, ou seja, nas relações entre os membros da comunidade familiar, formada por vínculos de parentesco natural (pai, mãe, filha etc.).ou civil (marido, sogra, padrasto ou outros), por afinidade (por exemplo, o primo ou tio do marido).ou afetividade (amigo ou amiga que more na mesma casa).

Violência física - ação ou omissão que coloque em risco ou cause dano à integridade física de uma pessoa. Ocorre quando uma pessoa, que está em relação de poder em relação a outra, causa ou tenta causar dano não acidental, por meio do uso da força física ou de algum tipo de arma que pode provocar ou não lesões externas, internas ou ambas. Segundo concepções mais recentes, o castigo repetido, não severo, também se considera violência física.

Esta violência pode se manifestar de várias formas: • Tapas • Empurrões • Socos • Mordidas • Chutes • Queimaduras • Cortes • Estrangulamento • Lesões por armas ou objetos • Obrigar a tomar medicamentos desnecessários ou inadequados, álcool, drogas ou outras substâncias, inclusive alimentos. • Tirar de casa à força • Amarrar • Arrastar • Arrancar a roupa • Abandonar em lugares desconhecidos • Danos à integridade corporal decorrentes de negligência (omissão de cuidados e proteção contra agravos evitáveis como situações de perigo, doenças, gravidez, alimentação, higiene, entre outros).

Violência institucional - tipo de violência motivada por desigualdades (de gênero, étnico-raciais, econômicas etc.) predominantes em diferentes sociedades. Essas desigualdades se formalizam e institucionalizam nas diferentes organizações privadas e aparelhos estatais, como também nos diferentes grupos que constituem essas sociedades. Violência institucional é aquela exercida nos/ pelos próprios serviços públicos, por ação ou omissão. Pode incluir desde a dimensão mais ampla da falta de acesso a má qualidade dos serviços. Abrange abusos cometidos em virtude das relações de poder desiguais entre usuários e profissionais dentro das instituições, até por uma noção mais restrita de dano físico intencional.

Esta violência poder ser identificada de várias formas: • Peregrinação por diversos serviços até receber atendimento • Falta de escuta e tempo para a clientela • Frieza, rispidez, falta de atenção, negligência • Maus-tratos dos profissionais para com os usuários, motivados por discriminação, abrangendo questões de raça, idade, opção sexual, deficiência física, doença mental • Violação dos direitos reprodutivos (discrição das mulheres em processo de abortamento, aceleração do parto para liberar leitos, preconceitos acerca dos papéis sexuais e em relação às mulheres soropositivas [HIV], quando estão grávidas ou desejam engravidar).•

Desqualificação do saber prático, da experiência de vida, diante do saber científico. **Violência intrafamiliar/violência doméstica** - acontece dentro de casa ou unidade doméstica e geralmente é praticada por um membro da família que viva com a vítima. As agressões domésticas incluem: abuso físico, sexual e psicológico, a negligência e o abandono. Violência intrafamiliar é toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de outro membro da família. Pode ser cometida dentro ou fora de casa por algum membro da família, incluindo pessoas que passam a assumir função parental, ainda que sem laços de consanguinidade, e em relação de poder à outra. O conceito de violência intrafamiliar não se refere apenas ao espaço físico onde a violência ocorre, mas também às relações em que se constrói e efetua.

Violência moral - ação destinada a caluniar, difamar ou injuriar a honra ou a reputação da mulher. Especialistas apontam que, apesar de não deixar marcas físicas evidentes, a violência psicológica é também uma grave violação dos direitos humanos das mulheres, que produz reflexos diretos na sua saúde mental e física. Considerada pela Organização Mundial de Saúde (OMS).como a forma mais presente de agressão intrafamiliar à mulher, sua naturalização é apontada ainda como estímulo a uma espiral de violências. Pode preceder, inclusive, a mais extrema violência, o feminicídio, conforme apontam esses especialistas.

Violência patrimonial - ato de violência que implique dano, perda, subtração, destruição ou retenção de objetos, documentos pessoais, bens e valores. São todos os atos destrutivos ou omissões do (a).agressor (a).que afetam a saúde emocional e a sobrevivência dos membros da família. Inclui: • Roubo • Destruição de bens pessoais (roupas, objetos, documentos, animais de estimação e outros).ou de bens da sociedade conjugal (residência, móveis e utensílios domésticos, terras e outros).• Recusa de pagar a pensão alimentícia ou de participar nos gastos básicos para a sobrevivência do núcleo familiar • Uso dos recursos econômicos da pessoa idosa, tutelada ou incapaz, destituindo-a de gerir seus próprios recursos e deixando-a sem provimentos e cuidados.

Violência psicológica - ação ou omissão destinada a degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões de outra pessoa por meio de intimidação, manipulação, ameaça direta ou indireta, humilhação, isolamento ou qualquer out ra conduta que implique prejuízo a saúde psicológica, a autodeterminação ou ao desenvolvimento pessoal. É toda ação ou omissão que causa ou visa causar dano á autoestima, a identidade ou ao desenvolvimento da pessoa.

A violência psicológica inclui: • Insultos constantes • Humilhação • Desvalorização • Chantagem • Isolamento de amigos e familiares • Ridicularização • Rechaço • Manipulação afetiva • Exploração • Negligência (atos de omissão a cuidados e proteção contra agravos evitáveis como situações de perigo, doenças, gravidez, alimentação, higiene, entre outros).• Ameaças • Privação arbitraria da liberdade (impedimento de trabalhar, estudar, cuidar da aparência pessoal, gerenciar o próprio dinheiro, brincar, etc.).• Confinamento doméstico • Criticas pelo desempenho sexual

• Omissão de carinho • Negar atenção e supervisão.

Especialistas apontam que, apesar de não deixar marcas físicas evidentes, a violência psicológica é também uma grave violação dos direitos humanos das mulheres, que produz reflexos diretos na sua saúde mental e física. Considerada pela Organização Mundial de Saúde (OMS).como a forma mais presente de agressão intrafamiliar à mulher, sua naturalização é apontada ainda como estímulo a uma espiral de violências. Pode preceder, inclusive, a mais extrema violência, o feminicídio, conforme apontam esses especialistas.

Violência sexual - ação que obriga uma pessoa a manter contato sexual, físico ou verbal, ou a participar de outras relações sexuais com uso da força, intimidação, coerção, chantagem, suborno, manipulação, ameaça ou qualquer outro mecanismo que anule ou limite a vontade pessoal. Considera-se como violência sexual também o fato de o agressor obrigar a vítima a realizar alguns desses atos com terceiros. A violência sexual compreende uma variedade de atos ou tentativas de relação sexual sob coação ou fisicamente forçada, no casamento ou em outros relacionamentos. A violência sexual é cometida na maioria das vezes por autores conhecidos das mulheres envolvendo o vínculo conjugal (esposo e companheiro).no espaço doméstico, o que contribui para sua invisibilidade. Esse tipo de violência acontece nas várias classes sociais e nas diferentes culturas. Diversos atos sexualmente violentos podem ocorrer em diferentes circunstâncias e cenários.

Na violência sexual podemos citar: • Estupro dentro do casamento ou namoro; • Estupro cometido por estranhos; • Investidas sexuais indesejadas ou assédio sexual, inclusive exigência de sexo como pagamento de favores; • Abuso sexual de pessoas mental ou fisicamente incapazes; • Abuso sexual de crianças; • Casamento ou coabitação forçados, inclusive casamento de crianças; • Negação do direito de usar anticoncepcionais ou de adotar outras medidas de proteção contra doenças sexualmente transmitidas; • Aborto forçado; • Atos violentos contra a integridade sexual das mulheres, inclusive mutilação genital feminina e exames obrigatórios de virgindade; • Prostituição forçada e tráfico de pessoas com fins de exploração sexual; • Estupro sistemático durante conflito armado".

Diante de todas as formas de violência apresentada, consta ainda no Código Penal Brasileiro que a violência sexual pode ser caracterizada de forma física, psicológica ou com ameaça, compreendendo o estupro, a tentativa de estupro, o atentado violento ao pudor e o ato obsceno (CNJ)[55].

2.3 Lei 11.340/06

Tudo começou quando Maria da Penha (estudante de pós-graduação na época dos fatos) conheceu e casou-se com o Professor universitário e economista Marco Antônio Heredia Viveros, homem bom e solicito, que após o nascimento da segunda filha do casal e próximo do termino do processo de naturalização de Viveros, este se tornou uma pessoa agressiva (COMPROMISSO E ATITUDE, 2016).

Em maio de 1983, após retornarem para casa, Maria, então com 38 anos colocou as filhas de 6, 5 e 1 ano e 8 meses para dormir, tomou um banho e foi se deitar, seu então esposo Marco foi assistir televisão. Tudo tranquilo quando do nada ele atirou nas costas de Maria, ela desmaiou e acordou rodeada pelos vizinhos assustados que comentavam sobre o suposto assalto, enquanto esperava a chegada da ambulância (GALINA, 2009).

Marco, tentando dar outra versão para os fatos, rasgou seu pijama, pôs uma corda no pescoço e disse para a polícia que havia sido atacado por uns bandidos (GALINA, 2009).

Abaixo segue trecho da entrevista de Maria da Penha ao jornalista DECIO GALINA em 2009:

[55] Formas de violência doméstica contra a mulher. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/leimaria-da-penha/formas-de-violencia=br>. Acesso em: 05/05/2016.

> Acordei de repente com um forte estampido dentro do quarto. Abri os olhos e um só pensamento me ocorreu: Meu Deus, o Marco me matou com um tiro. Um gosto estranho de metal se fez sentir na minha boca, enquanto um borbulhamento nas costas me deixou perplexa. Quando os vizinhos chegaram ao meu quarto, demoraram a perceber o ferimento, pois eu estava de costas, com o sangue escorrendo no colchão (GALINA, 2009).

Após a tentativa de homicídio, Maria da Penha percorreu alguns hospitais em Fortaleza e Brasília, foram longos 4 meses, entre exames e mais exames, e várias cirurgias até chegar ao diagnóstico de que não andaria mais. Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica bioquímica formada pela Universidade Federal do Ceará e mestre em parasitologia pela USP, como profissional já previa o resultado, porém como paciente acreditava em um milagre, mas a realidade foi outra, Maria voltou para casa em uma cadeira de roda (GALINA, 2009).

Mesmo depois de atingir Maria Penha com disparo de espingarda, que à deixou paraplégica, Marco não cessou as agressões, logo que ela voltou para casa ele tentou contra a vida de Maria novamente, quando ela tomava banho ele tentou eletrocutá-la (LIMA, 2014, p. 883). Abaixo relatos de Maria da penha sobre o ocorrido:

> Ele me perguntou se eu não queria tomar banho. Me conduziu, empurrando uma cadeira de banho, ao banheiro da suíte, abriu o chuveiro elétrico, eu apoiei na parede e estiquei o braço só para ver a temperatura da água. Senti uma corrente elétrica. A minha cadeira era toda de ferro. Fui para trás e disse que não ia tomar banho, dei um grito e a babá e a empregada como sempre estavam por perto, apareceram logo e me ajudaram. Pouco tempo depois ele resolveu ir embora. Meu Deus, quando ele foi viajar ainda veio me dar um beijo. Na ausência dele, consegui dormir. Até então o dormia de dia, `a noite tinha medo. Fui ao escritório, abri umas gavetas e descobri que ele tinha uma amante no Rio Grande do Norte (GALINA, 2009).

Por conta de todas as agressões sofridas e após a tentativa de homicídio, Maria da Penha tomou coragem e denunciou seu esposo em 28 de setembro de 1984, saindo de casa e levando suas três filhas consigo, porem a prisão de Marco só ocorreu em setembro de 2002 por conta de todos os recursos por ele impetrado (LIMA, 2014, p. 883).

Mesmo Marco sendo o único suspeito do crime, ele só foi preso um ano após o fato, mas alegou inocência e foi solto. Em 1991 foi a júri e condenado a 15 anos de prisão, porém o julgamento foi anulado. Em 1996 Marco novamente vai a júri, neste ele foi condenado a dez anos e seis meses de reclusão, mas ganhou o direito de recorrer em liberdade. Somente em 2002 Marco finalmente foi preso pelo crime de tentativa de homicídio que deixou Maria da Penha paraplégica. Cumpriu menos de 1/3 da pena em regime fechado e atualmente está em liberdade condicional (MEIONORTE.COM)[56].

Devido à lentidão do processo, o caso ganhou repercussão internacional, após Maria da Penha contar sua história em um Livro chamado "**Sobrevivi... posso contar**", onde ela relatou todas as agressões por ela e suas filhas sofridas (COMPROMISSO E ATITUDE, 2016). O caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que publicou o relatório nº. 54/2001, o qual relatava *a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso assumido pelo Brasil de reagir adequadamente ante a violência doméstica* (LIMA, 2014, p. 883).

Por conta de toda a repercussão do caso Maria da Penha, o Brasil reconheceu a necessidade e criou a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), a qual busca punir com rigor todo tipo de violência doméstica contra a mulher.

Conforme o Conselho Nacional de Justiça, 2016 a Lei Maria da Penha dá cumprimento

[56] Maria da Penha, da dor à lei. Disponível em: <http://www.meionorte.com/noticias/maria-da-penha-da-dor-alei-veja-a-historia-da-mulher-cuja-vida-mudou-mudou-vidas-202771>. Acesso em: 03/03-2016.

à Convenção para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Convenção de Belém do Pará, da Organização dos Estados Americanos (OEA), ratificada pelo Brasil em 1994, e à Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw), da Organização das Nações Unidas (ONU).

A Lei Maria da Penha estabelece que todo o caso de violência doméstica e intrafamiliar é crime, deve ser apurado através de inquérito policial e ser remetido ao Ministério Público. Esses crimes são julgados nos Juizados Especializados de Violência Doméstica contra a Mulher, criados a partir dessa legislação, ou, nas cidades em que ainda não existem, nas Varas Criminais (CNJ, 2016).

Casos iguais o de Maria da Penha ainda são atuais e fazem parte, infelizmente, do cotidiano de milhares de mulheres no Brasil. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a cada ano mais de 1 milhão de mulheres são vítimas de violência doméstica.

O Conselho Nacional de Justiçado Brasil retrata abaixo as principais inovações[57] da Lei Maria da Penha:

> **"Os mecanismos da Lei:** Tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher. Estabelece as formas da violência doméstica contra a mulher como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Determina que a violência doméstica contra a mulher independe de sua orientação sexual. Determina que a mulher somente poderá renunciar à denúncia perante o juiz. • Ficam proibidas as penas pecuniárias (pagamento de multas ou cestas básicas). Retira dos juizados especiais criminais (Lei n. 9.099/95).a competência para julgar os crimes de violência doméstica contra a mulher. Altera o Código de Processo Penal para possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher. • Altera a lei de execuções penais para permitir ao juiz que determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. • Determina a criação de juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher com competência cível e criminal para abranger as questões de família decorrentes da violência contra a mulher. Caso a violência doméstica seja cometida contra mulher com deficiência, a pena será aumentada em um terço. **A autoridade policial:** A lei prevê um capítulo específico para o atendimento pela autoridade policial para os casos de violência doméstica contra a mulher. Permite prender o agressor em flagrante sempre que houver qualquer das formas de violência doméstica contra a mulher. À autoridade policial compete registrar o boletim de ocorrência e instaurar o inquérito policial (composto pelos depoimentos da vítima, do agressor, das testemunhas e de provas documentais e periciais), bem como remeter o inquérito policial ao Ministério Público. Pode requerer ao juiz, em quarenta e oito horas, que sejam concedidas diversas medidas protetivas de urgência para a mulher em situação de violência. Solicita ao juiz a decretação da prisão preventiva. **O processo judicial:** O juiz poderá conceder, no prazo de quarenta e oito horas, medidas protetivas de urgência (suspensão do porte de armas do agressor, afastamento do agressor do lar, distanciamento da vítima, dentre outras), dependendo da situação. O juiz do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher terá competência para apreciar o crime e os casos que envolverem questões de família (pensão, separação, guarda de filhos etc.). O Ministério Público apresentará denúncia ao juiz e poderá propor penas de três meses a três anos de detenção, cabendo ao juiz a decisão e a sentença final".

De acordo com Renato Brasileiro de Lima(2014), a Lei Maria da Penha veio para regulamentar o processo e julgamento das demandas envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, mas nunca seria possível regular toda as formas possíveis de situações fáticas. Portanto, a importância do artigo 13º da Lei nº. 11.340/06, que permite a aplicação subsidiaria das normas constantes do Código de Processo Penal, do Código de Processo Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso.

[57] Principais inovações da lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/leimaria-da-penha/sobre-a-lei-maria-da-penha. Acesso em: 23/04/2016.

2.4 Medidas protetivas de urgência

Com a criação desta nova lei, a problemática passou a ser discutida com mais ênfase, visando a proteção integral da vítima, onde todas as medidas necessárias vieram claramente exemplificadas na nova Lei (ARAUJO JR, BARROSO, 2014). As medidas protetivas de urgência poderão ser adotadas não apenas em relação à pessoa do agressor (art. 22), mas também quanto à ofendida (arts. 23 e 24).

Em casos que o Magistrado entender que não constam dos arts. 22, 23 e 24, nenhuma medida protetiva de urgência capaz de assegurar do processo, poderá se valer não somente das novas medidas cautelares diversas da prisão introduzidas nos arts. 319 e 310 do CPP pela Lei 12.403/11, como também do poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC (LIMA, 2014. págs. 913-914).

As medidas protetivas de urgência (arts. 18 a 24).podem ser concedidas pelo juiz, em caso de violência doméstica ou familiar contra a mulher, a pedido da ofendida ou requerimento do Ministério Público (ARAUJO JR, BARROSO, 2014, p. 369).

As medidas protetivas de urgência foram estabelecidas para garantir que a Lei Maria da Penha fosse eficaz e protegesse realmente a vítima. A lei 11.340/06 define as principais características das medidas protetivas de urgência:

> Art. 18 - Caráter primordial de urgência, devendo o juiz decidir em até 48 horas acerca das medidas aplicáveis; Art. 19 - A ofendida, o delegado e o Ministério Público podem requerer as medidas protetivas de urgência; Art. 20 - O juiz pode decretá-las de ofício; Art. 19, §1º - Não há necessidade de manifestação prévia do Ministério Público, nem de audiência das partes, para a concessão das medidas; Art. 19, §2º- As medidas podem ser aplicadas cumulativa ou isoladamente. Pode haver a substituição de uma medida por outra, de acordo com o caso, sendo necessária que seja mais ou menos drástica, podendo essa mudança ocorrer a qualquer tempo, desde que sua eficácia não seja afetada; Art. 22 - As medidas protetivas de urgência se dividem em duas espécies: as que obrigam o agressor e Arts. 23 2 24 - as dirigidas à proteção da vítima e seus dependentes".

A lei Maria da Penha trouxe também um rol que trata as espécies de medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (art. 22), onde o juiz pode aplicar ao agressor, em conjunto ou separadamente. Vejamos as seguintes medidas:

> I - Suspensão da posse ou restrição do porte de armas; II - Afastamento do Lar; III - Proibição de determinadas condutas, entre as quais: a -Aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b -Contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c - Frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios;

De acordo com o art. 22, I da Lei Maria da Penha, na suspensão da posse de arma de fogo, o agente será privado temporariamente de possuir em casa ou no trabalho arma de fogo, já na restrição o porte de armas no caso de um policial, este somente portara sua arma em serviço (LIMA, 2014, p. 931).

No afastamento do lar, domicilio ou local de convivência com a vítima (art. 22, II da Lei 11.340/06).está diretamente ligado ao art. 23 da Lei 11.340/06, visto que, o juiz pode afastar do lar o agressor para reconduzir a agredida ao lar (LIMA, 2014, p. 931).

O art. 22, III e alíneas da Lei 11.340/06 discrimina a proibição de determinadas condutas, entre as quais: a – aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor, b – contato com a ofendida, seus

familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação, c – frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida (ARAUJO JR, BARROSO, 2014, p. 371).

Para Renato Brasileiro de Lima, 2014, o art. 22, IV da Lei 11.340/06 no qual o juiz determinara a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, visa protegê-los, posto que, na maioria das vezes os menores presenciam diversas agressões.

Mas o art. 22, V da Lei 11.340/06 não diz muito sobre os alimentos provisionais ou provisórios (LIMA, 2014. p. 934 a 936), para tanto, classifica-se alimentos de acordo com o art. 1.694 do Código Civil, alimentos provisórios de acordo com a Lei n. 5.478/68 (Lei de

Alimentos).e alimentos provisionais (art. 1.706 do Código Civil).têm natureza jurídica de ação cautelar, que visa garantir a eficácia de uma ação principal na qual se pleiteiam alimentos definitivos. Dessa forma, exige a presença de dois pressupostos legais, como o *fumus boni iuri* e o *periculum in mora*[58].

Contendo um rol de medidas protetivas ao agressor, o art. 22 é meramente exemplificativo, podendo o juiz após comunicar o MP, aplicar outras medidas sempre que a integridade da ofendida estiver em perigo (ARAUJO JR, BARROSO, 2014, p. 371).

Conforme LIMA, 2014, as medidas protetivas constantes nos artigos 23 e 24 da Lei Maria da Penha tem objetivo precípuo à proteção da ofendida. Vejamos:

> Encaminhamento da vítima e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou atendimento; Recondução da ofendida ao respectivo domicilio após o afastamento do agressor; Afastamento da ofendida do lar e separação de corpos; Restituição de bens; Proibição temporária para compra, venda e locação de propriedade em comum; Revogação das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; Caução provisória mediante deposito judicial.

O Estado tem obrigação de criar casas – obrigo para a mulher e seus dependentes em situação de violência doméstica, promovendo um atendimento integral e multidisciplinar. Há casos em que a ofendida é reconduzia ao seu domicilio através de determinação judicial e o agressor é obrigado a se afastar daquele domicilio mantendo distância da ofendida e seus dependentes (LIMA, 2014, p. 937).

No caso dos bens, o juiz poderá determinar, liminarmente, à restituição a ofendida dos bens (patrimônio do casal).subtraídos pelo agressor. Contudo, em casos complexos na comprovação da propriedade dos bens, o juiz poderá adotar o arrolamento de bens, nomeando a mulher como depositaria destes até a partilha. Não podendo nenhuma das partes celebrar contrato de compra e venda, alugar sem autorização judicial imóveis do casal. Devendo todas as procurações conferidas pela ofendida ao agressor serem revogadas, posto que, por ira ou vingança o agressor possa desviar o patrimônio adquirido em comum pelo casal. No caso de uma demanda civil da vítima contra o agressor, o juiz poderá provisoriamente determinar um caução por parte do agressor, visando o pagamento de uma possível indenização ulterior se o agressor for condenado (LIMA, 2014, p. 937).

O art. 35. da Lei 11.340/06 estabelece que a União, o Distrito Federal, os Estados e os

---

[58] **Fumus boni iuris** ('fumaça do bom direito'): Isso significa que há indícios de que quem está pedindo a liminar tem direito ao que está pedindo. O nome estranho desse elemento vem do ditado popular de que 'onde há fumaça, há fogo'. Em outras palavras, o magistrado não está julgando se a pessoas tem direito (isso ele só vai fazer na sentença de mérito, quando decidir o processo), mas se ela *parece* ter o direito que alega. No caso da matéria acima, o jornal pode ou não ter esse direito. Não foi esse o ponto importante na decisão do magistrado. **Periculum in mora** ('perigo na demora'): Isso significa que se o magistrado não conceder a liminar imediatamente, mais tarde será muito tarde, ou seja, o direito da pessoa já terá sido danificado de forma irreparável. E foi isso que pesou na decisão do magistrado, como explicado na matéria. Disponível em: http://direito.folha.uol.com.br/blog/exemplo-de-fumus-boni-iuris-e-periculum-in-mora. Acesso em: 10/06/2016.

Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

> I - centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar; - casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar; - delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar; - programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar; V - centros de educação e de reabilitação para os agressor.

De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015).a Rede de Atendimento às Mulheres em Situação de Violência existente no Brasil, essa rede busca frente a complexidade da violência contra as mulheres atendimento adequado a estas vítimas. A rede faz referência ao conjunto de ações e serviços de setores do atendimento psicossocial, justiça, segurança pública e saúde e visa ampliar e melhorar a qualidade no atendimento, buscando combater, prevenir e assistir estas vítimas garantido seus direitos. Sendo composta por agentes governamentais e não governamentais. Os Centros de Referência de Atendimento à Mulher prestam acolhida, acompanhamento psicológico e social, e orientação jurídica às mulheres em situação de violência.

Conforme dados fornecidos pelo sistema da rede de atendimento à mulher da Secretaria de Políticas para as Mulheres, essas vítimas de violência têm acesso a um número reduzido de serviços de abrigamento no país, que, em geral, referem-se somente aos casos de violência doméstica e familiar (casas-abrigo).e alguns serviços de acolhimento provisório de curta duração. Porém, no âmbito dos estados e municípios, existem outros serviços de abrigamento (tais como albergues, pastorais da mulher, repúblicas, etc.).que ainda não constam na rede de atendimento, mas que constituem importantes parceiros no encaminhamento das demandas das mulheres que necessitam de abrigamento (em especial, aquelas que não estão sob grave ameaça ou risco de morte).

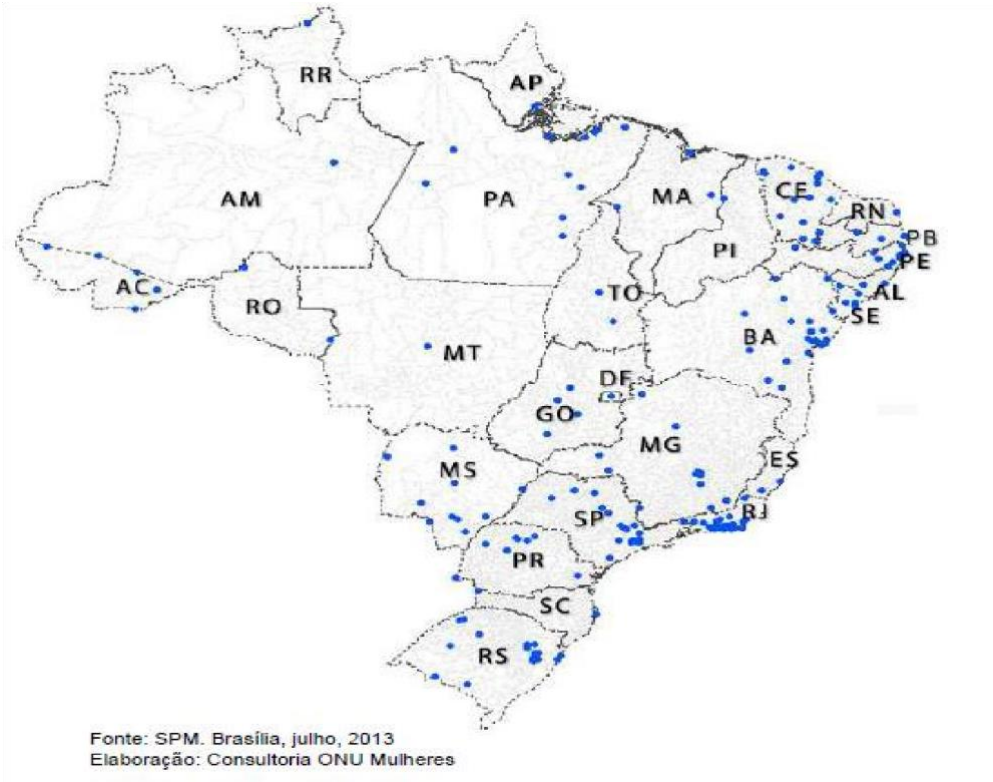
Para amenizar esse problema, o governo federal lançou o programa "Mulher, Viver Sem Violência" em março de 2013. Ele tem, entre outros objetivos, o de capacitar policiais e agentes públicos em geral para atender melhor essas mulheres vítimas de violência. Além disso, a pasta também criou unidades chamadas de "Casa da Mulher Brasileira", lugares que integram no mesmo espaço serviços especializados para os diversos tipos de violência contra a mulher: acolhimento, delegacia, Ministério Público, etc. Desde 2013, foram criadas duas unidades – uma em Brasília e outra em Campo Grande – e outras cinco estão em construção.



Fonte: Agencia Brasil

O mapa abaixo nos mostra a localização destes centros de atendimento à mulher, dados informados pela Central de Atendimento à Mulher da Secretaria de Políticas para as Mulheres no ano de 2013. Sendo 2014 Centros Especializados da Mulher em 191 municípios, sendo 74 localizados na Região Sudeste, 63 no Nordeste, 31 na Região Sul, 28 na Região Norte e 18 no Centro-Oeste.

Mapa 1 – Espacialização dos Centros Especializados da Mulher

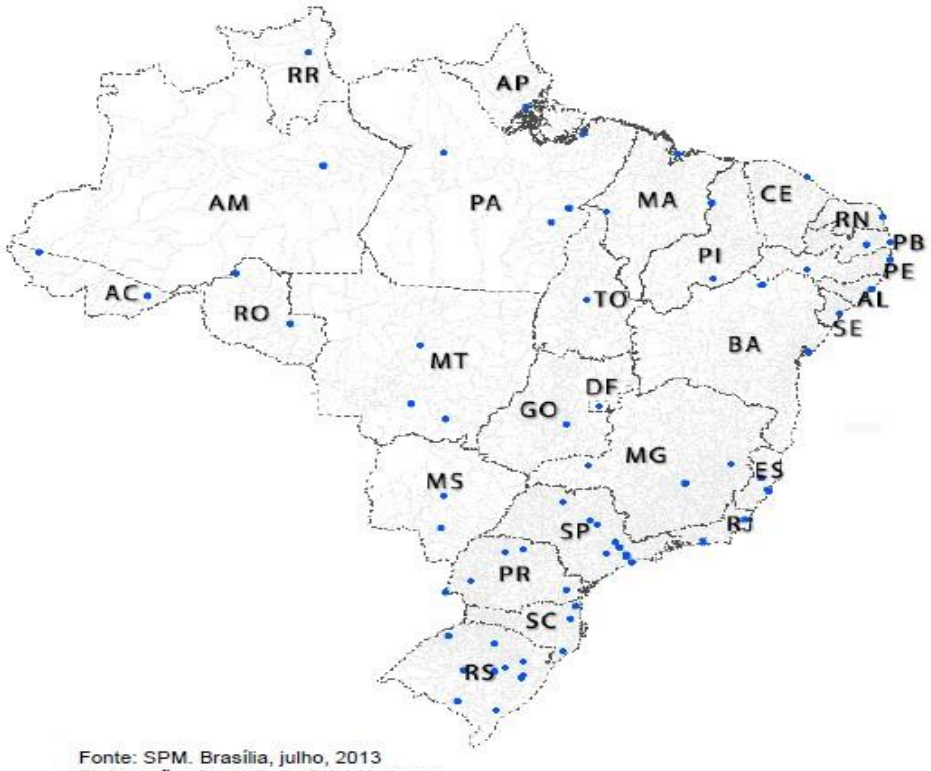


Conforme dados do IPEA 2015, no Brasil apenas 70 municípios (1/3%).possuem Casas Abrigo, sendo 77 locais para acolhimento, onde as mulheres em situação de risco de vida iminente, em decorrência de violência doméstica recebem atendimento integral (psicossocial e jurídico). As Casas Abrigo tem caráter sigiloso[59] e temporário (90 a 180 dias), onde as vítimas e seus filhos adquirem condições necessárias para retornar suas vidas.

[59] Desde a criação das Casas-Abrigo, o sigilo tem sido um pré-requisito para a implantação e existência do serviço. Todavia, nos últimos anos, essa exigência tem trazido uma série de dificuldades para a implementação e manutenção das casas abrigo no território nacional, tais como: a mudança constante de endereços (para garantir o sigilo); a impossibilidade de construção de um imóvel próprio e a consequente necessidade de aluguel de imóveis particulares (que, por vezes, não possuem condições de acessibilidade), etc. Na casa abrigo, a mulher encontra-se sob proteção do Estado. É importante diferenciar proteção (que implica autonomia, liberdade de escolha e garantia do direito de ir e vir) de tutela que diz respeito ao "encargo ou autoridade que se confere a alguém, por lei ou por testamento, para administrar os bens e dirigir e proteger a pessoa de um menor que se acha fora do pátrio poder, bem como para representá-lo ou assistir-lhe nos atos da vida civil; defesa, amparo, proteção; tutoria; dependência ou sujeição vexatória". Assim, a proteção à mulher em situação de violência deve ter por base o princípio da "autonomia das mulheres", previsto nos I e II Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres e na Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Diretrizes Gerais para Casas-Abrigo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres Diretrizes Nacionais para o Abrigamento (SPM, 2011).

São Paulo é o município com mais unidades, possuindo 04 Casas Abrigo, já Sorocaba (SP), Rio de Janeiro (RJ), Belém (PA).e Fortaleza (CE).possuem duas unidades, as outras 65 cidades possuem uma Casa Abrigo cada. O Mapa abaixo mostra a localização das Casas Abrigo:

Mapa 2 – Espacialização de Casas Abrigo no Brasil



Em todo o Brasil apenas 37 municípios seguindo dados do IPEA 2015 possuíam, em 2013, serviços de saúde especializados em atendimento as vítimas de violência doméstica, somando 92 centros de atendimento, onde Recife, Brasília, Curitiba e Fortaleza são as cidades que tem mais de 4 unidades de atendimento.

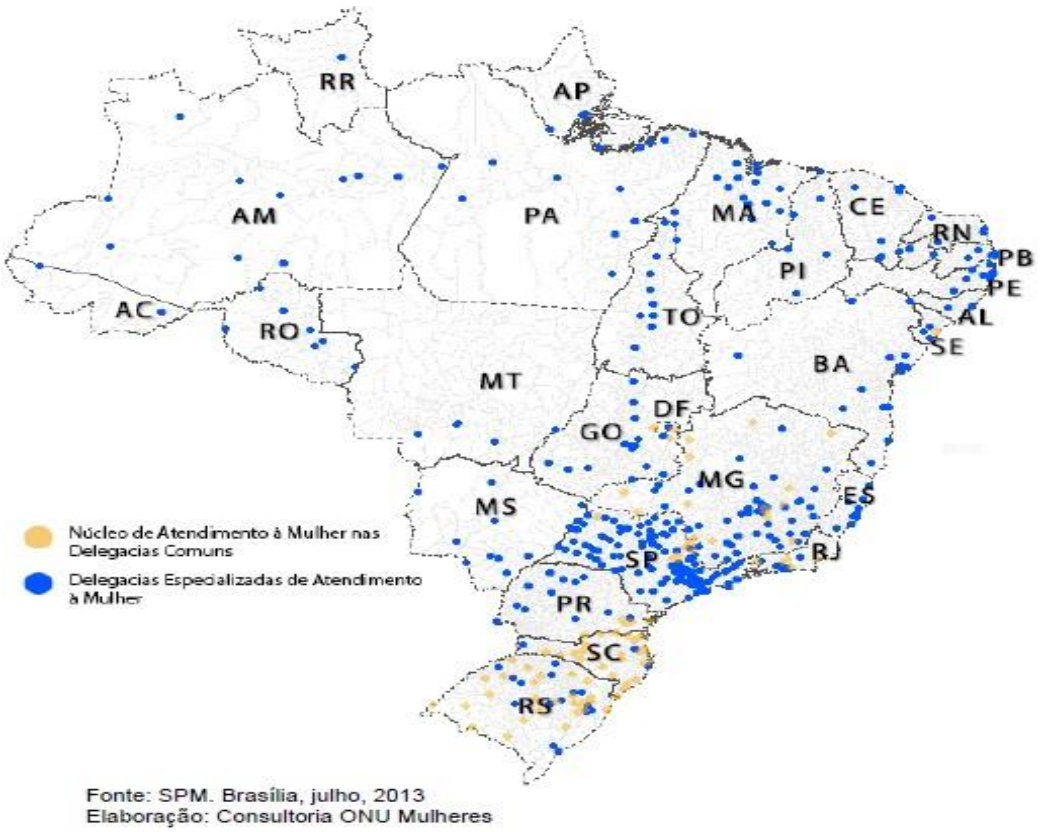
Em 10/12/2014 foi inaugurado na cidade de Goiânia - Goiás, a primeira casa abrigo, que acolhe 50 pessoas, sendo mulheres acompanhadas ou não de filhas e filhos, menores de 14 anos de idade, que necessitem de uma guarda especial, em vista de situação de ameaça. A permanência é de até 180 dias, podendo ser prorrogada dependendo da situação em que a mulher estiver. Durante esse período elas receberão atendimentos psicológico, jurídico e social, além de terem prioridade em vagas de Cmei para as crianças, em cursos profissionalizantes, no Programa Minha Casa, Minha Vida ou em qualquer outro atendimento oferecido pela Prefeitura de Goiânia, que as torne fortalecidas e preparadas para saírem mais fortes da Casa Abrigo[60].

Conforme dados da Central de Atendimento à Mulher da Secretaria de Políticas para as Mulheres há poucas delegacias especializadas em atendimento as mulheres, num total de 381 DEAM´s (Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher).em 362 municípios e 125

[60] Prefeitura de Goiânia inaugura casa abrigo Sempre Viva. Nathalia Oliveira, da editoria de Políticas para as Mulheres – Secretaria Municipal de Comunicação (Secom). Disponível em: http://www.goiania.go.gov.br /portal/pagina/?pagina=noticias&s=1&tt=not&cd=5202&fn=true. Acesso em: 10/07/2016.

Núcleos de Atendimento em delegacias comuns, conforme gráfico abaixo:

Mapa 3 – Espacialização das DEAMs e dos Núcleos de Atendimento em Delegacias Comuns.



Fonte: SPM. Brasília, julho, 2013
Elaboração: Consultoria ONU Mulheres

3 MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI 11.340 NA COMARCA DE QUIRINOPOLIS

3.1 Índices de casos em Quirinópolis

Em entrevista concedida pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Quirinópolis – GO, Dr. Felipe Morais Barbosa, esse disse que há grande procura pelo auxilio a justiça no caso de violência doméstica, mas, porém 50% dessas vítimas (mesmo a ação penal pública sendo incondicionada a representação).desistem por medo, por problemas econômicos, visto que, o homem é o chefe da casa, quem traz o sustento para família, e tendo filhos menores, caso este agressor vir a ser preso, a família poderá passar por grande dificuldade, até mesmo fome. Então elas preferem assumir a culpa, dizendo que ele não teve culpa, que foi ela quem caiu, escorregou, que ela quem se alterou com uma palavra mal dita e assim por diante.

Indagado sobre quais tipos de violência doméstica mais acontece em Quirinópolis, o Dr. Felipe respondeu que 90% dos casos de violência doméstica contra a mulher são de ameaça e lesão corporal. Nos casos em que o acusado foi condenado a mais de quatro anos de prisão, este respondera o processo em regime aberto, já nos casos de condenação a mais de oito anos, o condenado responderá ao processo em regime fechado.

Sobre a reincidência nos casos, Dr. Felipe disse que grande parte reatam o relacionamento, e logo começa as agressões. Já sobre as medidas protetiva, Dr. Felipe disse ser

favorável a sua aplicação nos casos de violência doméstica, onde a vítima é a parte frágil da situação. Porém, cada um tem que fazer sua parte, tanto o Estado em proporcionar a aplicação e viabilidade dessas medidas, quanto as vítimas em procurar ajuda sempre que o agressor deixar de cumprir qualquer medida e ele imposta. Visto que, somente as vítimas podem dizer se estão sendo ameaçadas, coagidas, se o agressor está chegando próximo a ela, descumprindo a distância imposta nas medidas protetiva.

Dr. Felipe relatou que uma das melhores medidas protetivas é o botão do pânico[61], onde a vítima recebe um bip e o agressor uma tornozeleira eletrônica, e caso o agressor se aproxime da vítima o aparelho emiti um som, que alerta a vítima e ela aciona o botão do pânico, que está diretamente ligado a um sistema de monitoramento, avisando que o agressor não está cumprindo a distância determinada nas medidas protetiva.

Sobre a criação da Lei Maria da Penha, Dr. Felipe relatou que falta muito para que a lei surta os efeitos desejados, posto que, faltam Juizados Especiais, Delegacias Especializadas, falta estrutura, e o pior de todos, conscientização do cidadão, pois o homem é machista, a sociedade insiste em ser machista e isto prevalece em todos os meios sociais.

3.1.1 Casos registrados na Delegacia de Polícia Civil de Quirinópolis – GO

Conforme dados fornecidos pela Delegacia de Polícia Civil de Quirinópolis – GO, segue dados de Auto de Prisão em Flagrante (APF's).de acusados em decorrência a Lei Maria da Penha no ano de 2015:

MÊS	QUANTIDADE APF's	CRIME
Janeiro	04	4 - Art. 129 CP
Fevereiro	01	Art. 147 CP
Março	02	1 - Art. 163/ art. 147 CP, 1- Art. 147 CP
Abril	02	1 – Art. 129 CP, 1 – Art. 147 CP
Maio	03	2 – Art. 147 CP, 1 – Art. 129 CP
Junho	01	Art. 129 CP
Julho	0	
Agosto	02	1 – Art. 147 CP, 1 – art. 129 CP
Setembro	02	2 – Art. 129 CP

[61] A implantação do botão do pânico, dispositivo que faz parte de um projeto piloto lançado em 2013 pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo em parceria com a prefeitura de Vitória, representou uma mudança na vida de mulheres ameaçadas por ex-maridos, namorados ou companheiros. – As mulheres que aderiram ao projeto relatam que voltaram a exercer o direito de ir e vir. Elas se sentem empoderadas. Os sentimentos e sensações experimentados pelas mulheres após o recebimento do botão do pânico são proteção, coragem, segurança, justiça e tranquilidade – ressaltou a representante do Instituto Nacional de Tecnologia Preventiva, Franceline de Aguiar Ferreira. Quando a mulher em risco aperta o botão do aparelho (do tamanho médio de um telefone celular), a central de segurança aciona os policiais mais próximos, que podem chegar ao local entre três a 10 minutos. Franceline informou que depois de identificados os casos mais graves, com a implantação do dispositivo, nenhuma das vítimas que aderiram ao projeto voltou a ser agredida. O número de homicídios na capital, que liderava os casos de assassinato de mulheres no Brasil, caiu desde 2013: naquele ano foram 15 casos; em 2014 foram 12 mulheres assassinadas; e este ano, até agora, foram registrados oito casos de feminicídio. (COMPROMISSO E ATITUDE, 2015).

Outubro	02	1 – Art. 129 CP, 1 – Art. 147 CP
Novembro	04	4 – Art. 129 CP
Dezembro	02	2 – Art. 147 CP

O artigo 129 do Código Penal trata sobre Lesão Corporal, no sentido de ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem, com pena de detenção de 03 meses a um ano. Mas caso o agressor seja ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido a vítima, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, a pena é de detenção, de três meses a três anos conforme §9.

O artigo 147 do Código Penal trata sobre ameaça a alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave, com pena de detenção, de um a seis meses, ou multa. Mas somente se procede mediante representação. Já o art. 163 do Código Penal trata sobre dano, ou seja, destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia, com pena de detenção de um a seis meses, ou multa.

3.1.2 Falta de estrutura da Lei Maria da Penha

Segundo dados coletados em investigação pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), entre 2012 e 2013, falta muito para que a Lei Maria da Penha se torne eficaz, pois os dados coletados demonstra a insuficiência de equipamentos públicos adequados para receber a mulher vítima de violência doméstica (CÂMARA NOTICIAS, 2013).

Conclui-se também que o País conta com 408 Delegacias da Mulher e 103 núcleos especializados em delegacias comuns. Sendo que, a maioria estão concentrada nas capitais e regiões metropolitanas. Foi constatado ainda que, mesmo tendo poucas delegacias, a situação de abandono de muitas delas, dificultando o registro de boletins de ocorrência e tomada de depoimentos das vítimas ou testemunhas. Exceção, a Delegacia da Mulher do Distrito Federal, localizada no Plano Piloto, conta com uma estrutura adequada (CÂMARA NOTICIAS, 2013).

Segundo dados da CPMI, as vítimas podem encontrar problemas não so nas delegacias, mas também pela falta de Juizados e Varas especializadas, pois falta orçamento para a instalação. Segundo a comissão, são 66 Juizados Especializados de Violência Doméstica no Brasil (CÂMARA NOTICIAS, 2013).

Outro ponto crucial é o machismo que, segunda a relatora da investigação, senadora Ana Rita (PT-ES), continua presente nas instituições. "Eu diria que esta questão do machismo é muito presente nas instituições também, o que dificulta a aplicação da nossa legislação, em particular da Lei Maria da Penha. Falta capacitação dos profissionais. Precisamos investir muito na capacitação, não só de quem atende lá na ponta, como são os policiais nas delegacias, que precisam de capacitação intensa. Mas também de promotores, de juízes, de todos aqueles que têm papel no andamento do processo" (CÂMARA NOTICIAS, 2013).

Para o juiz Álvaro Kálix Ferro, conselheiro do CNJ, há problemas na aplicação da Lei Maria da Penha, mas que, em sete anos, a norma tem motivado aos poucos uma mudança na cultura de tolerância à violência. "Essa questão da violência contra a mulher é de uma complexidade ímpar", afirma o juiz. "Além da penalização, existe todo um trabalho que é preciso fazer, seja com a mulher, seus familiares e até com o agressor, como a própria lei diz no seu art. 30, que pode ser encaminhado para cursos, compreensão da questão de gênero, para a questão da violência. Há necessidade dessa interdisciplinaridade e ela só ocorrerá se cada um dos

órgãos, incluído o Poder Judiciário, atue bem com equipes multidisciplinares" (CÂMARA NOTICIAS, 2013).

Para a CPMI é possível aperfeiçoar a legislação. Mudando algumas políticas públicas, dentre elas, está a obrigação de o juiz, ao encaminhar mulheres para um abrigo, analisar necessariamente os requisitos da prisão preventiva do agressor, para evitar que o réu continue solto enquanto a vítima estiver restrita em uma casa abrigo, tendo sua liberdade ceifada.

Segundo Lourdes Maria Bandeira, da Secretaria de Políticas para as Mulheres não pode haver brecha para a impunidade:

> Quando uma mulher denuncia que foi agredida, ela tem que ser encaminhada ao sistema de Saúde, ao Instituto Médico Legal (IML), ao Ministério Público. Isso tem que ser investigado, se tornar um processo. Há uma complexidade grande, que muitas vezes, dada a ausência e condição de recursos, muitas vezes pela própria falta de equipamento desses órgãos, acaba que o processo se perde no meio do caminho. E, sem contar também que nem sempre a sensibilidade de todos os agentes públicos está voltada para este problema (CÂMARA NOTICIAS, 2013).

A CPMI relatou algumas falhas em Goiás. Dentre elas, a necessidade de criação de casas de acolhida, centros de referência e um programa de saúde para a mulher. Além dessas questões, que constam nas reivindicações do FGM, é solicitado ainda o fortalecimento das Delegacias da Mulher, o aumento do número de representantes femininas ocupando cargos de comando nos governos estadual e municipais e promoção de campanhas educativas sobre gravidez na adolescência e paternidade responsável (SINDEPOL, 2013).

CONCLUSÃO

Conclui-se pela importância do tema do presente trabalho pelo fato de dia após dia vivenciar através dos meios de comunicação notícias sobre violência doméstica, e como têm sido tratados os casos, visto que, o Estado não tem infraestrutura adequada para atender aos casos dos quais toma conhecimento.

A violência de gênero, resultado de uma sociedade machista, onde o homem sente medo e insegurança em ver dia após dia a mulher ocupar lugares antes nunca ocupado, dentro e fora da política, tem sido discutido de maneira a conscientizar a sociedade que a mulher tem competência para estar em igualdade com o homem em todos os aspectos da vida.

Historicamente as mulheres vêm aos poucos conquistando seus direitos, passaram a sofrer menos com a desigualdade exacerbada e a submissão social e familiar. Isso ocorreu em virtude da luta pelos seus direitos, através de diversos movimentos, convenções e leis, que surgiram de acordo com a evolução e necessidade da sociedade, tendo como destaque principal garantir a proteção dos direitos femininos. Isto ficou evidente através das Conferencias mundiais sobre as mulheres realizadas pelas Nações Unidas e aqui abordadas.

Atualmente as mulheres vêm ganhando espaço entre os homens, e exercendo cargos e funções que antigamente somente eram exercidas pelos homens. Exemplo claro disso, tivemos uma Presidente mulher (Dimas Rousseff), há mulheres trabalhando na construção civil, em grandes canteiros de obras, dirigindo veículos automotor de grande porte, e contudo, sendo mãe, esposa e dona de casa.

Conforme estudo apresentado no presente trabalho, no Brasil, somente após a criação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), foi que a violência doméstica passou realmente a ser discutida. Podemos constatar que a lei encorajou em alguns casos as mulheres vítimas de violência doméstica a denunciar o agressor, devido às medidas protetivas de urgência. Uma dessas medidas impostas ao agressor é o monitoramento eletrônico, que apesar de atender a

minoria dos casos, o monitoramento eletrônico utilizado em alguns estados brasileiros vem demonstrando que apesar de insuficiente tem sido eficaz no controle e combate à violência contra a mulher nos casos em que foram aplicados.

Contudo, constatamos a falta de estrutura do Estado em garantir que as medidas protetivas de urgência impostas ao agressor ou a ofendida surta efeito positivo, visto que, falta equipamento, mãos de obra qualificada, casas abrigo, etc. Sendo assim o Estado não tem estrutura e nem suporte adequado para aplicabilidade e eficiência das medidas protetivas de urgência.

Em Quirinópolis perante pesquisa elaborada conclui-se que as medidas protetivas de urgência não são eficazes pela falta de estrutura, visto que, não há casa abrigo, não há dispositivo de segurança (tornozeleira), dentre outros e também porque em alguns casos o problema está na própria vítima quando ela resolve se retratar e reatar com o agressor, tornando as medidas ineficazes.

Porém, de nada adianta uma Lei especifica com medidas protetivas, se a sociedade não mudar hábitos cotidianos na discriminação entre os sexos. Onde o homem em alguns casos insiste em ser o mais forte na relação, e a mulher tem que ser submissa, satisfazendo aos caprichos machista, para não se tornar mais uma vítima de violência doméstica e familiar e aumentar ainda mais os índices de casos no Brasil e no mundo.

REFERÊNCIAS

A ONU e as mulheres. **Nações Unidas no Brasil (ONUBR)**, 2010. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/mulheres/>. Acesso em: 12 abr. 2016.

ARAUJO JR, Marco Antônio, BARROSO, Darlan. **Leis Penais Especiais**. 3. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Ave-Maria, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** Texto constitucional promulgado em 5 de outubro d 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2006/Lei /L11340.htm>. Acesso em: 11/03/2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Violência contra a mulher (Lei Maria da Penha).** CNJ- Brasília. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/lei-mariada-penha/sobre-a-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 05/05/2016.

Dados nacionais sobre violência contra as mulheres. Compromisso e atitude 2016. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-nacionais-sobre-violenciacontra-a-mulher/ >. Acesso em: 22/05/2016.

Decreto nº. 4.316. **Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de**

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado:** acompanhado de comentários, jurisprudência, sumulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed ver, atual e ampl.

Falta estrutura para Lei Maria da Penha funcionar. **SINDEPOL-GO**, 07/08/2013. Disponível em: <http://sindepol.com.br/site/noticias/falta-estrutura-para-lei-maria-da-penha-funcionar. html>. Acesso em: 15/06/2016.

GALINA, Décio. **Maria da Penha, a mulher que sobreviveu a tentativa de assassinato pelo marido e virou nome de lei (11/03/2009).** Disponível em: <http://revistatpm.uol.com.br/revista/82/paginasvermelhas/maria-da-penha.html > Acesso em:

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e Socioeconômica,** nº. 29. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv62715.pdf>. Acesso em: 07/05/ 2016.

JESUS, Damasio de. **Violência contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Juspodivm, 2014.

LIMA, Luciana. Falta de estrutura dificultam aplicação da lei Maria da Penha. **iG**. Brasília, 25/11/2013. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2013-11-25/machismo-efalta-de-estrutura-dificultam-aplicacao-da-lei-maria-da-penha.html>. Acesso em: 07/07/216.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. v. 2, 2 tiragem. Bahia:

Mais de 50 mil denúncias de violência contra dominicanas. Agência Prensa Latina – 18/11/2013. **Compromisso e atitude**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/mais-de-50mil-denuncias-de-violencia-contra-dominicanas-agencia-prensa-latina-18112013/>. Acesso em: 22/04/ 2016.

Maria da Penha, da dor à lei. A mulher cuja vida mudou, mudou vidas. **MEIONORTE.COM**. Março de 2013. Disponível em: <http://www.meionorte.com/noticias/maria-da-penha-da-dor-a-lei-veja-ahistoria-da-mulher-cuja-vida-mudou-mudou-vidas-202771>. Acesso em: 29/04/2016.

MARTINS, A, p. A., CERQUEIRA, D. MATOS, M. V. M. A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento a violência contra as mulheres no Brasil. n. 13. Brasília: **IPEA,** 2015. <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150302_ nt_diest_13.pdf>. Acesso em: 22/06/2016.

MATTOS, Geraldo. **Dicionário Junior da Língua Portuguesa**. 3. ed. São Paulo: FTD, 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. Diretrizes Nacionais para o Abrigamento de mulheres em situação de risco e violência**. SPM, 2011**. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/abrigamento>. Acesso em: 20/05/2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. Lei Maria da Penha (11.340/06). **SPM, 2015**. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/lei-maria-da-penha>. Acesso em:

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. **Rede de enfretamento à violência contra a mulher.** SPM, 2011. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes /publicacoes /2011/rede-de-enfrentamento>. Acesso em: 20/05/2016.

NIETZSCHE, F. **O nascimento da tragédia**. Trad. J. Guinsburg. São Paulo, Companhia das Letras, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 10. ed ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O inferno das mulheres. **Jornal do Senado**. Ano XIX, nº. 3.906. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/jornal/edicoes/especiais/2013/07/04/jornal.pdf#page=1>. Acesso em: 14/05/2016.

Prefeitura de Goiânia inaugura casa abrigo Sempre Viva. Nathalia Oliveira, da editoria de Políticas para as Mulheres – Secretaria Municipal de Comunicação **(Secom).** Disponível em: <http://www.goiania.go.gov.br/portal/pagina/?pagina=noticias&s=1&tt=not&cd=5202&fn=tr ue>. Acesso em: 10/07/2016.

RAMOS, Lana Marcia. A violência contra a mulher no âmbito da Lei 9.099/95. **Direitonet**, 2011. Disponível em: <http://www.usjt.br/arq.urb/arquivos/abntnbr6023.pdf>. Acesso em:

São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Elizabete Rodrigues da. Feminismo Radical. **TRAVESSIAS**, Cascavel, v. 2, mar. 2008. Disponível em: <http://www.unioeste.br/prppg/mestrados/letras/revistas/travessias/ ed_004/artigos/cultura/pdfs/FEMINISMO_RADICAL.pdf>. Acesso em: 20/05/2016.

Sobre a Mulher de Pequim em 1995. **ONU Mulheres Brasil**, 2014. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em: 29/05/2016.

Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm>. Acesso em: 20/05/2016.

Violência contra mulher não é só física; conheça outros 10 tipos de abuso. **Portal Brasil**. Dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/12/ violencia-contra-mulher-nao-e-so-fisica-conheca-10-outros-tipos-de-abuso>. Acesso em: 03/06/3016.

Violência intrafamiliar - Orientações para a prática em serviço. Cadernos de Atenção Básica Nº 8 Série A – **Normas e Manuais Técnicos**; nº 131, Brasília/DF, 2002. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd05_19.pdf>. Acesso em: 03/06/3016.

VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015** - Homicídio de mulheres no Brasil. 1. ed. Brasília: Flacso, 2015. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015 /MapaViolencia_2015_mulheres.pdf> Acesso em: 01 maio 2015.

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

CRIMINAL ORGANIZATION

Mario Merculis Silva Barros[62]
Heberton Duarte de Sousa[63]

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo conhecer as Organizações Criminosa desde o seu surgimento até o conceito atual, suas caraterísticas, sua forma de atuação, as leis que vieram se aperfeiçoando até a que trataremos hoje, a Lei nº 12.850/13, todos os artigos tratados de forma especifica em cada um de seus títulos, e também seus pontos polêmicos como a existência de um Poder Paralelo por conta das organizações criminosas e o uso do instituto chamado de Direito Penal do Inimigo como possível solução. Tal trabalho se faz necessário devido a importância de combater tal pratica criminosa que já existe há centenas de anos e vem se modificando, se aperfeiçoando e se multiplicando em uma proporção mundial, entender como funciona, como se mobilizam, como se articulam as pessoas que fazem parte dessas organizações para que possamos coibir e aplicar as leis existentes é de suma importância.

Palavras-chave: Organização Criminosa. Lei nº 12.850/13. Direito Penal do Inimigo. Poder Paralelo.

ABSTRACT

This study aims to evaluate the Criminal Organizations from its inception to the present concept, its characteristics, the way it operates, the laws that came to perfecting that treat today, Law No. 12.850 / 13, all treated articles so specifies in each of their titles, and also their controversial points as the existence of a parallel power because of the criminal organizations and the use of the institute called the Criminal Law of the Enemy as a possible solution. Such work is necessary because the importance of combating such criminal practices that has existed for hundreds of years and has been changing, perfecting and multiplying on a world scale, to understand how it works, how to mobilize, as articulate people who do of these organizations so we can deter and enforce existing laws is very important.

Keywords: Criminal Organization. Law 12.850/2013. Criminal Law of the Enemy. Parallel Power.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é conhecer as Organizações Criminosa desde o seu surgimento até o conceito atual, suas caraterísticas, sua forma de atuação, as leis que vieram se aperfeiçoando até a que trataremos hoje, a Lei nº 12.850/13, todos os artigos tratados de forma especifica em cada um de seus títulos, e também seus pontos polêmicos como a existência de um Poder Paralelo por conta das organizações criminosas e o uso do instituto chamado de Direito Penal do Inimigo como possível solução.

Na abordagem deste trabalho, será utilizada uma metodologia baseada em fundamentação teórica, realizando-se pesquisa de leis, livros e jurisprudência que tratam sobre a Nova Lei de Organização Criminosa e toda sua evolução histórica.

Será apresentado da seguinte forma: uma introdução a evolução histórica do surgimento do crime organizado pelo mundo, passando para um comparado do direito penal

[62] Graduado em Direito pela FAQUI, 2016.

[63] Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (2006), pós- graduado em Direito Tributário pelo Unisul (2008) e atualmente mestrando em Direito Tributário pela Universidade Católica da Argentina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.Docente nas disciplinas de Direito Fiscal, Sociologia Jurídica, Criminologia, Direito das Sucessões, Direito das Obrigações, Direito de Família, Direito Tributário e Ética Geral e Profissional.Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas(FACIJUR), coordenação de estágio simulado. Membro do NDE. Instrutor Legislação SENAC e SENAI Goiás e Docente Universidade Uberaba (UNIUBE). Atualmente professor nas disciplinas Direito Administrativo, Direito Processual Constitucional, Ética Geral e Profissional, Direito de Família, Direito Ambiental e Agrário na Faculdade de Quirinópolis (FAQUI). Professor de Legislação em Pós Graduação em Gestão de Capital Humano, Agronegócio e Cooperativismo.

em distintos países com suas respectivas características e seguindo para uma análise da Lei n 12.850/13 sobre Organização Criminosa, as leis que a sucederam e um albergado de todos os temas tratados em seus 27 artigos, quais são: conceito de organização criminosa, a investigação e os meios de obtenção de prova, a colaboração premiada, a ação controlada, a infiltração de agentes, o acesso a registro, dados, documentos e informações, os crimes ocorridos na investigação e obtenção de provas e as disposições finais. Além de uma diferenciação entre organização criminosa e associação criminosa, traremos também uma análise do impacto social causado por essas organizações criminosas e alguns assuntos polêmicos como fato de as Organizações Criminosas atuarem como um verdadeiro Poder Paralelo e uma possível solução que seria a utilização do Direito Penal do Inimigo.

Um dos objetivos deste trabalho é entender que o ordenamento jurídico brasileiro nem sempre contou com uma definição precisa de organização criminosa, por meio da Lei nº 9.034/95, a legislação pátria começou a se preocupar em dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, no entanto não definiu o termo organização criminosa o que gerou inúmeras controvérsias quanto sua efetividade. Com essa percepção surgiu então a lei 12.694/12 que considerou organização criminosa como a associação de três ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja a pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional. Logo depois veio a Lei nº 12.850/13 que conferiu nova acepção para o tema, esta Lei representa uma tentativa de evolução na disciplina do complexo fenômeno da criminalidade organizada, buscando acompanhar a tendência internacional no tratamento do tema.

A Lei 12.850/13 pela primeira vez tipificou o crime de participação de organização criminosa, cuidando de diferenciá-lo do antigo crime de quadrilha ou bando, que teve sua redação alterada para configurar o crime de associação criminosa.

A crescente evolução do crime organizado fez com que a presente Lei se fizesse cada fez mais necessária para punir e coibir essa ação criminosa.

A necessidade de repressão ao crime organizado vai bem além da busca pela eficiência penal, trata-se de uma questão de Estado, pelo seu imenso poder financeiro, a criminalidade organizada influência a economia, a ordem social, a administração pública e a justiça.

Nas palavras de Maria Dolores Delgado Garcia (2014, p. 10),

> A criminalidade organizada, especialmente a narco criminalidade, tem evoluído extraordinariamente nos últimos tempos, adquirindo estruturas complexas que dispõem de ingentes meios financeiros de origem ilícita e cuja capacidade operativa supera as das clássicas organizações de delinquentes, razão pela qual os meios tradicionais de investigação se mostram insuficientes, ao menos para chegar ao coração das organizações e aproximar-se dos seus chefes e promotores.

Veremos também que se levarmos em conta a forma de atuação, as características e a audácia das Organizações Criminosas, é facilmente perceptível que estas acabam por concretizar um verdadeiro Poder Paralelo, abalando as diretrizes do Estado Democrático de Direito ao qual estamos submetidos.

E que diante de tal problemática, objetivou-se analisar o Direito Penal do Inimigo como possível solução ou pelo menos amenização do fenômeno intitulado crime organizado, sobretudo com o advento da Lei 12.850/13.

Tal trabalho se faz necessário devido a importância de combater tal pratica criminosa que já existe há centenas de anos e vem se modificando, se aperfeiçoando e se multiplicando em uma proporção mundial, entender como funciona, como se mobilizam, como se articulam

as pessoas que fazem parte dessas organizações para que possamos coibir e aplicar as leis existentes é de suma importância.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME ORGANIZADO PELO MUNDO

Em razão da variação de comportamentos em vários países não é fácil identificar a origem dessas organizações criminosas, elas se amoldam às circunstâncias de cada país.

Em países como, por exemplo, o Reino Unido e a Espanha, a existência de uma regulamentação sobre o consumo de drogas, o jogo e a prostituição fez com que esses grupos organizados surgissem, diferentemente como, por exemplo, no Japão, onde o surgimento desses grupos vem com a dedicação ao controle do vício e da extorsão, já em países do Terceiro Mundo, além da exploração da droga, o crime organizado se dedica à corrupção de funcionários públicos e políticos.

Entende-se que esses movimentos começaram a surgir a partir do século XVI como movimentos de proteção contra os poderosos e suas arbitrariedades.

Veremos aqui, de forma breve, os mais conhecidos no Mundo.[64]

1.1 China

A mais antiga delas são as Tríades Chinesas – teve origem como um movimento popular para expulsar os invasores do império Ming, em 1644. Em 1880 a Companhia Britânica das Índias Orientais incentivou mais de 20 milhões de chineses a produzir e cultivar o ópio, um século mais tarde quando sua produção foi proibida, as Tríades passaram a explorar solitariamente o controle do próspero mercado negro da heroína.

1.2 Japão

Por volta do século XVIII nos tempos do Japão Feudal surgi a Yakuzá, com a exploração de atividades ilícitas se desenvolveu a sombra do estado. Essa organização sempre se beneficiou dos costumes japoneses, cujo cidadão se sente envergonhado por figurar como vítima de uma chantagem, o que, aliado ao temor imposto pelos membros da organização, inibe as notícias dessas práticas as autoridades.

1.3 Itália

A Máfia surgiu por volta de 1812 na Itália com um movimento de resistência contra o rei de Nápoles, que começou a reduzir os privilégios feudais e limitar os poderes dos príncipes, por volta de 1865 com o desaparecimento da realeza e a unificação forçada da Itália eles passaram a lutar pela independência da região.

1.4 Oriente Médio

O Terrorismo que também é considerada uma vertente do crime organizado, surgiu por volta de 1800, quando militantes anarquistas franceses realizaram um atentado violento contra Napoleão III. Após um longo período sem essas manifestações violentas, apenas em 1960 novas ações foram praticadas por grupos extremistas, porém agora o alvo não era mais o poder público e sim a população civil. Os Movimentos Islâmicos Extremados, em alguns países do Oriente Médio e parte do continente africano ocasionou o aparecimento de inúmeras organizações criminosas terroristas nos últimos anos.

1.5 Rússia

Na Rússia, a organização criminosa mais tradicional e misteriosa iniciou suas atividades na última década do século XIX, dedicando-se a prática de diversos crimes como,

[64] Disponível em: http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2834/2613

extorsão, tráfico de mulheres, corrupção, desvio de dinheiro público entre outros. Essa organização recebeu o nome de Vor v zakone.

1.6 Estados Unidos da América

Por volta de 1920, surgia nos Estados Unidos da América alguns grupos denominados Gangs, que nasceram em razão da proibição irrestrita da comercialização do álcool. Com o passar dos anos, os referidos grupos passaram a dominar outras atividades ilícitas como o jogo e a prostituição.

1.7 América do Sul

Na América do Sul, no século XVI, surgi o cultivo e exploração da coca, a exportação desse entorpecente para os Estados Unidos da América e para a Europa passou a ser comandada por diversos grupos organizados, que deram início aos Cartéis do Narcotráfico, grupos poderosos e violentos.

1.8 Brasil

Chegamos agora ao Brasil, o surgimento das organizações criminosas tem como início o conhecido Cangaço, que atuou entre o século XIX e XX no sertão nordestino, personificado na lendária figura de Virgulino Ferreira da Silva, o famoso Lampião, eles tinham hierarquia, atuavam em várias frentes ao mesmo tempo. Algo mais recente surgiu com movimentos penitenciários, no Rio de Janeiro por volta de 1970, a Falange Vermelha que era formada por chefes de quadrilhas especializadas em roubos a bancos, depois veio o Comando Vermelho que seria uma espécie de evolução da primeira, surgiu no Presidio Bangu I, liderado por traficantes e surgiu também uma dissidência chamada de Terceiro Comando formado por presos que discordavam da prática de sequestros. Em 1990 as milícias formadas por para policiais que passaram a atuar nas favelas do Rio de Janeiro. Já em São Paulo direto do presídio de segurança máxima anexo à Casa de Custódia e tratamento de Taubaté o então denominado Primeiro Comando da Capital – que patrocinam rebeliões e resgates de presos, além de roubos a bancos e carros de transporte de valores, extorsão e tráfico ilícito de drogas. Outra relevante área de atuação do crime organizado no Brasil são os de tráfico de animais silvestres, as pesquisas biológicas clandestinas, o comércio irregular de madeira da região amazônica e da mata atlântica que já é considerada a terceira maior geração de renda ilegal no mundo. Agora se tratando de Brasil a maior modalidade de organização criminosas que só vem crescendo e ganhando força são os desvios de vultuosas quantias de dinheiro dos cofres públicos para contas particulares abertas em paraísos fiscais localizados no exterior.[65]

Porém todos esses exemplos dos mais diversos tipos de organizações criminosas possuem traços em comum: a maior parte nasceu de movimentos populares, muitas delas passaram a atuar nos espaços deixados pelos governos com algumas proibições e impuseram sua lei com ameaças e muita violência.

Uma publicação da Revisa Época do mês de setembro de 2014[66] traz uma lista das 5 maiores organizações criminosas existentes no mundo atualmente, e um valor aproximado de seus faturamentos, são elas:

1. Yamaguchi Gumi: US$ 80 bilhões.

A maior organização do mundo, conhecida também como "Yakuza", consegue mais dinheiro com tráfico de drogas do que com qualquer outra fonte, segundo Hiromitsu Suganuma, ex-chefe da polícia nacional japonesa. Mas a receita do grupo também é atribuída a jogos de

[65] Disponível em: http://www.webartigos.com/artigos/conceito-e-caracteristicas-do-crime-organizado-no-brasil/103100/

[66] Revista Época – setembro de 2014.

azar e extorsão. A organização tem centenas de anos e, segundo Dennis McCarthy, autor de "An Economic History of Organized Crime", possui uma das hierarquias mais elaboradas entre grupos criminosos.

2. Solntsevskaya Bratva:

US$ 8,5 bilhõesQuando se trata de organização, grupos mafiosos russos são o oposto da Yakuza. A sua estrutura, de acordo com Frederico Varese, professor de criminologia da Universidade de Oxford, é altamente descentralizada. O grupo é composto por dez "brigadas" quase autônomas. Contudo, todo o dinheiro é supervisionado por um conselho de 12 pessoas que "se reúne regularmente em diferentes partes do mundo, muitas vezes disfarçando suas reuniões como ocasiões festivas", diz Varesi. Estima-se que a Solntsevskaya Bratva tenha nove mil membros, que ganham dinheiro com de tráfico de drogas e de pessoas.

3. Camorra: US$ 4,9 bilhões

Em 2013, um estudo da Università Cattolica e do Joint Research Centre sobre o crime transnacional estimou que atividades mafiosas geram receita de US$ 33 bilhões de dólares na Itália, divididos entre quatro grandes organizações. Camorra é a mais bem-sucedida desses grupos, com cerca de US$ 4,9 bilhões por ano provenientes de "exploração sexual, tráfico de armas e drogas, falsificação e jogos de azar", segundo a pesquisa.

4. 'Ndrangheta: US$ 4,5 bilhões

Com sede no sul da Itália, o segundo maior grupo mafioso do país ficou conhecido por seus laços internacionais com traficantes de cocaína da América do Sul. O grupo controla a maior parte do mercado de drogas que alimenta a Europa. Ele também vem expandindo suas operações nos EUA

5. Sinaloa: US$ 3 bilhões

Maior cartel de drogas do México, o Sinaloa é uma das várias quadrilhas que tem aterrorizado a população. Ele serve como intermediário entre os produtores sul-americanos e o mercado americano. Embora o líder da organização tenha sido preso em fevereiro, o cartel tem evitado as batalhas caras (e sangrentas) que sucedem a saída de um comandante.

2 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A definição de Organização Criminosa não é tão simples, quando se aborda esse assunto o que vem a cabeça da maioria da população é um grupo de pessoas reunidas para praticar crimes. Porém veremos que a definição de Organização Criminosa vai bem além e passou por vários estágios até chegar ao conceito atual.

2.1 A evolução das Leis que tratam sobre Organização Criminosa.

Nas palavras de Eliana Cristina Fernandes de Miranda e João Vitor Serra Netto Panhoz[67]:

Por muito tempo, a lacuna legal fez com que o Ministério Público, com o intuito de proteção social e maior abrangência relacionada à tipificação do delito em questão, valesse da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada no Brasil pelo Decreto 5.015/2004, a fim de definir o que viria a ser organização criminosa e suas decorrências legais.

Ocorre que a indefinição legal e a problematização em relação à utilização de uma convenção que, embora promulgada no território brasileiro, trabalha com crimes

[67] Disponível em: www.conjur.com.br/2014-jun-25/lei-organização-criminosa-trouxe-ferramentas-crime.

transnacionais, levou margem a discussões entre todos os sujeitos da ação criminal, de um modo que aceitação de tal conteúdo jamais fora pacifica.

A onda de violência e o temor dos magistrados em relação ao julgamento de membros efetivos de organização criminosa arrazoou a introdução em nosso ordenamento a Lei 12.694/2012, a qual traz como escopo o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas.

Podia-se, desta forma, contar com uma definição legislativa, a qual em muito se baseara na Convenção anteriormente adotada.

Contudo, a tentativa de finalmente tipificar o crime de organização criminosa em nosso país fora em vão eis que o legislador, ao definir o que viria a ser organização criminosa, estipulara que tal conceito somente seria válido para os fins da lei que o editara, dando margens às interpretações variadas, extremadas e conservadoras, abarcando críticas ferrenhas quanto à real intenção legislativa.

A Lei 12.694/2012 não trouxe qualquer tipificação de condutas, apenas o conceito de organização que somente seria utilizado quando da aplicação da lei supra, isto é, entendeu-se que o conceito de organização não poderia ser aplicado fora do contexto da Lei 12.694/2012, pois tratar-se-ia de analogia *in malam parte*

Após, discussões da doutrina pátria a respeito do tema, a solução veio meses depois, com a promulgação de nova lei, com o intuito de por fim a discussão. Ademais, o novo texto trouxe além do conceito de organização criminosa a tipificação das condutas relacionadas a ela, bem como trouxe meios de combate ao crime organizado brasileiro e transnacional, auxiliando fortemente a repressão destes crimes.Com isso por ser a Lei 12.850/2013 mais recente e muito mais específica que a Lei 12.694/2012, esta acabou por ser revogada tacitamente.

Ver-se que a principal mudança trazida pela Lei 12.850/2013 é a necessidade de quatro pessoas para que se considere como organização criminosa, e não mais três como era previsto na lei de 2012.

A Lei nº 12.850/2013 conferiu nova acepção à expressão "organização criminosa", definindo-a em seu art. 1º, § 1º, como "a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional". Conceito este que vigora atualmente.

Ante o exposto, nota-se a necessidade do ordenamento jurídico brasileiro em ter uma lei especifica para tratar do assunto, já que usar uma convenção Transnacional acarretava vários problemas e nunca se chegava a uma decisão pacifica. Com o advento da Lei 12.694/2012 o problema continuou sem solução, pois o legislador definiu o conceito de organização criminosa, entretanto o mesmo só seria valido dentro desta lei, dando assim margem para múltiplas interpretações.

Surge então a Lei 12.850/2013, esta sim com dispositivos capazes de resguardar a punição adequada para quem incorre neste tipo de crime, com um rol bem amplo de possibilidades para solucionar de forma definitiva esta questão que até então era tão dispersa.

2.2 Conceito atual de Organização Criminosa

É oportuno colher as palavras do jurista DÁMASIO (2010, p.25), que assim discorreu sobre a dificuldade do assunto em tela:

> Falar com precisão a respeito do crime organizado exige alcançar uma precisão terminológica sobre seu significado, requisito mínimo para construir considerações sólidas. De ver-se, contudo, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência da maioria dos países reconhecem ser quase impossível formular um "conceito unânime". Essas dificuldades conceituais não significam uma total impossibilidade de identificar alguns fatores que costumeiramente incidem sobre o problema e contribuem para definir o perfil deste fenômeno na atualidade.

A esse respeito, MENDRONI (2002, p. 12) citou em sua obra alguns "conceitos" apontados pela doutrina pátria e outros de território estrangeiro, tendo assim comentado:

> Observa-se que existem diversas definições com pontos semelhantes, mas de conteúdo geral distintas. E pergunta-se: Qual é a correta? Resposta. Todas e nenhuma. Explica-se. Na verdade, em nossa opinião, não se pode definir Organização Criminosa através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas como sugerido. Isso porque não se pode engessar este conceito, restringindo-o a esta ou àquela infração penal, pois elas, as Organizações Criminosas, detém incrível poder variante. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou pra acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la à realidade – aos anseios da sociedade, já estará alguns anos em atraso.

De acordo com a Lei 12.850/13, considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenadas e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Na busca da maior eficiência houve uma inovação restritiva quanto à previsão do número de participantes que agora é de quatro ou mais pessoas, agora há de se ter uma estrutura mínima para o funcionamento da organização o que não pode ser confundido com grupos desordenados que praticam crimes de forma coletiva como acontece por exemplo em eventos esportivos. Trata-se de um crime formal, o que significa que mesmo se o grupo não consumar a sua finalidade ainda assim estará configurado o crime de participação na organização, já que a mera intenção de obter o proveito ilícito será um crime.

Além disso, não podemos ter dúvidas de que a organização criminosa é um crime permanente, permitindo, assim, a prisão em flagrante de seus integrantes a qualquer tempo, sem prejuízo dos outros crimes porventura cometidos.

Quanto ao sujeito ativo do tipo em questão, trata se de crime comum que pode ser praticado por qualquer pessoa, de concurso necessário e de condutas paralelas, uma auxiliando a outra.

Com relação ao sujeito passivo, entendemos que a vítima é a sociedade. Sobre o bem jurídico tutelado, assim como no antigo crime de quadrilha ou bando, será a paz pública, permanentemente abalada por aqueles que se organizam para praticar crimes graves.

Nas palavras de Francisco Sannini Neto[68]:

[68] Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo%2cnova-lei-das-organizacoes-criminosas-e-a-policia-judiciaria%2c44769.html.

> Uma questão interessante trazida pela nova Lei se relaciona com o delito previsto no artigo 35 da Lei de Drogas que é o de associação para o tráfico. Vamos imaginar que quatro ou mais pessoas se associem para a prática do tráfico de drogas, será que essa associação estará inserida no contexto do artigo 35 da Lei de Drogas ou no art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/13? Notem que, caso a resposta seja pelo artigo 35, em virtude da especialidade, por exemplo, não poderão ser aplicados os institutos da Lei12.850/2013 a esta associação, porém não é essa a melhor solução, entendemos que, nessas situações, deverão ser analisados os aspectos estruturais da associação. Se quatro ou mais pessoas se associarem para a prática do tráfico de drogas, mas sem a devida estrutura organizacional, não se podendo constatar a existência de distribuição de tarefas e graus de hierarquia, estaremos diante do crime de "associação para o tráfico", previsto na Lei de Drogas. Caso contrário, em se tratando de uma estrutura organizada, com divisão de tarefas etc., configurar-se-á o delito constante na Lei em análise. O artigo 2º da Lei, dispõe que a pena do crime será agravada para quem exerça o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. Ora, está aí mais uma clara influência da teoria do domínio do fato, pois, nos seus termos, autor é não só quem executa a ação típica (autoria imediata), como também aquele que tem o poder de decisão sobre a realização do fato. Aliás, o dispositivo em questão foi além, punindo de maneira mais severa a conduta daquele que exerce o comando da organização criminosa. Neste mesmo artigo tem também algumas causas de aumento de pena, tais como para a organização criminosa que faça uso de arma de fogo, que conte com a participação de crianças, adolescentes ou funcionário público, desde que este se valha do seu cargo para a prática da infração penal, que o produto ou proveito da infração destine-se, no todo ou em parte, ao exterior, ou, ainda, nos casos em que a organização criminosa mantenha conexão com outras organizações criminosas independentes. Dentre outros pontos que analisaremos a seguir.

Conforme disposto, podem surgir dúvidas quanto à aplicação ou não da Lei 12.850 em outros crimes que já possuem uma lei especifica, no exemplo dado por Francisco Sannini Neto, se quatro ou mais pessoas se juntam para traficar drogas eles devem responder pelo crime tipificado na Lei de Drogas ou por essa associação que agora também possui uma lei especifica?

De acordo com o mesmo, devemos analisar os aspectos estruturais, se existe uma hierarquia, se as tarefas são distribuídas, não apenas a quantidade de pessoas envolvidas no crime em tela.

Sendo Assim, concluímos que não basta que o crime seja praticado por uma quantidade de pessoas especifica, deve se enquadrar em todos os requisitos para a aplicação da Lei 12.650.

2.3 Características das Organizações Criminosas

Vejamos agora quais são as caraterísticas das Organizações Criminosas, ressaltando que existem várias modalidades e com o tempo outras várias surgiram, pois como tudo elas também vão se aprimorar e se reinventar com o passar dos anos.

É assim que destaca MENDRONI[69], ressaltando que elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela que se torne mais lucrativa, bem como escapar da persecução criminal, conforme transcritos*:*

> [...] elas evoluem em velocidade muito maior do que a capacidade da Justiça de percebê-las, analisá-las e principalmente combatê-las. Assim como a vacina sempre persegue a doença, os meios de combate à criminalidade organizada sempre correm atrás dos estragos causados pela sua atividade. Amanhã e depois seguramente surgirão outras formas novas, que, pela simples verificação de atividades organizadas para a prática de crimes, será considerada organização criminosa.

Vale citar também FRANCO, as organizações criminosas apresentam, sinteticamente, as seguintes características comuns:

[69] Disponível em: www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/<?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8714&revista_caderno=3

> 1) caráter transnacional; 2) amplo poder pelo elevado grau de organização; 3) capacidade de provocar danos de alto vulto; 4) multiplicidades de condutas criminosas, atingindo ou não vítimas difusas; 5) emprego de modernas tecnologias; 6) conexões com outros grupos criminosos; 7) produção de atos violentos; 8) poder de corrupção; 9) capacidade de paralisar e fragilizar os poderes do Estado.

Por sua vez, no mesmo entendimento, CERNICCHIARO, destaca os seguintes aspectos:

> 1) tendência transnacional; 2) caráter difuso, sem vítimas individuais, onde o dano não se restringe a uma ou mais pessoas, mas alcança toda a sociedade; 3) hierarquia dos integrantes, dentro de uma organização empresarial onde as responsabilidades encontram-se definidas e os procedimentos são rígidos; 4) divisão territorial; 5)preocupação (permanente) de fazer cessar a eficácia dos controles formais de combate à criminalidade, por conseguinte, buscam atrair agentes do Estado para anular a atuação, obtendo, assim, verdadeira impunidade; 6) além da corrupção, utilizam-se da violência a fim de, pelo silêncio, não serem importados; 7) pode ser acobertado por atividade comercial lícita; 8) explora atividade proibida que, no entanto, não recebe censura da sociedade, a exemplo da Lei Seca norte-americana;

No que tange as características das organizações criminosas, é necessário trazer os ensinamentos de GOMES*:*

> 1) previsão de acumulação de riquezas indevida ou de forma ilícita; 2) hierarquia estrutural; 3) planejamento empresarial envolvendo, por exemplo, custo das atividades, forma de pagamento do pessoal, programação do fluxo de mercadorias, planejamento dos itinerários, etc.; 4) uso dos meios tecnológicos sofisticados; 5) recrutamento de pessoas e divisão funcional de atividades; 6) conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com agentes do Poder Público, a ponto de formar uma simbiose, decorrente do seu alto poder de corrupção e do seu poder de influência. Nessa relação se verifica tanto a participação direta de agentes do Poder Público nas associações, quanto atitudes de favorecimento para o funcionamento das organizações; 7) ampla oferta de prestações sociais, no âmbito da saúde pública, segurança, transportes, alimentação, alimentação e emprego; 8) divisão territorial das atividades ilícitas; 9) alto poder de intimidação; 10) real capacidade para fraude, de forma a lesar o patrimônio público ou coletivo; 11) conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Como citado por Mendroni e demais estudiosos, a justiça infelizmente vai sempre estar atrás nesta corrida, a evolução é bem mais veloz do que a capacidade justiça de combate-las, devido aos imensos problemas como, falta de recursos humanos, financeiros e estruturais, fatos estes que todos nós conhecemos.

A criminalidade possui um alto poder aquisitivo, um alto poder de corrupção, o que alimenta tamanho discrepância existente entre o que esta disponível aos criminosos e o que está disponível a justiça para tentar combate-los.

É visto que algumas características das organizações criminosas merecem ser comentadas, já que foram designadas comuns a todas, segundo apontamentos de Eduardo Araújo da Silva as mais importantes são:

Acumulação de poder econômico – na criminalidade organizada a relação capital/lucro é quase infinitamente favorável no sentido do lucro, pois de um capital relativamente pequeno há a forte expectativa de um lucro fabulosamente alto, segundo o relatório da Agência para drogas e crime organizado das Nações Unidas estima-se que só a renda obtida com o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes seja de US$ 322 bilhões por ano;

Alto poder de corrupção – as organizações criminosas atuam com certa liberdade em diversos campos devido a paralisação de parte do aparelho estatal por conta da corrupção, ela é voltada para várias autoridades de todos os poderes do estado, tanto no poder executivo, legislativo e judiciário;

Necessidade de legalizar o lucro obtido ilicitamente – mais conhecida como lavagem de dinheiro das mais variadas e criativas formas, esse é considerado o ponto mais vulnerável das organizações criminosas, porém o que tem facilitado esse ato de tornar lícito os lucros obtidos com as práticas delituosas são a existência de países que não fiscalizam a origem de depósitos em instituições financeiras localizadas em seus territórios, os chamados paraísos fiscais;

Alto poder de Intimidação – as mais cruéis e variadas formas de violência contra quem ousar ameaçar de alguma forma essas organizações;

Conexões locais e internacionais – com o processo de globalização da economia que contribuiu para a aproximação das nações, as organizações criminosas não encontraram grandes obstáculos para se integrarem também, com maiores perspectivas de expandirem seus mercados ilícitos, um exemplo claro disso é que hoje os cartéis colombianos não mais se dedicam apenas ao comércio da cocaína, mas também ao cultivo do ópio e à comercialização da heroína.

Estrutura Piramidal e relação com a comunidade – as tarefas são divididas e seguem uma estrutura empresarial, na sua base tem muitos "soldados" responsáveis pelas mais variadas atividades que são gerenciados por um integrante de média importância, que são comandados e gerenciados por um boss, as organizações criam um verdadeiro estado paralelo pois realizam uma ampla oferta de prestações sociais (SILVA, 2014, p. 11/13).

3 LEI 12.850/2013

Trataremos agora dos temas tratados em seus 27 artigos, quais são: a investigação e os meios de obtenção de prova, a colaboração premiada, a ação controlada, a infiltração de agentes, o acesso a registro, dados, documentos e informações, os crimes ocorridos na investigação e obtenção de provas e as disposições finais

3.1 Investigação e meios de obtenção de provas

O sociólogo suíço Jean Ziegler se baseando na lição de Eckardt Werthebach[70], entende que:

> A repressão do crime organizado vai bem além da busca da eficiência penal, pois trata-se de uma questão de Estado, a criminalidade organizada influencia secretamente a área econômica, a ordem social, a administração pública e a justiça. Em alguns casos chega a ditar sua própria lei e seus valores à política. Desse modo, a independência da justiça, a credibilidade da ação política e, por fim, a função protetora do Estado de Direito vão desaparecendo.

Juan Munõz Sanches (2014, p.33) anota que:

> A evolução da criminalidade individual para a criminalidade especialmente organizada, que se serve de meios logísticos modernos e está fechada ao ambiente exterior, em certa medida imune aos meios tradicionais de investigação (observações, interrogatórios, estudos dos vestígios deixados), determinou a busca de novos métodos de investigação da polícia.

Maria dolores Delgado García (2014, p.33), na mesma direção:

[70] Citação de fls. 33 do livro Organizações Criminosas – aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13.

> A criminalidade organizada, especialmente a narco criminalidade, tem evoluído extraordinariamente nos últimos tempos, adquirindo estruturas complexas que dispõem de ingentes meios financeiros de origem ilícita e cuja capacidade operativa supera as das clássicas organizações de delinquentes, razão pela qual os meios tradicionais de investigação se mostram insuficientes, ao menos para chegar ao coração das organizações e aproximar-se dos seus chefes e promotores.

Os autores das organizações criminosas se dedicam muito para impedir a obtenção de provas, como por exemplo quando destroem a arma de fogo utilizada, os carros utilizados são roubados e depois queimados, os suspeitos procuram álibis convincentes, e essas formas de impedir a obtenção de provas vem ficando cada vez mais sofisticadas como equipamentos eletrônicos com tecnologia superior aos da polícia. Diante dessas dificuldades uma das saídas encontradas foi a utilização da colaboração premiada do corréu, outra a utilização de agentes infiltrados.

Entende-se que a apuração da criminalidade organizada exige medidas diferenciadas daquelas utilizadas para a repressão da criminalidade tradicional, o que vem conduzindo a restrições de direitos constitucionais, se essas medidas não forem tomadas haverá o risco de que no futuro iniciativas bem mais radicais tenham que ser tomadas, contudo chegamos à conclusão que se não dispormos de algumas garantias processuais não haverá uma persecução efetiva das formas de criminalidade organizada.

Não podemos esquecer que qualquer iniciativa voltada para limitações de garantias processuais é sempre perigosa, por isso é que o que se pretende é adaptar os instrumentos processuais, buscando compatibilizá-los ou flexibilizá-los a esse tema.

É neste sentido que podemos observar tanto no direito processual penal e em todos os outros ramos do direito a necessidade de levar em conta o princípio da proporcionalidade usado para equilibrar essa relação aparentemente contraditória de interesses, para evitar tanto a violação dos direitos fundamentais do particular, como o comprometimento da atividade estatal. Para termos essa noção podemos extrair da própria Constituição federal que de forma implícita disciplinou tratamentos distintos para diversas matérias, como: consentiu a violabilidade das comunicações telefônicas para fins de investigação, considerou inafiançáveis certas formas de crimes, possibilitou a violabilidade do domicílio durante o dia.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal:

> A Constituição não trata a privacidade como direito absoluto (art. 5ª, X, XI e XII). Há momentos em que o direito a privacidade se conflita com outros direitos, quer de terceiros, que do Estado [...]. Deve-se buscar o critério para a limitação. O princípio da proporcionalidade é o instrumento de controle. Deve-se ter em conta a proporcionalidade em concreto.

3.2 Colaboração Premiada

A colaboração premiada emerge do contesto do crime organizado como um dos mais importantes meios de provas, a proeminência desde instrumento de investigação justifica-se porque serve como uma espécie de parâmetro para o eventual uso das outras técnicas excepcionais de investigação.

Conforme menciona FERREIRA a palavra “delação” deriva de “delatione”, do latim, e significa denunciar, revelar crime ou delito; acusar como autor do crime o delito, deixar perceber, denunciar como culpado, denunciar-se como culpado, acusar-se”.

A figura jurídica em apreço soma a este termo o vocábulo “premiada”, que induz à noção de vantagens àquele que procede à delação.

Frederico Valdez Pereira, esclarece que:

> A palavra "prêmio" deve ser aqui entendida como denotação a um "mal menor" que afligirá o indivíduo que, tendo praticado uma conduta punível pelo direito penal, passa a agir em sentido inverso a partir da colaboração, que se destina a diminuir, ou até elidir, a pena prevista para o ilícito outrora cometido (PEREIRA, 2012, p.14).

Nesta mesma direção, Tourinho Filho, também definiu este instrumento:

> Também denominada de 'chamada de corréu', 'delação' ou 'chamamento de cúmplice' ocorre quando no interrogatório o réu, além de reconhecer sua responsabilidade, incrimina outro, atribuindo-lhe participação. Assim, tal instituto está situado no contexto do direito premial, em que o Estado age no sentido de incentivar a conduta dos indivíduos de determinada maneira através de benesses, em detrimento do modelo clássico, em que são as previsões de sanções punitivas que inibem condutas não desejadas (TOURINHO FILHO, 2012, p. 55).

A expressão "direito penal premial" insinua uma contradição, pois que relaciona a ideia de benefício ao ramo jurídico cuja peculiaridade é, justamente, a previsão de penas e sanções mediante a prática de um ato dado como ilícito. É neste sentido que o autor chama o "prêmio" de um "mal menor" imposto ao sujeito que, após a realização de uma conduta condenável, se empenha na prática de uma contra conduta capaz de, em alguma medida, compensar a ação anterior, de maneira a obter a minoração da sua pena. Nesta esteira, o autor aduz que a expectativa de prêmio não possui a natureza de uma contraprestação, mas sim é uma consequência à atuação positiva no âmbito do processo penal, qual seja a colaboração.

Nesta linha, a noção de prêmio não é expressão de um valor moral positivo, mas sim, o reflexo de um objetivo político-criminal; desse modo não responde a uma racionalidade concernente ao valor, mas a uma racionalidade relativa ao propósito. A escolha de campo feita pelo colaborador e que interessa em concreto à investigação é aquela que produz efeitos práticos no plano do esclarecimento dos fatos apurados e não, a que eventualmente possa se operar no aspecto valorativo de abandono da organização criminal em prol dos valores jurídicos estatais, motivo pelo qual o termo mais apropriado para designá-lo seria "incentivo". Assim, o direito penal premial se ampara mais na ideia de estímulo à conduta colaborativa do que na premiação, vez que se trata, sobretudo, de instrumento de política criminal, que subverte a relação clássica entre direito e processo, tendo em vista que eleva um elemento processual a um patamar que interfira no juízo de valoração dos fatos e dos direitos.

Neste sentido, a importância que este trabalho pretende atribuir a esta figura jurídica diz respeito, justamente, à ideia de se compreender a organização criminosa em seu interior, a partir do que se espera desvendar como funciona, quem realmente está envolvido, em quais regiões – entenda-se "regiões" em seu mais amplo sentido – quais condutas são cometidas, até onde e que ponto surtem efeitos, mesmo porque, como assevera MORO, "no que se refere à criminalidade complexa, somente quem tem conhecimento sobre a atividade criminal, com condições de providenciar informações e provas relevantes, são, em geral, os próprios criminosos".

Assim, o intuito desta construção é demonstrar que no âmbito das organizações criminosas, em que se verifica a existência de uma série de características que as tornam especialmente complexas, a colaboração premiada apresenta-se ao Estado como uma solução advinda da colaboração do próprio criminoso.

Vale dizer que, diante de uma estrutura criminosa dotada de tamanha organização, hierarquia, disciplina e aparato tecnológico, a opção de proceder a uma investigação a partir de alguém que conhece de perto a organização tende a ser proveitosa à persecução penal.

Nas afirmações de Francisco Sanniti Neto[71]:

> O instituto em questão constitui a maior evolução trazida pela Lei 12.850/13 em termos de investigação criminal. A colaboração premiada é um acordo realizado entre o Delegado de Polícia (ou membro do Ministério Público) e o investigado, que objetiva a consecução de resultados. Caso o investigado colabore efetivamente com a investigação, poderá ser beneficiado com o perdão judicial, ou seja, terá declarada extinta a sua punibilidade, ter sua pena reduzida em até dois terços ou substituída por outra pena restritiva de direitos.

Na lei nº 12.850/13, procurou o legislador brasileiro disciplinar a colaboração processual, por ele denominada de colaboração premiada, na sua real dimensão, como sugerido pelo Grupo de Trabalho "Crime Organizado e Narcotráfico", que atuou junto a Comissão Mista do Congresso Nacional em 2002, e seguindo a tendência internacional. A lei prevê o controle judicial sobre a disponibilidade total ou parcial da ação penal e sobre a diminuição da pena na fase de execução.

Continuando com os ensinamentos de Francisco Sannini Neto[72], cabe ressaltar:

> Com o intuito de preservar a imparcialidade do juiz, o § 6º, do artigo 4º, determina que ele não poderá participar da formalização do acordo, sendo responsável apenas pela sua homologação, desde que preenchidos os requisitos da Lei. Tal previsão constitui para alguns uma hipótese de disposição de um direito fundamental. Como é cediço, o direito ao silêncio está incluído na ampla defesa (esfera negativa) e no direito de não produzir provas contra si mesmo (nemo tenetur se detegere). Entendem que esse direito não está entre aqueles que são indisponíveis. Com efeito, o colaborador não poderá mentir, sob pena de responder pelo delito de falso testemunho. Sobre o tema, muito se discute na doutrina se o acusado teria o direito de mentir amparado pelo princípio da não-autoincriminação. O que seria absurdo, pois o fato de o acusado não ser obrigado a dizer a verdade, não significa que ele tem o direito de mentir.Se a colaboração do investigado for prestada posteriormente à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos (art. 4º, § 5º). Feitas essas considerações, podemos concluir esse ponto focando nossa atenção nas atividades de polícia judiciária relacionadas ao tema. Em estreita síntese, sempre que o Delegado de Polícia estiver conduzindo uma investigação que envolva organização criminosa, poderá efetivar o acordo de colaboração premiada com um dos investigados. Assim, deve ser elaborado um termo de colaboração que deverá ser formalizado com a assessoria de um advogado, onde o Delegado de Polícia estabelecerá as condições de sua proposta e os resultados esperados com o acordo, sem prejuízo dos demais requisitos previstos no artigo 6º.Após, o termo deverá ser encaminhado ao Poder Judiciário que abrirá vistas ao Ministério Público. Consigne-se que o pedido de homologação será distribuído de maneira sigilosa, não podendo conter informações que possam identificar o colaborador ou o objeto da colaboração, sendo que o Juiz competente deverá decidir no prazo de 48 horas. Homologado o acordo, o Delegado de Polícia poderá dar início aos procedimentos que objetivem os resultados constantes no caput do artigo 4º da Lei, sendo a oitiva do colaborador indispensável à consecução desse fim. No desenrolar da investigação e até o seu final, o Delegado de Polícia pode, a depender da eficácia da colaboração prestada, representar pela concessão de perdão judicial, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial (art. 4º, § 2º). Para tanto, a Autoridade de Polícia Judiciária deverá demonstrar os resultados obtidos por meio da colaboração, deixando clara a proporcionalidade existente entre os meios e os fins atingidos. Por tudo isso, vemos que a colaboração premiada será um instrumento de grande eficácia no combate ao crime, especialmente porque poderá ser utilizada pelo Delegado de Polícia, que é o primeiro representante do Estado a ter contato com a infração penal e seu criminoso, podendo agir prontamente para evitar novos crimes e desarticular a organização criminosa (SANNINI NETO)..

Ante análise do referido instituto da Colaboração Premiada, podemos constatar que tal

---

[71] Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo%2cnova-lei-das-organizacoes-criminosas-e-a-policia-judiciaria%2c44769.html

[72] Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo%2cnova-lei-das-organizacoes-criminosas-e-a-policia-judiciaria%2c44769.html.

instituto deve ter preenchido uma serie de requisitos, o Juiz tem que ser imparcial, sua formalização é feita pelo Delegado da Polícia Judiciaria ou pelo Ministério Público, ao final homologada pelo Juiz.

Vale ressaltar que o colaborador antes de tudo tem o direito de permanecer em silêncio, porém se decidir se manifestar tem o dever de informar somente e verdade, depois essa colaboração deve passar por uma analise com o intuito de verificar se realmente foi útil ao desvendamento do caso concreto, se então depois de tal constatação for verificado que a colaboração ajudou a elucidar o caso em questão, o colaborador terá os benefícios previstos na Lei 12.850/13.

3.3 Ação Controlada

A ação controlada por policiais consiste numa estratégia de investigação que possibilita aos agentes policiais retardarem suas intervenções em relação a infrações em curso, praticadas por organizações criminosas, para acompanhar os atos de seus membros até o momento mais apropriado para a obtenção da prova e efetuar suas prisões. O tratamento legal dessa técnica de obtenção da prova, além de evitar que agentes policias sejam responsabilizados penalmente pelo deliberado retardamento de suas condutas, ante a constatação de práticas delituosas em curso, visa possibilitar maior êxito na colheita dos elementos de prova, através da eleição do melhor momento para intervir nos atos praticados pelos integrantes da organização criminosa.

Trata-se de um instituto usado pela Polícia para ter maior eficácia em suas atuações, se para conseguir um êxito elevado houver a necessidade de retardar algum ato que deveria ser feito pelo Policial para alcançar um êxito maior este estará com o instituto da ação controlada resguardado.

3.4 Infiltração de Agentes

Consiste numa técnica de investigação criminal ou de obtenção de provas da qual um agente, com autorização judicial, se infiltra numa organização para obter informações sobre o seu funcionamento.

No Brasil essa infiltração é disciplinada pela Lei 10.217/01[73] que diz:

> Art. 2º em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação das provas: [...] V – infiltração por agentes da polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituídas pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

O artigo 33 da Lei 10.409/02[74] também tratou do instituto:

> Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei 9.034/95, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I – infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações.

Na Lei de Drogas:

[73] Disponível em: www.planalto.gov.br
[74] Disponível em: www.planalto.gov.br

> Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes.

E a Lei 12.850/13:

> Art.10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

Para a utilização deste instituto, três são os requisitos: indícios da prática de crime de participação em organização criminosa, necessidade da medida como última ratio probatória e os limites da atuação do infiltrado. Isso tudo para evitar os excessos contra direitos individuais em nome dos interesses do estado.

O procedimento só poderá ser iniciado por representação do delegado, caso este em que o juiz deverá colher o parecer do Ministério Público ou então pelo próprio Ministério Público que se quiser poderá requerer autorização para infiltração de seus próprios agentes.

De seis meses é o prazo, sem prejuízo de renovações desde que comprovada necessidade. Esse procedimento deve ser marcado pelo sigilo, sem menções às informações ou aos agentes infiltrados.

Umas das questões mais importantes sobre este instituto é quanto a punibilidade do agente que atua de forma infiltrada, já que para total integração do agente numa organização criminosa a possibilidade dele ter que praticar alguns crimes não pode ser esquecida.

É necessário um equilíbrio neste sentido, uma análise da proporcionalidade entre a conduta do policial infiltrado e o fim buscado, a Lei 12.850/13 seguindo uma tendência internacional, levou em consideração o princípio da proporcionalidade, que puni o agente que praticar excessos e deixa de punir uma ação quando for inexigível conduta diversa da praticada.

A doutrina brasileira traz aqui algumas consequências dessa infiltração de agente quanto ao flagrante, o que é pacificamente aceitável é o chamado flagrante esperado que é quando alguém, ciente da iniciativa criminosa por parte de outrem tão somente aguarda a conduta, tomando as devidas cautelas para surpreendê-lo, deste flagrante pode surgir duas consequências: tratando-se de crime formal ou de mera conduta, cuja consumação é instantânea bem como de crime de perigo, que não exige a efetivação do dano, há integração de todos os elementos do tipo e, dessa forma, crime consumado; quando se tratar de crime material que exige a efetividade do dano, haverá infração tentada, uma vez que as cautelas tomadas impedem a consumação do dano; em ambas as condutas existe a possibilidade da prisão em flagrante.

O que não acontece no chamado flagrante provocado ou preparado que é quando alguém, insidiosamente, provoca outrem para a prática de um crime e, simultaneamente, toma medidas para prendê-lo na execução da infração, a consequência desse flagrante não é pacífica, porém a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que "não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".

Quanto a valoração das palavras do agente, o juiz deve ao considerar a prova testemunhal do policial que atuou de forma infiltrada estar atento a dois elementos: a comprovação do seu depoimento por outros meios de provas, salvo a impossibilidade de fazê-lo e a inexistência de interesse em afastar eventual ilicitude em suas diligências.

A palavra do agente infiltrado tem relevância para a acusação porém deve ser usar outros elementos de provas que devem ser buscados durante a obtenção de provas.

O agente infiltrado tem direitos que devem ser levados em conta, tais como: recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada antes os riscos inerentes a sua função, ter sua identidade alterada, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas, ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo, salvo decisão judicial em contrário e não ter sua identidade revelada nem ser fotografado ou filmado sem sua prévia autorização.

3.5 Provas

O art. 15 da Lei 12.850/13 dispõe que:

> A delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Quando o representante da empresa requisitada se recusar a injustificadamente de fornecer essas informações poderá caracterizar o crime previsto no artigo 21 da mesma lei que diz:

> Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, curso de investigação ou do processo. Pena – reclusão de seis meses a dois anos, e multa. § único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta lei.

Um eficiente meio de prova que vem sendo muito usado e a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, porém existes requisitos para seu uso, que são: indícios suficientes de autoria ou participação em infração penal; impossibilidade de a prova ser feita de outra forma; o fato criminal constituir infração penal punida com reclusão e quando se tratar de medida cautelar o juiz deve analisar o periculum in mora. Devemos lembrar que quem realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça sem autorização judicial está cometendo um crime punido com reclusão de dois a quatro anos e multa.

Um outro meio de prova é o acesso a informações fiscais, bancárias e financeiras, dado que vultosos ganhos ilícitos acabam por desaguar em diversas contas bancárias e aplicações financeiras, geralmente em paraísos fiscais, da mesma forma informações prestadas ao Fisco já que por diversas vezes a evolução patrimonial está diretamente relacionada com o seu enriquecimento ilícito.

Também utilizado como meio de obtenção de prova a cooperação entre instituições, acaba sendo mais um tipo de estratégia que pode possibilitar a obtenção de provas constantes nos arquivos dos entes estatais referidos.

Algo que surgiu em razão dos meios de obtenção de provas foram os crimes ocorridos na investigação ou obtenção da prova, a Lei 12.850/13, tratou deles: artigo 18, revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito é punido com pena de reclusão de um a três anos, e multa. Trata-se de crime instantâneo consumado com a revelação da identidade ou com a obtenção da imagem do colaborador, via fotografia ou filmagem, admite-se a tentativa se a revelação não se consumar por circunstâncias alheias à vontade do autor. Artigo 19, imputar falsamente, sob pretexto de colaboração a prática de infração penal a pessoa inocente, ou revelar informações sobre a estrutura da organização criminosa que sabe inverídicas, crime de consumação instantânea.

O artigo 20 dispõe do crime acerca da conduta de quebra do sigilo das investigações, é um crime comum, o sujeito passivo é o Estado e eventualmente o agente que atua de forma infiltrada, a vontade livre e consciente de quebrar o sigilo das investigações caracteriza o elemento subjetivo do tipo, o crime admite tentativa.

Outro crime seria o de recusa de informações às autoridades, disposto no artigo 21, a lei prevê como crime tanto a forma comissiva como a forma omissiva, trata-se de crime próprio, o elemento subjetivo é o dolo e o crime admite tentativa sendo pouco provável. No seu parágrafo único existe também o crime de violação de dados cadastrais, ele faz menção ao apossamento que seria o ato físico em relação aos documentos, a propagação que é qualquer tipo de propagação ou divulgação em massa dos documentos e fazer uso e tirar proveito dos dados cadastrais, é um crime comum.

3.6 Alterações trazidas pela Lei 12.850 no âmbito processual

Quando se tratar de apuração da criminalidade organizada o procedimento adotado será o ordinário, mesmo as infrações conexas, com procedimentos especiais previstos em leis especiais ou no próprio código de processo penal, serão apuradas pelo procedimento ordinário. A única exceção são os crimes dolosos contra a vida de competência do Tribunal do Júri.

Como os crimes que envolvem organizações criminosas são extremamente complexos a tendência da jurisprudência é pela dilação do prazo para o término da instrução se amparando no princípio da razoabilidade que mostra que a razoável duração do processo não pode ser considerada de maneira isolada e descontextualizada das peculiaridades do caso concreto.

O legislador também alterou o tipo penal do antigo crime de quadrilha ou bando que agora é o crime de associação criminosa, qual seja, associarem-se três ou mais pessoas para o fim especifico de cometer crimes. É uma forma de aplicação subsidiária já que ausente o requisito estrutural para a tipificação do crime de participação em organização criminosa, é possível cogitar o de associação criminosa. O crime de associação criminosa trata-se de crime comum, o elemento subjetivo é o dolo, o concurso é necessário, o crime é formal, o crime é instantâneo e a consumação se dá com a adesão à associação, não cabe tentativa.

O legislador também aumentou a pena do crime de falso testemunho ou falsa perícia. Contudo restou também a revogação da lei 9.034/95 que tratava da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

CONCLUSÃO

Como conclusão não podemos negar a existência de diversas Organizações criminosas espalhadas pelo mundo todo, inclusive pelo Brasil.

Movimentos que começaram a surgir por volta do século XVI restam vivas até hoje com algumas modificações claro, porém com o mesmo intuito de se instalarem como um verdadeiro Estado Paralelo, buscando lucro fácil advindo de delitos e impor suas regras através de ameaças e violência, buscando o apoio das comunidades locais fazendo com que a repressão contra elas se torne algo ainda mais difícil.

A origem deu-se a muito tempo das mais variadas formas, desde movimentos populares, em sua maioria, visando combater os abusos dos governantes e até mesmo com a finalidade de atuar onde o Estado é ausente ou ineficaz, funcionando como verdadeiro poder paralelo nos dias atuais. E até hoje não param de se modificar e atualizar restando inegável o seu poder de destruição.

Com diferentes ou semelhantes formas de serem tratadas e punidas existem em vários ordenamentos jurídicos deixando clara a sua existência por todo o mundo e clara ainda a

preocupação de todos em reprimi-las.

Durante muito tempo existiu uma verdadeira lacuna legal, que veio sendo preenchida com o passar dos anos e o advento de várias leis, até chegarmos a Lei nº 12.850/13, a mais severa até então, com resquícios da Teoria do Direito Penal do Inimigo, porém para combater o crime organizado, de nada adiantam leis mais severas se não forem devidamente cumpridas.

O legislador também alterou o tipo penal do antigo crime de quadrilha ou bando que agora é o crime de associação criminosa, qual seja, associarem-se três ou mais pessoas para o fim especifico de cometer crimes. É uma forma de aplicação subsidiária já que ausente o requisito estrutural para a tipificação do crime de participação em organização criminosa, é possível cogitar o de associação criminosa.

Consequentemente, a população, principalmente as de camadas mais desfavorecidas, diante do descaso estatal, torna-se importante aliada dos membros dessas facções, as organizações criminosas também se aproveitam da ausência do Estado em aspectos sociais fundamentais e assume uma posição protetora, conseguindo conquistar a simpatia de uma determinada classe social desfavorecida que acaba compreendendo até mesmo a forma violenta com que essas organizações agem.

Isso demonstra a institucionalização do crime, onde as Organizações Criminosas acabam por constituir um Estado próprio, fruto, ora do esquecimento, ora dos abusos praticados pelo governo, e exercer funções inerentes ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

É neste contexto que surgi a ideia de usar uma outra teoria buscando traçar uma nova visão do Direito Penal, a Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Por um lado tem-se o Direito Penal do Cidadão, repressivo e garantista, que se baseia nos princípios que lhe são inerentes.

De outro o Direito Penal do Inimigo, no qual algumas garantias processuais são suprimidas, estribando-se na prevenção de delitos praticados não por cidadãos, mas por inimigos do Estado.

Neste contexto, o Direito Penal do Inimigo seria uma espécie de mitigação de garantias processuais aplicadas aos criminosos que atentem diretamente contra o Estado Democrático de Direito.

Entretanto o que não devemos esquecer é da proporcionalidade, ao pesar valores, deve-se imaginar uma balança, na qual de um lado colocam-se os direitos fundamentais individuais como devido processo legal, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, do outro se depositam os direitos fundamentais coletivos, como a segurança e a devida proteção integral. O lado que mais pesar deverá prevalecer quando houver conflito de interesses.

Parece razoável fazer prevalecer os interesses da sociedade em detrimento dos interesses e direitos individuais dos membros de Facções Criminosas, em busca da efetiva tutela da coletividade.

Conclui-se então que as Organizações Criminosas cada vez mais dominam territórios impondo suas próprias leis e para acabar com esse poder paralelo que exercem, há que se ter uma junção de esforços tanto do Executivo, Legislativo e Judiciário quanto da população de um modo geral.

REFERÊNCIAS

ANDRADE. Wemerson Pedro de. **Organização criminosa: Por uma melhor compreensão.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8714&revista_caderno=3. Acessado em**: 21.08.2016**

ÁVILA, Humberto Bergmann**. Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2010. (Monografias / IBCCRIM ;)

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As ciências criminais no século XXI).

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento crimina**l; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 30 maio. 2015.

CALLEGARI. André Luiz. **Direito Penal do Inimigo – noções e críticas.** Disponível em: http://www.esmeg.org.br/pdfMural/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acessado em: 21. 08. 2016.

FILHO, Vicente Greco. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/13**. Edição Digital. Editora Saraiva, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Organização Criminosa: Um ou Dois Conceitos?** Disponível em: http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direito-criminal/artigo-prof-luiz-flavio-gomes-organizacao-criminosa-um-ou-dois-conceitos-. Acesso em 10 de maio de 2015.

JESUS, Damásio Evangelista de. ***Criminalidade Organizada*; tendências e perspectivas modernas em relação ao Direito penal transnacional.** São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. RT. 2010.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. ***Crime Organizado; aspectos gerais e mecanismos legais***. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MIRANDA, Eliana Cristina Fernandes de. **Nova Lei de organização criminosa trouxe ferramentas contra o crime.** Disponível em: www.conjur.com.br/2014-jun-25/lei-organização-criminosa-trouxe-ferramentas-crime. Acessado em 21.08.2016

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11 .ed. rev.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NETO. Francisco Sannini. Nova Lei das organizações criminosas e a Polícia Judiciária. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo%2cnova-lei-das-organizacoes-criminosas-e-a-policia-judiciaria%2c44769.html. Acessado em 21.08.2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Leis penais e processuais comentadas***. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Organização criminosa: comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PANHOZA. João Vitor Serra Netto. **Nova Lei de organização criminosa trouxe ferramentas contra o crime.** Disponível em: www.conjur.com.br/2014-jun-25/lei-organização-criminosa-trouxe-ferramentas-crime. Acessado em 21.08.2016

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento.**

Curitiba: Juruá Editora, 2013.

PINHEIRO. Raphael Fernando. A teoria do Direito Penal do Inimigo sob a perspectiva do contrato social. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11334&revista_caderno=3. Acessado em 21.08.2016

ROMANO, Rogério Tadeu. **O Crime de Organização Criminosa**. Disponível em: http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina335-o-crime-de organizacao-criminosa.pdf. Acesso em 10 de maio 2015.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas – aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. 1º edição. Editora Atlas, 2014.

SOUZA, Alexis Sales de Paula e. **A Convenção de Palermo e o Crime Organizado.**Disponívelem:ttp://www.conjur.com.br/2007ago14/conceito_organizacao_criminosa_direito_comparado?pagina=4, acesso em 10.05.2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo:Saraiva, 2012. v. 3.

TOLENTINO NETO, Francisco. **Histórico do Crime Organizado**. In: Crime Organizado. Coord. MESSA, A. F. CARNEIRO, J. R. G. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO SISTEMA ATUAL BRASILEIRO E SEUS REQUISITOS

SOCIAL SECURITY IN THE CURRENT BRAZILIAN SYSTEM AND ITS REQUIREMENTS

Natália Francisca da Silva[75]
Marcelo Divino de Oliveira[76]

RESUMO
Esta monografia trata da efetividade da qualidade do segurado no regime geral de previdência social, considerando desde o momento de sua inscrição ou filiação. O foco do tema volta-se essencialmente aos direitos fundamentais de caráter social, que ligados a certos princípios constitucionais atuam para garantir que o segurado da previdência social, nos momentos de incapacidade para desenvolver suas atividades habituais, sejam amparado financeiramente e emocionalmente. Iniciamos o estudo da qualidade de segurado, com um breve estudo do instituto da previdência social, trazendo sua evolução histórica no mundo jurídico internacional e Brasileiro, abordando principalmente sua relação com a seguridade social. Na presente monografia, buscar-se um tratamento isonômico e adequado para os segurados da previdência social, cumprindo efetivamente os princípios constantes na Constituição da República. Portanto, o presente tema objetiva demonstrar meios para garantir os direitos aos segurados da previdência social, em caso fortuito, como desemprego, doença, incapacidade, morte, entre outros. Que tais benefícios sejam estabelecidos de forma imediata, para que os segurados não necessitem de recorrer ao judiciário para garantir seus direitos, que devido à demanda no poder judiciário podem levar anos para ver seus direitos reconhecidos, desta forma buscando sempre uma melhor solução para dirimir o conflito.
Palavras-chave: Manter a Qualidade. Previdência social. Segurado.

ABSTRACT
This monograph deals with the effectiveness of the quality of the insured in the general social security scheme, considering from the time of registration or membership. The theme of the focus turns essentially on the fundamental rights of a social nature, which related to certain constitutional principles act to ensure that the insured of social security, in times of inability to develop their usual activities, are supported financially and emotionally. We started studying the quality of insured, with a brief study of the social security institute, bringing its historical evolution in the international and Brazilian legal world, addressing mainly their relationship to social security. In this monograph, get yourself a isonomic and treatment for policyholders welfare, effectively fulfilling the principles contained in the Constitution. Therefore, the objective of this theme demonstrate means to guarantee the rights to insured welfare in unforeseeable circumstances, such as unemployment, illness, disability, death, among others. That such benefits are established immediately so that policyholders do not need to resort to the judiciary to ensure their rights, that due to the demand in the judiciary can take years to see their rights recognized in this way always looking for a better solution to resolve the conflict.
Keywords: Insured. Maintain Quality Social Security.

INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico tem como tema a Previdência social no Sistema atual Brasileiro e os seus requisitos, destacando sua base e os procedimentos a serem adotados para que se garanta uma maior duração no sistema Brasileiro.

Sua forma de abordagem será exposta conforme alguns princípios jurídicos gerais trazidos pelo ordenamento jurídico Brasileiro, bem como rezam os ditames da Constituição Federal de 1988 em conjunto a normas infraconstitucionais e diretrizes de políticas públicas.

Assim, buscam-se apontar os direitos e as garantias fundamentais previstos no texto constitucional, notadamente os direitos e alguns benefícios, em que os segurados da Previdência social possuem, bem como abordando também aos benefícios que os dependentes

[75] Graduada em direito pela FAQUI, 2016.
[76] Possui graduação em Bacharelado em Direito pela Universidade de Rio Verde (2007). Atualmente é advogado e sócio-proprietário do escritório - FAUSTINO & OLIVEIRA ADVOCACIA e professor da FACULDADE QUIRINÓPOLIS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Processo Civil, Direito Empresarial.

dos segurados têm direito.

A presente monografia demonstra como os trabalhadores mantém sua qualidade de segurado, como ocorre sua filiação e inscrição junto a Previdência social, no ordenamento jurídico e ainda qual lapso temporal de contribuições para que não ocorra a perda de sua qualidade de segurado, o que seria muito ruim para o trabalhador e sua família, caso venham a necessitar de assistência da Previdência social em determinados momentos de sua vida.

Dessa forma, este Trabalho monográfico encontra-se dividida em três capítulos. No primeiro capítulo foi feito um breve histórico e evolução da Previdência social no Brasil e no mundo, traçando seu conceito e seus princípios informadores previstos atualmente no ordenamento jurídico Brasileiro.

No segundo capítulo serão demonstrados os diversos tipos de benefícios do Regime Geral da Previdência social, fazendo uma diferenciação dos benefícios estabelecidos em favor dos dependentes do segurado, e aqueles benefícios em favor dos próprios segurados.

No terceiro capítulo, explicitar-se-á sobre a manutenção e perda da qualidade de segurado junto a Previdência social Brasileira, abrangendo o conceito de segurado, como suas categorias, tema principal do presente trabalho.

Destacando-se como funciona o Regime Previdenciário Brasileiro, estabelecendo quanto tempo de carência que o segurado pode ficar sem contribuir para a Previdência, e mesmo assim tem direito ao recebimento do benefício pleiteado junto a Previdência social.

Esta pesquisa foi realizada por intermédio de estudo bibliográfico em que serão observados detalhes objetivos e subjetivos do tema em análise e as várias linhas de pensamento auxiliares para o entendimento desta monografia.

A abordagem desta pesquisa, por se tratar de atividade meramente teórica, realiza-se através do método hipotético-dedutivo e o método de procedimento utilizado neste estudo é o dogmático jurídico, aplicável especificamente no Direito, com análise de doutrinas, jurisprudências e legislações.

1 PARTE HISTÓRICA

1.1 A Previdência social e sua evolução histórica

Neste primeiro capítulo, será feito um breve histórico sobre a previdência social Brasileira, citando sua origem, as legislações passadas, trazendo também, uma conceituação lógica, e como foram criadas as Leis Federais 8.212 e 8.213 de 1991, que regulamentam o presente tema, também são mencionados alguns princípios que baseiam a Previdência social.

Para um melhor esclarecimento do instituto, iniciaremos a história no período anterior ao nascimento e surgimento da Previdência social, com suas primeiras formas de proteção.

Desde o início encontramos sinais de responsabilidade coletiva entre os homens, os quais sofriam as consequências das adversidades. O doutrinador Feijó Coimbra, lembra que:

> As primeiras manifestações de proteção social se assinalam em épocas recuadas, pois em Teofrasto (228 a. C..) encontra-se referência à associação existente na Hélade, cujos membros contribuíam para um fundo, à conta do qual era prestado socorro aos contribuintes que viessem a ser atingidos pela adversidade. Em Roma existiram associações de finalidades similares, dedicadas à proteção de seus membros [...] ao lado de instituições de caridade chamadas *brephotrophium, orphanotrpphium, gerontocomium, xenodochium, nosocômio* (coimbra, 2012, p. 132).

Naquele tempo as chamadas "*pater*" famílias romanas, eram uma forma de associação, seus membros contribuíam, tinham como obrigação cuidar de seus servos e clientes, importante lembrar que na época, as sociedades tinham como base a escravidão e depois no

colonato, estes ficavam sob a responsabilidade de seus senhores, caso não conseguisse arcar com sua própria subsistência.

Alguns anos mais tarde, com a chegada do Cristianismo, por volta dos anos 30 d. C., foi compartilhada a ideia que todos os homens da terra eram igualmente filhos de Deus, desde então a sociedade *"passou a ter por essência ensinar ao homem que tem deveres de justiça e de benevolência para com o estrangeiro e até para com o inimigo"*, nas palavras do doutrinador e historiador Coulanges (1996, p. 109), desenvolvendo-se assim o assistencialismo e o solidarialismo.

Posteriormente a este período na Idade Média, por volta do século VII, encontramos as chamadas *confrarias ou guildas*, as quais eram associações com finalidade religiosa, estas associações eram caracterizadas como *"sociedades de pessoas da mesma categoria ou profissão, tendo por finalidade objetivos comuns"*, especificada por Martins (2002, p. 200), onde tais associações tinham finalidades mutualistas e destinavam ao auxílio recíproco entre seus membros.

No final da Idade Média, devido os riscos que algumas categorias de trabalhadores ficavam expostos, como, por exemplo, os mineiros e os marinheiros, surgiu às primeiras notícias de iniciativas na esfera privada, com os seguros de acidentes de trabalho.

Na Inglaterra, em 1601, surgiu a primeira instituição de prestação estatal aos pobres. Chamada de *A Poor Relief Act,* tida como o marco inicial da Previdência social, que era uma contribuição obrigatória com fins sociais, oficializando-se assim a assistência pública, pela cobrança de impostos.

1.2 Breves históricos da Previdência social

Nas palavras de Castro e Lazzari, a evolução histórica da Previdência social, pode ser reduzida nos seguintes termos: "[...] a marcha evolutiva do sistema de proteção, desde a assistência prestada por caridade até o estágio em que se mostra como um direito subjetivo, garantido pelo Estado e pela sociedade a seus membros [...]" (CASTRO; LAZZARI, 2004, p. 112).

O doutrinador Martinez (1985, p. 32) classifica a evolução em duas fases principais: a fase da pré-história da previdência e a fase da história propriamente dita. Estabelecendo como marco divisório entre as duas fases, o ano de 1883 com o doutrinador Otto Von BismarcK, na Alemanha, em relação ao mundo.

Durante a fase pré-história da Previdência social, não existia uma proteção social por parte do Estado, e toda a proteção ao trabalhador neste período, era prestada por meio de mútua assistência ou caridade.

Martinez cita que a proteção recebida por esses trabalhadores era oferecida por modalidades com origem religiosa ou profissional, praticadas da seguinte forma: "[...] por associações, corporações, grêmios, primórdios de sindicatos, irmandades, homens reunidos em mútua cooperação, geralmente envolvendo certas ocupações organizadas" (MARTINEZ, 1985, 32).

Após um longo período com o advento da Revolução Francesa, passou a ser outorgada ao Estado a responsabilidade em relação às pessoas doentes e financeiramente carentes.

Neste período o Estado não tinha permissão de uma efetiva intervenção, pois não podia intervir na liberdade individual de cada indivíduo. Somente podia prestar assistência, sem nenhum tipo de exigência de contribuição por parte da sociedade.

Eli Andrade, preceitua que: "[...] o primeiro tipo de proteção social que se pode reconhecer no mundo é o tipo liberal, em que predomina a assistência aos pobres enquanto uma preocupação do Estado. Então, o Estado dá assistência; e o mercado, o resto" (ANDRADE,

2003, p. 191).

Rocha ao se referir aos modelos de proteção social ditados pelo pensamento liberal, diz que:

> Como decorrência dos postulados liberais e individualistas, os quais desaconselhavam a atuação do Estado no sentido de combater as necessidades sociais, resultavam os limitados instrumentos de proteção social, tais como a assistência social privada e pública, a poupança individual, o mutualismo e o seguro privado (ROCHA, 2004, p. 435).

Anos mais tarde surgiu uma nova forma de proteção social na história da Previdência social propriamente dita.

Mas antes de adentrarmos na história da Previdência social, nas palavras de Leite (1978, p. 116), conseguimos conceituar proteção social como sendo: "[...] o conjunto de medidas de caráter social destinadas a atender certas necessidades individuais que, não atendidas, repercutem sobre os demais indivíduos e, em última análise, sobre sociedade".

A ideia de Previdência social no Mundo teve como base a Lei Imperial de 15 de julho de 1883, a qual foi criada na Inglaterra, e passou a ser instituído o seguro-doença aos trabalhadores daquela época.

O surgimento da Previdência social se deu tecnicamente da conjugação do Estado (obrigatoriedade) com as ideias atuais do seguro privado e dos mecanismos do mutualismo profissional.

Para o melhor entendimento do surgimento da Previdência social, torna-se necessária uma noção exata do termo de seguro, verificada na lição de Martinez:

> A ideia fundamental do seguro consiste em certa pessoa, por sua vontade livre, no privado – e forçada no público – privar-se momentaneamente de importância em dinheiro (forma de aporte, chamado de prêmio), socialmente reunida e responsável pela reparação de dano, previamente descrito (na apólice), sofrido (sinistrado) pelo contribuinte ou pessoa por ele designada (MARTINEZ, 1985, p. 133).

Já a evolução do termo Previdência social, se deu com o Plano Beveridge, o qual foi um momento muito importante, onde o plano trouxe uma universalização, ou seja, a amplitude necessária para que fossem alcançadas todas as classes com participação de forma compulsória.

Neste momento, surgiu a noção de solidariedade, com a criação de um fundo único, o qual obedecia a um regime previdenciário denominado de Repartição. Surgindo daí, a Previdência social com uma forma semelhante com a que conhecemos hoje, que segundo alguns doutrinadores, antes os planos previdenciários obedeciam a um sistema chamado de capitalização, isto é, havia apenas a contribuição dos trabalhadores, numa poupança individual, diferentemente do atual sistema.

Mauro Ribeiro Borges aduz que:

> A partir do trabalho de Beveridge, [...], a proteção social se deve dar, não somente ao trabalhador, mas também de modo universal a todo cidadão, independente de qualquer contribuição para o sistema. Seu financiamento deveria se dar através de impostos gerais. Segundo esta corrente, a responsabilidade do Estado é maior, com o orçamento estatal financiando a proteção social dos cidadãos (BORGES, 2006, p. 34).

Com base no pensamento exposto, surgiu então a chamada Seguridade Social, incluindo a Previdência como uma de suas vertentes.

No Brasil, o marco inicial da Previdência social, ocorreu em 24 de janeiro de 1923, com a instituição do Decreto Legislativo nº. 4.682, denominada de Lei Eloy Chaves. Com a referida norma, foram criadas no Brasil as Caixas de Aposentadorias e Pensões de categoria profissional

dos ferroviários, as CAPs, e com o passar do tempo vieram várias outras, alcançando um grande número de categorias profissionais.

No entendimento de Mariana Batich:

> As Caps expandiram-se para outras categorias funcionais assalariadas, chegando a serem instaladas cerca de 180 caixas de aposentadorias no Brasil. A ordem de criação deste tipo de instituição previdenciária sempre foi determinada pela capacidade de mobilização e reivindicação dos trabalhadores por melhores condições de trabalho. Assim, o fato de os trabalhadores de ferrovias terem inaugurado o sistema deve-se menos à importância, para a economia nacional das atividades que desenvolviam, baseadas na exportação de produtos primários, do que à sua capacidade de mobilização para reivindicações de natureza trabalhista. Por este motivo, a previdência para o trabalhador rural não era cogitada, embora fosse elemento fundamental na produção do café, principal produto de exportação do país (BATICH, 2004, p. 189).

Segundo Martinez, a Lei Eloy Chaves, assegurava os seguintes benefícios:

> O plano de benefícios previa: a) aposentadoria ordinária e por invalidez; b) Pensão por morte; c) assistência médica para os beneficiários; d) medicamentos a preço reduzido. Aposentadoria ordinária era concedida ao empregado com mais de trinta anos de serviço e um mínimo de cinquenta anos de idade (MARTINEZ, 185, p. 112).

Com o passar dos anos, devido à falta de fiscalização, ocorreram várias fraudes e denúncias de corrupção em relação à concessão de benefícios. Com a dificuldade financeira nas CAP's, surgiram os IAP's (Institutos de Aposentadorias e Pensões), as quais abrangiam uma categoria profissional em âmbito nacional, e não mais por empresa.

A primeira forma de custeio dos referidos Institutos, apareceu no texto constitucional de 1934, trazendo uma forma tripartite de custeio: contribuição dos trabalhadores, dos empregados e do Poder Público.

Contudo, não havia no Brasil um sistema igualitário e único. Mesmo com a criação e promulgação da Lei Orgânica da Previdência social, nº: 3.807 de 1960, não houve unificação dos institutos.

Somente no ano de 1967, surgiu a unificação dos IAP's, com a criação do Instituto Nacional de Previdência social – INPS, com o advento do Decreto – Lei nº 72.

Com a criação do INPS, o sistema previdenciário Brasileiro foi unificado, englobando todos os IAP's em uma só instituição e eliminando todas as diferenças existentes entre esses institutos. Tempo depois o INPS, foi substituído pelo SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, através da Lei Federal nº 6.439 de 1977.

Segundo Castro e Lazzari, as SINPAS, na qual faziam parte várias autarquias, tinham suas atribuições divididas da seguinte forma:

> a) IAPAS – Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social, que ficava encarregado da arrecadação e fiscalização das contribuições; b) INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência social, para atendimentos na área de saúde; c) INPS – apenas para pagamento e manutenção dos benefícios; d) LBA, para atendimentos aos idosos e gestantes; e) FUNABEM, para atendimento dos menores carentes; f) CEME – Central de Medicamentos, para oferecer medicamentos a preço reduzido; g) DATAPREV – banco de dados do sistema previdenciário (LAZZARI, 2004, p. 141).

Em 1990, a Lei Federal nº 8.029, extinguiu o Ministério da Previdência e Assistência Social e restabeleceu o Ministério do Trabalho e da Previdência social e foi criado o Decreto nº 99.350, de 27 de junho de 1990, a qual deu origem ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, mediante a fusão do IAPAS com o INPS.

Assim, a partir de 1988, com a atual Constituição da República, ficou especificado em seu artigo 201, *caput,* que a Seguridade Social é composta por três subsistemas, a Previdência social, a Saúde e a Assistência Social, mas apenas a Previdência é de caráter contributivo, assim para que o direito subjetivo se realize, a Previdência social tem a atribuição de prestar o seguro social.

1.3 A Previdência social e seu conceito

A doutrina moderna diferencia a Seguridade Social da Previdência social, onde especifica que a primeira é um instrumento mais amplo, que abrange outros institutos, como a saúde, a assistência social e a própria Previdência social, e a segunda está destinada à prestação do seguro social, conforme especificado anteriormente.

Martinez (1985, p. 38) desdobra a Previdência social em várias formas em sua obra, e traz características de seguro comunitário, poupança coletiva, aplicação de capitais, geração de rendas, salário diferido, monopólio estatal, política permanente, indenização de danos, entre outras.

Segundo Martinez, especificando tais características, a Previdência social pode ser ao mesmo tempo:

> Um Seguro Social ou Comunitário: o qual se tornou obrigatório, surgiu da união das características do seguro privado com as práticas do mutualismo profissional, e adequou os métodos do seguro privado. Modalidades de reservas: por ser uma poupança coletiva obrigatória, consiste em um investimento em longo prazo. Na aplicação de capitais, por ser um segmento privado consistente em uma investidora institucional, sua atividade é de meio, especificando sua finalidade. Geração de rendas: consiste em virtude do regime de repartição, sendo instrumento de distribuição de rendas. Na concepção Salário Diferido, significava apreensão de parte da remuneração do trabalhador e restituição na forma de benefícios em momento futuro conforme disposição legal. Monopólio estatal era o controle político, sendo uma forma vinculada e obrigatória, não tem o indivíduo à faculdade de gerir sua proteção, já que não tem a mesma liberdade contratual que é característica do seguro privado. Na característica de Política contínua, por ser a Previdência social em privilegiar interesses coletivos torna-se instrumento das políticas de busca contínua do bem estar da coletividade. Por último, a Indenização de danos, significa que diante do sinistro, o indivíduo tem direito a indenização ou reparação de danos causados a quem trabalha, diante ainda de inaptidão decorrente de acidente de trabalho (MARTINEZ, 1985, p. 38)

Segundo Oliveira Neto, Previdência social é:

> A Previdência social é um importante instrumento de segurança social para assegurar a renda ao trabalhador de natureza urbana ou rural que exerça ou não atividade remunerada, quando estiver desempregado, ou quando tiver diminuída ou extinta esta sua renda por motivo de riscos sociais. São os casos de doença, invalidez,morte, inclusive os resultantes de acidentes de trabalho, velhice ou reclusão ou desemprego [...] (OLIVEIRA NETO, 2007, P. 152).

Já Martinez conceitua Previdência social sob o prisma particular de sua finalidade:

> Um Instrumento cujo escopo é a obtenção dos meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta encontra dificuldades de obtê-los ou é socialmente indesejável auferi-los pessoalmente através de trabalho, por motivo de gravidez, maternidade, nascimento, educação, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte – mediante contribuição obrigatória ou facultativa, proveniente genericamente da sociedade e diretamente de cada um dos segurados (MARTINEZ, 1985, p. 132).

Para o doutrinador Sérgio Pinto Martins, o entendimento é de que:

> [...] a Previdência social é eficiente meio de que serve o Estado moderno na redistribuição da riqueza nacional, tendo em mira o bem-estar do indivíduo e da coletividade, prestado, por intermédio das aposentadorias, como forma de reciclagem da mão-de-obra e oferta de novos empregos (MARTINS, 2002, p. 115).

Todos os conceitos acima esposados consideram que a Previdência social é um subsistema da Seguridade Social que, mediante contribuição, assegura a manutenção da dignidade da pessoa quando atingida por algum evento previsto em Lei, sendo gerador de proteção social, sendo que, este evento, ensejou a perda permanente ou temporária das condições psíquicas ou físicas do segurado para o exercício de atividade remunerada; assegurando ainda em caso de óbito do segurado, meios de sobrevivência de seus dependentes, conforme previsto em Lei.

1.4 Princípios constitucionais da Previdência social

O objetivo da Previdência social é dar cobertura para seus segurados diante de algumas ocorrências trazidas pela vida moderna, cobrindo riscos ou contingências sociais, proporcionando meios de sobrevivência enquanto estiver acometido por essas situações imprevisíveis e indesejadas. Fortes e Paulsen condicionam que:

> Riscos ou contingências são os eventos incertos, determinantes da perda da autonomia dos sujeitos, por conta de impossibilidade laborativa, cuja ocorrência, embora em um primeiro momento tenha um reflexo puramente individual, apresenta, também, evidente importância para a sociedade, já que a situação de desemprego ou desocupação involuntária, considerada em termos globais, opera reflexos econômico-sociais consideráveis. Geralmente, são tidos como contingências sociais os encargos da maternidade, idade avançada, doença, invalidez, morte e desemprego. No caso Brasileiro, a constituição Federal de 1988, nos incisos do art.201, aponta como riscos sociais que devem necessariamente ser cobertos pelo Regime Geral de Previdência social, sem exclusão de outros, a doença, a invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego involuntário e reclusão (FORTES, PAULSEN, 2005, p. 17).

A Previdência social possui um caráter securitário e de contraprestação, pois com a contribuição de seus segurados oferece vários benefícios e serviços. Desse modo, para melhor embasar suas disposições, analisaremos alguns de seus princípios.

O artigo 194 da Constituição da República traz alguns princípios relativos à Seguridade Social, que também são aplicados à Previdência social, mas destacaremos os princípios específicos da Previdência social, que estão expostos abaixo.

O primeiro princípio é da filiação obrigatória que está disposto no artigo 201, *caput,* da Constituição da República, e consiste na obrigatoriedade de filiação ao Regime Geral de Previdência social – RGPS, no caso do indivíduo estar exercendo atividade laborativa e independente de sua vontade, ou seja, a filiação é compulsória, tendo como exceção a hipótese do segurado facultativo que se filia por vontade própria.

O segundo princípio é do caráter contributivo, também exposto no artigo 201, *caput,* da Constituição da República, que preceitua o beneficiário da previdência, o qual realiza as contribuições. Já que a Previdência social é um sistema contributivo cujo acesso aos benefícios e serviços exige a pré-existência de filiação e a realização de contribuição mensal.

O terceiro princípio é do equilíbrio financeiro e atuarial, previsto no artigo 201, *caput,* da Constituição da República, o qual se preocupa com o equilíbrio financeiro da Previdência social, ou seja, para que haja proporção entre receitas e despesas. A política previdenciária deve estar atenta na relação de custeio e pagamento de benefícios.

O quarto princípio trata da garantia do benefício mínimo, que no artigo 201, § 2º da Constituição da República, dispõe que: *"Nenhum benefício que substitua a salário de*

contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior a um salário mínimo." Tal garantia constitucional pretende assegurar renda básica capaz de atender as necessidades do cidadão e de sua família.

O quinto princípio refere-se à correção monetária dos salários de contribuição, onde especifica no artigo 201, § 3º da Constituição da República que: "*Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de beneficio serão devidamente atualizados, na forma da Lei*." Esse princípio prima para que os salários de contribuição que serão levados em consideração para o cálculo do valor do beneficio, sejam atualizados monetariamente.

O sexto princípio versa sobre a preservação do valor real dos benefícios, esculpida no artigo 201, § 4º da Constituição da República, que: "É assegurado a reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em Lei." Podemos citar o artigo 41-A da Lei Federal 8.213/91, que corrobora nesse sentido:

> **Art. 41-A**. O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário-mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (BRASI, 8.213/91).

No sétimo princípio temos o da previdência complementar facultativa, assegurado constitucionalmente no artigo 202, onde o regime da previdência privada é uma espécie de seguro adicional e individual, por isso é facultativa, ou seja, ninguém está obrigado a se filiar a ela.

No oitavo princípio destacamos o da indisponibilidade dos direitos dos beneficiários, informando que os direitos previdenciários dos beneficiários são indisponíveis e irrenunciáveis, onde sempre permanece o direito adquirido entre eles.

O último princípio é chamado de solidariedade, onde somente a solidariedade das contribuições é o que mantém o sistema previdenciário, existente no ordenamento jurídico em decorrência do regime de repartição de receitas adotado pelo sistema Brasileiro.

Portanto, a Previdência social busca sempre cumprir de forma irrestrita todos os princípios estabelecidos acima, para que os segurados não venham passar nenhum tipo de dificuldade em sua vida e de sua família.

2 OS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

2.1 Dos Benefícios aos Dependentes da Previdência social

O presente capítulo tratará dos benefícios do Regime Geral da Previdência social, diferenciando os benefícios que são atribuídos aos dependentes dos segurados, e aqueles que são exclusivamente dos segurados da Previdência social.

Dentre os benefícios que são atribuídos aos dependentes dos segurados da Previdência social, podemos destacar os seguintes: pensão por morte e auxílio–reclusão, que serão mais bem analisados abaixo.

A pensão por morte é devida quando um segurado da previdência social vem a óbito. Nesse caso seus dependentes passam a ter direito a uma pensão, denominada pensão por morte.

A Previdência passou a exigir um tempo mínimo de 18 contribuições mensais de tempo de contribuição do segurado e 02 anos de casamento ou de união estável, para que o dependente possa receber a pensão.

São considerados dependentes: a esposa (o), a companheira (o), o filho menor de 21 anos não emancipado, enteados e tutelados, e companheiro (a) homossexual com relação estável comprovada; os pais; e os irmãos menores de 21 anos não emancipados ou irmãos inválidos. Quando o segurado deixa mais de um dependente, o valor do benefício é igualmente dividido por todos.

O benefício sempre será pago somente para dependentes de uma classe. Ou seja, quando houver dependentes de mais de uma classe, os integrantes da classe seguinte não terão direito ao benefício.

O valor da pensão é 100% do salário benefício, isto é, o mesmo que o segurado recebia quando faleceu, ou que receberia caso estivesse aposentado por invalidez.

O cálculo do salário benefício é feito a partir da data de inscrição do trabalhador assegurado na Previdência social, ou seja, para aqueles que se inscreveram até 28 de novembro de 1999, o salário benefício será a média dos 80% maiores salários de contribuição, sempre corrigidos monetariamente.

Já se o benefício for algum tipo de aposentadoria, o valor obtido pela média dos 80% será multiplicado pelo fator previdenciário, o que levará em conta a expectativa de vida, a idade e o tempo de contribuição do trabalhador.

A pensão por morte deixa de ser paga quando ocorrer à morte de quem a recebe; ou se quem a recebe for o filho ou o irmão, o benefício vai deixar de ser pago quando o dependente se tornar emancipado, ou completar 21 anos, o que não ocorrerá se o dependente, sendo ele irmão, cônjuge, companheiro, ou filho/equiparado for inválido; e caso cesse a invalidez cessará também o benefício.

Já o auxílio reclusão é um benefício devido aos dependentes de um segurado quando este estiver preso, tal benefício é pago durante o período em que o segurado estiver sob-regime fechado ou semi-aberto.

No momento em que o segurado estiver em livramento condicional ou em regime aberto seus dependentes perdem o direito de recebê-lo. Os requisitos para que os dependentes possam receber este benefício será sempre nas mesmas proporções de pensão por morte, e devem também apresentar comprovante do recolhimento do segurado à prisão (certidão ou certificado fornecidos pela Secretaria de Segurança Pública, com data e motivos da prisão) e/ou certidão de sentença condenatória (em caso de sentença definitiva).

Para que as famílias do recluso recebam tal benefício é estipulado um valor de até R$ 1.212,64 (Hum mil, duzentos e doze reais e e sessenta e quatro centavos, ou seja a contribuição do recluso terá que ser feita a base deste valor, ultrapassando este valor a família não tem direito ao auxilio reclusão. A previdência social faz reajustes nesses valores.

O auxilio reclusão deve ser solicitado nas agencias do INSS.

Após a concessão do benefício, os dependentes devem apresentar à Previdência social, de três em três meses, certidão de prisão preventiva, certidão da sentença condenatória ou atestado de recolhimento do segurado à prisão, em fim, documentos que comprovem que o segurado continua preso.

O valor do benefício corresponde a 100% do valor da aposentadoria que o segurado teria direito no momento de sua prisão. Se forem vários dependentes, o benefício será dividido entre todos. No momento em que um dependente perder o direito ao benefício, a sua parte será dividida entre os demais.

O benefício deixará de ser pago ao dependente quando o segurado falecer e, quando isso acontecer o auxílio reclusão passará a ser pago como pensão por morte.

O dependente também perderá o direito ao benefício se ocorrer fuga do segurado, liberdade condicional, transferência para prisão albergue ou extinção da pena; quando o

dependente completar 21 anos ou for emancipado; e com o fim da invalidez ou morte do dependente.

2.2 Dos Benefícios aos Segurados da Previdência social

Neste capítulo, iremos destacar os benefícios existentes na Previdência social aos segurados, que são: aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, aposentadoria por idade, aposentadoria por idade rural, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, auxílio-acidente, salário-família, salário-maternidade.

Para receber a aposentadoria por tempo de contribuição, é necessário que os homens comprovem pelo menos 35 anos de exercício de atividade remunerada abrangida pelo RGPS, e as mulheres, 30 anos. Devem comprovar também no mínimo 180 meses de contribuição. Importante ressaltar que ao ser realizado o cálculo para o valor do benefício será realizado usando o fator previdenciário.

Para os professores e profissionais da educação que comprovarem o labor exclusivamente em instituições de ensino infantil, fundamental e ensino médio, terão uma redução de 05 anos de seu período de exercício de atividade, tanto para homens como para mulheres. Mas o período mínimo de contribuição continua sendo o mesmo, de 180 meses.

Foi aprovada em maio de 2015 pela câmara dos deputados a emenda à medida provisória 664/14 (do ajuste fiscal) a qual cria uma alternativa ao cálculo do fator previdenciário na hora do trabalhador se aposentar: chamada regra 85/95.

Pelas novas regras as mulheres que tiverem, a partir da vigência da MP, a soma de idade e tempo de atividade remunerada abrangida pelo RGPS igual ou maior de 85 anos, e os homens que tivessem a soma igual ou maior 95 anos, terão direito a 100% da aposentadoria, neste caso o fator previdenciário não será usado no cálculo do benefício.

Como já mencionado nos parágrafos anteriores sempre será necessário a comprovação de pelo menos 180 meses de contribuição.

Assim, os trabalhadores(as) podem optar por ter o cálculo de seu benefício com ou sem o fator previdenciário.

Outro tipo de benefício é a aposentadoria especial, que é devida aqueles segurados que trabalharam em condições prejudiciais a saúde, ficando constantemente à exposição a agentes nocivos (químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais) pelo período exigido para a concessão da aposentadoria especial: 15, 20 ou 25 anos, de acordo com cada profissão.

O benefício de aposentadoria por idade é concedido a homens e mulheres, os homens têm direito de requerer o benefício aos 65 anos, e as mulheres aos 60 anos. Neste caso o valor do benefício constituirá numa renda mensal de 70% do salário de benefício, mais 1% deste, por grupo de 12 contribuições, nunca ultrapassando 100% do salário-de-benefício, conforme prescrito no artigo 50, da Lei Federal 8.213/ 91.

Os trabalhadores rurais, também podem se aposentar por idade, mas com cinco anos a menos. Ou seja: os homens a partir dos 60 anos, e as mulheres, aos 55 anos de labor rural, e comprovado o período de carência já mencionado.

A aposentadoria por invalidez é devida aos segurados que devido a uma doença ou acidente, forem considerados totalmente incapacitados para trabalhar ou realizar qualquer atividade que garanta o seu sustento. Desta forma para manter este benefício o mesmo deverá passar por uma perícia médica a cargo do INSS.

O segurado que ao se associar à previdência social, já tiver doença ou lesão que geraria o benefício, não terá direito ao mesmo. A não ser quando a incapacidade para o trabalho for

resultado de um agravamento da doença já existente.

Para receber o benefício, é necessário que o trabalhador tenha contribuído para a previdência social por no mínimo 12 meses. Se for acidente, ou doença profissional ou do trabalho, o prazo de carência não é exigido, mas é preciso estar inscrito na Previdência social.

Caso o trabalhador devido a sua invalidez necessite de assistência permanente de outra pessoa para realizar suas atividades habituais, situação que deverá ser confirmada pela perícia médica, o valor do benefício terá um aumento de 25% a partir da data do seu pedido.

Outro benefício é o auxílio–doença, que é aquele que o trabalhador recebe caso fique incapacitado para o trabalho (mesmo que temporariamente), por mais de 15 dias consecutivos. A incapacidade deve ser comprovada através de exame realizado pela perícia médica do INSS, exigindo uma carência de 12 contribuições mensais. Permitindo assim que o trabalhador empregado receba tal benefício à partir do 16º dia de afastamento da atividade laborativa.

Caso a doença seja resultado de acidente de qualquer natureza ou doença profissional ou do trabalho, o benefício será concedido independentemente de carência.

O segurado perderá o direito do benefício quando recuperar a capacidade para o trabalho; quando o benefício se transformar em aposentadoria por invalidez; quando o segurado solicita e tem a concordância da perícia médica do INSS; ou quando o segurado volta voluntariamente ao trabalho.

Outro tipo de benefício é o auxílio-acidente que é pago ao segurado empregado, ao doméstico, conforme disposto em Lei Complementar nº 150, de 01/06/2015, ao trabalhador avulso e ao segurado especial, conforme dispõe o art. 18, § 1 da Lei nº. 8.213/91.

É devido como indenização pela incapacidade ao trabalho, após o segurado sofrer acidente de qualquer natureza, e resultar em sequelas definitivas que impliquem a redução da capacidade laborativa que habitualmente exercia.

O auxílio-acidente tem previsão no art. 86 da Lei nº. 8.213/91 e no art. 104 do regulamento da previdência social (Decreto nº. 3.048/99). É o único benefício previdenciário que possui natureza jurídica indenizatória. Também dispensa carência por força do art. 26, I da Lei nº. 8.213/91.

Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro, diz que o objetivo do auxílio- acidente é: "A complementação dos gastos de quem se encontra com a capacidade para o trabalho reduzida ou sem condições de auferir remuneração compatível com sua antiga habilitação profissional, tendo por isso natureza indenizatória" (RIBEIRO, 2008, p. 181).

O auxílio-acidente não está limitado apenas aos acidentes do trabalho, podendo ser de qualquer natureza, sendo como única exigência que após a consolidação das lesões, haja a redução da capacidade laborativa do segurado.

O Regulamento da Previdência social (Decreto nº. 3.048/99) conceitua acidente de qualquer natureza no parágrafo único do art. 30, veja-se:

> Entende-se como acidente de qualquer natureza ou causa aquele de origem traumática e por exposição a agentes exógenos (físicos, químicos e biológicos), que acarrete lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda, ou a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa (BRASIL, 3.048/99).

Não será concedido o benefício quando o caso que apresente danos funcionais ou redução da capacidade funcional não repercutir na capacidade laborativa, momento este quando o segurado se aposentar ou falecer.

O benefício do salário-família, não possui exigência de carência, ele é pago conforme o número de filhos ou equiparados de qualquer condição até a idade de quatorze anos ou inválido de qualquer idade.

A Previdência Social estipula um valor (cota) de acordo com uma tabela de salários que os segurados recebem, a previdência social também faz reajustes nela.

Tem direito ao benefício o empregado e o trabalhador avulso que estejam em atividade remunerada abrangida pelo RGPS; o empregado e o trabalhador avulso aposentado por invalidez, por idade ou em gozo de auxílio-doença; trabalhador rural (empregado rural ou trabalhador avulso) que tenha se aposentado por idade aos 60 anos, se homem, ou 55 anos, se mulher; demais aposentados, quando completarem 65 anos (homem) ou 60 anos (mulher).

Caso aconteça do pai e a mãe serem ambos segurados empregados ou trabalhadores avulsos, os dois terão direito ao salário-família.

O benefício é encerrado quando o filho completar 14 anos, em caso de falecimento do filho, por ocasião de desemprego do segurado e, no caso do filho inválido, quando da cessação da incapacidade.

Por último tem-se o benefício do Salário-Maternidade que é devido às seguradas empregadas; empregada doméstica; contribuinte individual, facultativa e especial. Para recebê-lo é exigida uma carência de 10 meses de contribuição apenas para as três últimas espécies de seguradas.

O benefício é devido a partir de 28 dias antes do parto, ou à partir do afastamento da gestante do trabalho, comprovado através de atestado médico; a partir da data do parto, com apresentação da certidão de nascimento; à partir da data do deferimento da medida liminar nos autos de adoção ou da data da lavratura da certidão de nascimento do adotado.

A segurada recebe o benefício por 120 dias a partir do parto ou por definição médica, 28 dias antes e 91 dias após o parto.

No caso de adoção ou de guarda judicial para fins de adoção o período de licença continua o mesmo, independentemente da idade da criança.

3 MANUTENÇÃO E QUALIDADE DO SEGURADO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA

3.1 Conceito e categoriais de Segurados

Neste capítulo trata-se especificamente do tema do presente trabalho, trazendo um conceito lógico de segurado, bem como as categorias de segurados existentes em nosso ordenamento jurídico, caracterizando como o trabalhador pode manter sua qualidade de segurado, e como se tem a perda desta qualidade.

Antes de iniciarmos no assunto, manutenção e qualidade do segurado, especificaremos um conceito lógico de segurado e suas diversas categorias.

Segurado vem da ideia do contrato de seguro do direito civil, em que o segurado faz um contrato com a seguradora e paga o prêmio para ficar coberto contra certo risco.

Odonel Urbano Gonçales (2002, p. 77), antes das Leis Federais nº: 8.212 e 8.213/91 conceitua segurados como: *"os que exercem atividade remunerada, efetiva ou eventual, como ou sem vínculo empregatício, a título precário ou não, ressalvadas as exceções previstas em lei"*.

Via-se que o conceito de segurado ficou vago, assim há necessidade de se estudá-lo mais profundamente, pois este não é apenas o que exerce atividade remunerada, visto que a dona-de-casa ou síndico de condomínio não possui atividade remunerada, mas são segurados do sistema.

Nesse sentido, Fortes e Paulsem define que:

> Segurados são aqueles que se vinculam diretamente ao Regime Geral de Previdência social, ou porque exercem atividade que obrigatoriamente os situa nesta posição, ou porque, voluntariamente, vertem contribuições ao sistema para que adquira esta condição.Seu vínculo com a Previdência social é, portanto, direto (FORTES; PAULSEN, 2005, p. 20).

Portanto, segurados são pessoas físicas que exercem, exerceram ou não atividade, remunerada ou não, efetiva ou eventual, com ou sem vínculo empregatício.

Neste caso, segurado sempre vai ser pessoa física. Sendo assim, fica claro que nem todo contribuinte é segurado, pois a pessoa jurídica não é segurada, visto que não pode ser beneficiária do sistema, mas será contribuinte, pois a Lei determina que deva pagar certa contribuição a seguridade social.

Importante ressaltar, que a atividade exercida pelo trabalhador, pode ser tanto efetiva, diária, ocasional, como eventual, não havendo necessidade de vínculo empregatício para a configuração da condição de segurado. Pois é segurada toda pessoa que contribui de algum modo com a previdência social.

Cabe destacar também, que podemos incluir o desempregado na condição de segurado, podendo filiar-se ao sistema e pagar contribuição, mesmo não exercendo atividade remunerada.

Para ser um segurado da Previdência social, é preciso ter a idade de no mínimo de 14 anos, que configura a idade mínima permitida para trabalhar, neste caso como aprendiz.

Os segurados podem ser divididos em duas categorias distintas: os segurados obrigatórios e os segurados facultativos.

Pelo regime geral de previdência social, o aposentado que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições previstas na Lei Federal nº: 8.212/91, para fins de custeio da seguridade social.

3.2 Segurados obrigatórios

Segurados obrigatório são aquelas pessoas físicas que exercem atividades laborativas remuneradas e lícitas, ou seja, que exercem uma profissão, e em razão disso contribuem compulsoriamente para a previdência social.

Encontra-se no artigo 12 da Lei Federal 8.212/91, o rol completo dos segurados obrigatórios, senão vejamos:

> **Art. 12**. São segurados obrigatórios da Previdência social as seguintes pessoas físicas: I - como empregado; II - como empregado doméstico: aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividade sem fins lucrativos; III – (Revogado pela Lei n. 9876, de 26-11-1999) IV - (Revogado pela Lei n. 9876, de 26-11-1999). V – como contribuinte individual; VI – como trabalhador avulso: quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no regulamento; VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros a título de mútua colaboração (BRASIL, 8.212/91).

No primeiro inciso, a legislação previdenciária não define bem o conceito de empregado, mas traz no art.12 da Lei Federal 8.212/91, que empregado é toda pessoa que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob subordinação e mediante remuneração, abrangendo também todos aqueles que se equiparam a empregado, por exemplo, o exercente de mandato eletivo Federal, estadual, distrital ou municipal.

Com o advento da lei complementar 150 de 1° de junho de 2015 surgiram expressamente os direitos trabalhistas aos empregados domésticos, visando garantir por tanto uma maior qualidade na prestação dos serviços destes para com seus empregadores

Seguindo este conceito, podemos destacar que o serviço prestado pelo empregado doméstico não precisa ser prestado somente dentro das residências, podendo ser externo também, como no sítio da família ou vias urbanas, que será sempre sem fins lucrativos.

Os incisos III e IV, com o advento da Lei Federal 9.876 de 1999 foram revogados, extinguindo a classe de segurados empresários e a classe de trabalhadores autônomos e equiparados a autônomo.

Neste momento, surgiu a classe dos contribuintes individuais, incorporando as classes revogadas e abrigando outras hipóteses que não se enquadram em nenhuma das outras classes do artigo 12 da Lei Federal nº: 8.212 de 1991. Por exemplo, o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa.

Na categoria de trabalhadores avulsos, o Decreto nº 3.048/99 em seu artigo 9º, inciso VI, define em sendo aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural a diversas empresas, sem criar vínculo empregatício e estando ou não sindicalizado, porém com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão-de-obra ou do sindicato de categoria.

Já por sua vez, o inciso VI do artigo 12 da Lei Federal nº 8.212 de 1991 considera trabalhador avulso, aquele quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no regulamento.

São exemplos de trabalhadores avulsos aquele trabalhador que exerce atividade portuária de capatazia, estiva, conferência e conserto de carga, vigilância de embarcação e bloco, o ensacador de café, cacau, sal e similares; o carregador de bagagem em porto; o guindasteiro; dentre outros.

Na última categoria de segurados obrigatórios, o segurado especial, ou seja, os trabalhadores da atividade rural que podem ser proprietários, arrendatários, meeiros, parceiros ou pescador artesanal, que exploram tal atividade no regime de economia familiar ou individual, sendo possível o auxílio de terceiros, como mutirão de colheita.

No parágrafo 8º do artigo 195 da Constituição Federal, determina:

> O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da Lei (BRASIL, 1988).

Neste contexto, segurado especial é a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros a título de mútua colaboração, na condição de produtor seja: proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatários rurais, que explore atividade agropecuária em área de até quatro módulos fiscais ou de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do *caput* do artigo 2º da Lei nº. 9.985/00, e faça desta atividade o principal meio de vida de sua família; pescador artesanal ou a este assemelhado, que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e o cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 anos de idade ou a este equiparado, que, comprovadamente trabalhem com o grupo familiar respectivo.

3.3 Segurado facultativo

É toda pessoa física que não tem contribuição compulsória, ou seja, a lei lhe dá a

faculdade de contribuir e se filiar ao RGPS. Nessa condição se enquadra o trabalhador que mesmo exercendo uma atividade remunerada, não pode estar vinculado a qualquer regime previdenciário.

Para a pessoa ter a qualidade de segurado facultativo, ela deve se inscrever junto à previdência social e contribuir de forma voluntária mensalmente.

Os requisitos do segurado facultativo e algumas hipóteses para a pessoa se enquadrar estão estabelecidos no artigo 11 do Decreto nº 3.048/99:

> **Art. 11** - É segurado facultativo o maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência social, mediante contribuição, na forma do art. 199, desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório da previdência social. §1.º Podem filiar-se facultativamente, entre outros: I – a dona de casa; II – o síndico de condomínio, quando não remunerado; III – o estudante; IV – o Brasileiro que acompanha cônjuge que presta serviço no exterior; V – aquele que deixou de ser segurado obrigatório da previdência social; VI – o membro de conselho tutelar de que trata o art. 132 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, quando não esteja vinculado a qualquer regime de previdência social; VII – o bolsista e o estagiário que prestam serviços empresa de acordo com a Lei n. 6494, de 1977; VIII – o bolsista que se dedique em tempo integral a pesquisa, curso de especialização, pós-graduação, mestrado ou doutorado, no Brasil ou no exterior, desde que não esteja vinculado a qualquer regime de previdência social; IX – o presidiário que não exerce atividade remunerada nem esteja vinculado a qualquer regime de previdência social; X – o Brasileiro residente ou domiciliado no exterior, salvo se filiado a regime previdenciário de país com o qual o Brasil mantenha acordo internacional; e XI – o segurado recolhido à prisão sob regime fechado ou semiaberto, que, nesta condição, preste serviço, dentro ou fora da unidade penal, a uma ou mais empresas, com ou sem intermediação da organização carcerária ou entidade afim, ou que exerce atividade artesanal por conta própria".

O Decreto menciona a idade de dezesseis anos, como sendo a idade mínima para a pessoa se filiar ao RGPS. Já a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXXIII, menciona que a partir dos 14 anos de idade o adolescente poderá ser menor aprendiz. Com isso, a maioria dos doutrinadores entende que é aceitável o menor se filiar de forma facultativa a partir dos 14 anos de idade, pois se o mesmo tem a possibilidade de trabalhar, é injusto não poder filiar-se ao RGPS, se tornando assim um segurado.

Fortes e Paulsen entendem que:

> Embora o art. 13 da Lei 8.213/91 mantenha a idade a partir dos 14 anos para o estabelecimento do vínculo contributivo do segurado facultativo com a Previdência social, o art. 11 do Decreto 3.048/99, assim como ocorreu em relação ao segurado especial, elevou o limite etário para 16 anos, por conta da modificação promovida no campo trabalhista pela EC 20/87. De fato, a referida emenda estabeleceu como idade mínima para o trabalho os 16 anos, conferindo a atual redação do art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal. Nada obstante, valem aqui as ponderações tecidas no que tange aos segurados especiais: os segurados facultativos não são trabalhadores, tanto assim que somente podem se vincular sob tal enquadramento aqueles que não exercem atividade laborativa determinante de vínculo obrigatório, e, assim, o novo limite não teria aplicação no caso. Havendo previsão legal, ainda mantida, no sentido de que a filiação pode ser feita a partir dos 14 anos, qualquer disposição, em contrário, prevista em Decreto incide em ilegalidade (FORTES; PAUSEN, 2005, p. 127).

Sendo assim, mesmo que a pessoa não esteja trabalhando, ela pode filiar-se ao regime geral da previdência social, e aproveitar os benefícios previdenciários. A partir do momento em que a pessoa se inscreve e recolhe pela primeira vez, ela se torna um segurado facultativo.

O ministério da previdência e assistência social em sua Portaria nº 4.198, de 07 de outubro de 1997, permite ao Brasileiro que é residente e domiciliado no exterior se inscrever como segurado facultativo, mas para isso a pessoa não pode estar vinculada à legislação previdenciária no país em que reside, e também não pode estar enquadrada nas disposições do

art.12 da Lei Federal nº 8.212/91.

Portanto, a inscrição como segurado facultativo é uma opção para as pessoas que querem continuar sendo segurado mesmo após perderem o vínculo de emprego. Desse modo, a pessoa continua contando tempo de serviço mesmo sem trabalhar, e posteriormente poderá requerer algum benefício previdenciário.

3.4 Manutenção e a perda da qualidade de Segurado

Para ser um segurado e poder gozar do Plano de benefícios da previdência social, a pessoa deve estar filiada à previdência social.

A filiação é a relação jurídica estabelecida entre o segurado e a previdência social geradora de direitos e obrigações correspondentes.

Os segurados obrigatórios são filiados de forma automática, devido à atividade remunerada, que a Lei reconhece como sendo uma vinculação compulsória, independente de contribuição. Já o segurado facultativo tem a filiação decorrente de sua inscrição e do primeiro recolhimento da contribuição previdenciária.

O segurado obrigatório para manter a qualidade de filiado da Previdência social, deve estar ordinariamente contínuo no trabalho; já o segurado facultativo somente deve manter suas contribuições regularizadas.

Em algumas atividades previstas no artigo 11 da Lei Federal 8.213/91, o segurado obrigatório manterá a qualidade de filiado indefinitivamente, mesmo ele não estando inscrito ou contribuindo, já que a Lei permite o recolhimento retroativo, com o pagamento das contribuições em atraso a qualquer tempo, em forma de indenização, o que contará para o segurado apenas como tempo de serviço.

Há casos, no entanto, mesmo que o segurado obrigatório não estiver trabalhando ou o segurado facultativo não esteja fazendo o pagamento das contribuições previdenciárias, subsiste o vínculo jurídico. Nesses casos, trata-se do período de graça ou manutenção da qualidade de segurado que será melhor especificado.

A lei prevê um período que é conhecido como período de graça, onde a pessoa mantém a qualidade de segurado mesmo após o encerramento da atividade remunerada.

Para Castro e Lazzari, entende que:

> O instituto da manutenção da qualidade de segurado trata do período em que o indivíduo continua filiado ao Regime Geral de Previdência social – RGPS, por estar no chamado período de graça. Nesse período, continua amparado pelo Regime – bem como seus dependentes – em caso de infortúnios, mesmo não estando a exercer atividade que o enquadre como segurado obrigatório, nem contribuir mensalmente, como facultativo; trata-se de exceção em face do sistema do RGPS, de caráter eminentemente contributivo (Constituição, art.201, *caput*) (CASTRO; LAZZARI, 20047, p. 123).

A Lei Federal nº 8.213/91 em seu artigo 15 disciplina as hipóteses em que esta manutenção pode ocorrer:

> **Art.15** – Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I – sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício; II – até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração; III – até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória; IV – até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso; V – até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar; VI – até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo. § 1º - O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a parda da qualidade de segurado. § 2º - Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência social. § 3º - Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência social. § 4º - A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

A primeira hipótese especificada no artigo acima corresponde àquele segurado que está em gozo do benefício. Assim, caso ocorra um sinistro para fins do seguro social, inicia-se o período de fruição do benefício. Neste contexto, apenas afasta-se da atividade laboral, sem o pagamento das contribuições previdenciárias, com ressalva do benefício de salário–maternidade, mas mantém-se a qualidade de segurado.

Contudo, até 12 meses após a interrupção do benefício por incapacidade ou após a cessação das contribuições, o segurado manterá a sua qualidade. Nesse sentido, o § 2º do referente dispositivo legal, prevê uma prorrogação do período de graça por mais 12 meses, se o desemprego for devidamente comunicado ao Ministério do Trabalho e Emprego e se tiverem sido pagas mais de 120 contribuições mensais sem interrupção uma prorrogação de mais 12 meses.

Terá também direito ao período de graça o segurado recluso, detido ou acometido por doença de segregação compulsória, após encerrar seu afastamento, conforme dicção do inciso II, do artigo 15 da Lei Federal 8.213/91.

O segurado incorporado às forças armadas também terá direito ao período de graça, quando encerrar seu licenciamento por três meses.

Importante ressaltar que o segurado facultativo após a cessação de suas contribuições terá direito a seis meses de período de graça.

O encerramento da qualidade de segurado se dá após o dia 16 do mês seguinte ao termino dos prazos acima mencionados, conforme reza artigo 15, § 4º, da Lei Federal 8.213/91.

CONCLUSÃO

A previdência social no Brasil tem uma ampla influência no âmbito de proteção, pois é um instrumento para a segurança social, notadamente, pelo princípio da solidariedade, e em virtude do sistema de repartição, em que todos contribuem para o mesmo fundo, ao realizar a prestação de benefícios e serviços, faz também distribuição de renda.

A presente monografia faz uma abordagem sobre como o trabalhador mantém a qualidade do segurado para que possa obter certos benefícios oferecidos pela Previdência social, com este propósito procurou-se inicialmente estabelecer as diferenças entre os segurados existentes no ordenamento jurídico Brasileiro.

Desta forma verificou que o segurado contribuindo por um determinado período terá direito à receber alguns benefícios, e terá também direito ao período de graça caso deixe de contribuir por um determinado período.

Com o advento da Constituição de 1988, a previdência social tornou-se de certa maneira um amparo social, que mediante uma pequena contribuição mensal por parte de trabalhador, estará amparando o mesmo caso necessite de alguma ajuda do Estado.

Nesse contexto, o que se busca junto ao estado é uma maior eficiência e celeridade na entrega de tais benefícios, mas não esquecendo de que no Brasil há um ordenamento jurídico eivado de princípios que devem ser respeitados e seguidos.

Desse modo, na desesperada busca do Estado em economizar gastos públicos, estão negando injustificadamente diversos requerimentos de benefícios. Devido a estas negações estes segurados estão procurando o judiciário para que possam ter o benefício que tem direito.

O sistema judiciário Brasileiro necessita de novos conceitos e entendimentos mais flexíveis, pois há vários casos de segurados que ao ver no poder judiciário a sua última esperança se deparam com decisões surpreendentes. É hora de levarmos em consideração as peculiaridades dos segurados, as suas limitações cotidianas, as quais os impedem de se inserir novamente no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Eli Lôla Gurgel. **Estado e Previdência no Brasil. A previdência social no Brasil.** São Paulo: Fundação Perseu Abrano, 2003.

BATICH, Mariana. **Previdência do trabalhador: uma trajetória inesperada.** v. 18. São Paulo: Perspec., July/ Sept. 2004.

BORGES, Mauro Ribeiro. **Previdência Funcional e Regimes Próprios de Previdência.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Coletânea deLeis. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Lei 8.212 de 24 de Julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm> Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL, Lei 8.213 de 24 de Julho de 1991. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em: 15 jul. 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direitoprevidenciário**. São Paulo: LTr, 2003.

COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** Rio de Janeiro: tecnoprinte, s.d.

_____. **Decreto nº 3.048 de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência social, e dá outras providências. Coletânea de Leis. São Paulo: Saraiva,2010.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Curso de Direito Previdenciário.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GONÇALES, Odonel Urbano. **Manual de direito previdenciário.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Lei nº 8212 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Coletânea de Leis. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência social e dá outras providências. Coletânea de Leis. São Paulo: Saraiva, 2010.

JAHA, Ali Mohamad. **Dica do Mestre n.º 006: Idade Mínima do Segurado Facultativo é 14 anos ou 16 anos?** Disponível em: <www.estrategiaconcursos.com.br/blog/dica-mestre-n-o-006-idade-minima-segurado-facultativo-e-14-anos-ou-16-anos/>. Acesso em: 08 jun. 2016

_____ Perguntas frequentes - Regimes de Previdência social, Disponível

em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/4_120423-164628-119.pdf>. Acesso em 12 de junho de 2016.

_____Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Cria, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no pais, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Disponível em: . Acesso em: 17 de junho de 2016

LEITE, Celso Barroso. **A proteção social no Brasil.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1978.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **O trabalhador rural e a Previdência social.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1985.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social: custeio da seguridade social, benefícios, acidente do trabalho, assistência social, saúde.** São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA, N. G. (2012). O Equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado. Brasilia: Ministério da Previdência Social. Acesso em 02 de julho de 2016.

O Ministério Publico do Trabalho e os Direitos dos Trabalhadores. Salário Familia. Disponível em: <lhttp://www.pcdlegal.com.br/cartilhampt/convencional/capitulo8.php#.V5dWnNIrK01>. Acesso em: 02 jul. 2016.

OLIVEIRA NETO, João Cândido de. **Como eliminar a fraude na área previdenciária rural.** 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

PREVIDENCIA SOCIAL. Disponivel em: <http://www.previdencia.gov.br>. Acesso em 05 jul. 2016.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. Atualidades sobre o auxílio doença. In: FOLMANN, Melissa (coord). **Previdência nos 60 anos da declaração de direitoshumanos e nos 20 da Constituição Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 181-203.

ROCHA, Daniel Machado da.**Comentários à Lei de benefícios da previdência social.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (s.d.). A Previdência - Histórico - 1888 - 1933. Disponível em Ministério da Previdência Social: <www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=443> Acesso em 21 de junho de 2016.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA

REDUCTION OF CRIMINAL MAJORITY: A QUESTION OF JUSTICE

Rácilei Costa Medeiros[77]
Ricardo Freitas Queiróz[78]

RESUMO

A redução da maioridade penal, voltou à baila de discussão teórica no ano de 2015. Motivado pelo grande aumento na violência cometida por jovens e adolescentes, os parlamentares brasileiros voltaram a discutir uma Proposta de Emenda Constitucional que versa sobre a redução da maioridade. Ao se falar sobre maioridade, deve-se evidenciar sobre a imputabilidade, inimputabilidade e culpabilidade do menor no ordenamento jurídico brasileiro. Demonstrando-se que, conforme previsto o artigo 228 da Constituição Federal em companhia com o Código Penal e o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), o jovem brasileiro somente atinge a maioridade a partir dos 18 anos, quando será plenamente capaz de responder pelos seus atos. No entanto, há várias questões que fazem com que haja a discussão da redução, principalmente em casos de crimes graves. A questão que já fora levada a apreciação da Câmara Federal, que aprovou Proposta de Emenda Constitucional que reduz a maioridade para crimes como: homicídio doloso, lesão corporal seguida de morte e crimes hediondos, como o estupro, apesar da aprovação na Câmara, o texto ainda depende da aprovação do Senado Federal para ser promulgado. Acredita-se que a redução da maioridade penal deve ser vista como medida de inteira justiça ao caso concreto, sendo que se verifica a necessidade de uma punição razoável ao menor infrator, pois apenas a função simbólica do direito penal é inócua, inútil. Outro ponto, é que a redução da maioridade tem que ser aliada ao aumento dos investimentos em educação para que atinja a eficácia necessária. Conclui-se, que apesar das controvérsias, a redução da maioridade penal e uma solução necessária, para propiciar punições proporcionais a gravidade dos delitos cometidos e assim diminuir a sensação de impunidade que ora se encontra instalada no direito penal.

Palavras-Chave: Maioridade. Pena. Proporcionalidade. Justiça. Educação.

ABSTRACT

The reduction of the legal age, returned to the fore of theoretical discussion in 2015. Motivated by the great increase in violence by young people and adolescents, Brazilian lawmakers returned to discuss a proposed constitutional amendment that deals with the reduction of the age. When talking about age, it should be evident on the liability, unaccountability and less guilt in the Brazilian legal system. demonstrating that, as provided for in Article 228 of the Federal Constitution in company with the Penal Code and the ECA (Statute of Children and Adolescents), the young Brazilian only reaches the age of majority from 18, when it will be able to fully respond for their actions. However, there are several issues that cause there is discussion about the reduction, especially in cases of serious crimes. The question had already been brought to consideration of the House of Representatives, which approved proposed constitutional amendment that reduces the age for crimes such as murder, bodily injury followed by death and heinous crimes, such as rape, despite the passage in the House, the text still depends on the approval of the Senate for enactment. It is believed that the reduction of legal age should be seen as a measure of full justice to the case, and there is a need for a reasonable punishment to the child offender because only the symbolic function of criminal law and harmless, useless. Another point is that the reduction of age must be coupled with increased investment in education to achieve the necessary efficiency. It follows that despite the controversy, the reduction of criminal responsibility is a necessary solution to provide punishments proportional to the gravity of the offenses committed and thus reduce the feeling of impunity that now is installed in the criminal law.

Keywords: Adulthood. Feather. Proportionality. Justice. Education.

INTRODUÇÃO

O mundo está em constante mudança, a globalização trouxe diversas inovações para a vida humana, a tecnologia evoluiu e junto com ela houve uma mudança no padrão de vida em sociedade. Antigamente podia se sair de casa sem se preocupar com a segurança, coisa que nos dias atuais já não é mais possível. As mudanças do mundo globalizado, fizeram com que

[77] Graduado em direito pela FAQUI, 2016.

[78] Graduado em DIREITO pela Universidade de Rio Verde (2008). Proprietário do Escritório de Advocacia: RICARDO QUEIRÓZ - ADVOCACIA & ASSESSORIA JURÍDICA. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando nos seguintes ramos: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, CIVIL E CONSUMIDOR.

houvesse diferenças sociais mais afloradas, e com isso, um maior número de crimes. A violência é atualmente um fator gritante na sociedade brasileira, e cada dia mais nos deparamos com crimes cometidos por crianças e adolescentes. E fica a questão, o que fazer? Já que a legislação brasileira não permite que a criança ou adolescente seja punido como o adulto, mesmo em ocasiões em que haja crimes graves, como homicídios, estupros, sequestros, latrocínios e outros.

Assim, surge a grande e polêmica questão da redução da maioridade penal no ordenamento jurídico brasileiro. Questão essa que já vem sendo discutida a 23 anos, desde 1993, como Proposta de Emenda à Constituição nº 171/1993. Como verificado, a referida Proposta de Emenda Constitucional está em tramitação na Câmara dos Deputados há vinte e três anos, matéria que trata da inimputabilidade penal do menor de dezesseis anos, que altera o art. 228 da Constituição Federal.

Esse estudo tem por objetivo, evidenciar o posicionamento que a redução da maioridade penal é uma questão de justiça ao caso concreto, no âmbito jurídico brasileiro. Justificado pela necessidade de punição aos menores que cometem crimes, principalmente crimes graves e hediondos.

É interessante que se diga que, não obstante, deve considerar que ainda há muito a se fazer com relação a estrutura do sistema carcerário brasileiro, que atualmente, encontra-se totalmente falido no Brasil. Deve-se também enfatizar a necessidade imperiosa e imprescindível de ser adotado urgentemente programas eficientes de ressocialização. Ressalta-se ainda que levando em consideração o pensamento idealizado por Pitágoras, cerca de 500 a.C. “educai as crianças e não será preciso punir os homens” (OLIVEIRA, 2014).

Observa-se ainda, que para que seja eficiente a redução da maioridade penal é necessário ser adotado no Brasil, políticas públicas eficientes para prevenir a delinquência infanto-juvenil, pois ainda se verifica com facilidade no Brasil crianças fora da escola, sendo isso responsabilidade conjunta da família, sociedade e Estado. Desta forma verifica-se que reduzir é preciso, mas, contudo, é extremamente necessário adotar medidas para prevenir o ingresso de crianças e jovens no mundo do crime, para assim, diminuir, ou acabar de vez com a delinquência infanto-juvenil.

Para desenvolver esse estudo será utilizado a pesquisa bibliográfica exploratória, com base em estudos já publicados, livros, doutrinas, revistas jurídicas, artigos e outros materiais que discorrem sobre o tema.

1 PARTE HISTÓRICA

1.1 A discussão quanto a redução da maioridade penal: relatos históricos

A discussão quanto a redução ou não da maioridade penal tem sido alvo de polêmicas desde a Proposta de Emenda Constitucional nº 171, apresentada em 19 agosto de 1993, ou seja, a quase 23 anos. Estudiosos do âmbito do direito, dos direitos humanos, sociedade civil e outros interessados, tem discutido de maneira acalorada a presente matéria. Sendo que a discussão se tornou mais intensa, quando em 2015 a Câmara dos Deputados trouxe a discussão parlamentar novamente a presente PEC 171/93. Antes de adentrarmos de maneira mais profunda no assunto, é necessário que se faça um relato histórico de como a PEC 171/93 foi desenvolvida para ser objeto de análise parlamentar.

Em 1993, o então Deputado Federal Benedito Domingos, do PP do Distrito Federal, propôs uma Emenda à Constituição, que alterava o artigo 228. Na PEC 171, sua ementa propõe o seguinte: “Altera a redação do art. 228 da Constituição Federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos) ”. A proposta ficou engavetada por mais de 20 anos, voltando à baila

parlamentar somente em 2015. Isso porque, há uma crescente onda de violência aliada a sensação de impunidade, principalmente praticados por menores. Sendo tal fato, a motivação do ressurgimento da discussão sobre a possibilidade de se alterar a Constituição Federal e reduzir a maioridade penal para os 16 anos.

Sendo um assunto de muita discussão no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que os favoráveis afirmam ser essa uma medida adequada para que haja uma melhor punição para os menores envolvidos em crimes, já que estes sabem que por serem menores poderão praticar crimes, que não serão punidos como adultos. Enquanto que os contrários à medida, afirmam que o sistema prisional brasileiro não é capaz de reeducar o menor e promover a sua reinserção na sociedade.

Em relatos históricos, a punição do menor teve seus primeiros indícios na Grécia Antiga, onde era costume popular que seres humanos fossem sacrificados se nascessem com algum problema físico ou mental, sendo garantidos os direitos após o surgimento do Cristianismo que conferiu direitos físico e material as crianças e adolescentes. No Direito Romano foi o primeiro ao legislar especificamente para os menores, distinguindo os seres em três vertentes:

1. os púberes eram os menores de até 7 anos, considerados infantes absolutamente inimputáveis. Entre as sanções atribuídas, destacam-se a obrigação de reparar o dano causado e o açoite. Contudo, era proibida a pena de morte, como se identifica pela Lei das XLI Tábuas (MEIRA, 1972);
2. os impúberes compreendiam aqueles entre 7 e 14 anos, cuja imputabilidade era medida segundo o discernimento avaliado pelo juiz. A pena tinha aplicação obrigatória, mas moderada (PASCUIM, 2008). Para Meira (1972), se o autor do dano é impúbere, deveria ser fustigado a critério do pretor e indenizaria o prejuízo em dobro;
3. e os menores, assim considerados os que tinham mais de 14 anos. Eram considerados capazes, a pena poderia ser mitigada em alguns casos ou aplicada a pena total, que era a de morte (PASCUIM, 2008).

A mais renomada instituição destinada a menores delinquentes foi inaugurada em 22 de janeiro de 1840, denominada *Mettray*. Sendo que, segundo Foucault (2004), *Mettrray* era uma prisão, em que permaneciam encarcerados jovens delinquentes condenados pelos tribunais. O regime disciplinar era rigoroso, com a distribuição de tarefa entre chefes e subchefes de colônias. Ao adentrar na colônia, os menores tinham que se submeter a uma espécie de interrogatório e oferecer informações de sua origem, posição de sua família. A disciplina de *Mettray* era extremamente rigorosa, reprimia toda e qualquer desobediência. Como principal punição, vigorava o isolamento em cela, e tudo estava permeado por influências religiosas.

Nesse contexto Foucault (2004, p. 243) descreve que "o isolamento é o melhor meio de agir sobre a moral das crianças; é aí principalmente que a voz da religião, mesmo se nunca houvesse falado a seu coração, recebe toda a sua força e emoção".

Em 1924, vem a mudança mais importante ocorrida para a garantia dos direitos dos menores que foi a Declaração de Genebra, conhecida como a primeira manifestação internacional de proteção às crianças e aos adolescentes, seguida da Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas, em 1959, que considerava a criança e ao adolescente na sua imaturidade física e mental, deixando clara a necessidade de existir uma proteção legal.

Após 20 anos, em 1979 foi declarado o Ano Internacional da Criança e, dez anos depois, a ONU, ao evidenciar a importância de promover a proteção dos menores, proclamou o texto da

Convenção dos Direitos da Criança, e determinou que os países a compunham se adequassem às normas internacionais (PASCUIM, 2008).

No Brasil, o Brasil Colônia não definiu a partir de que idade se atribuiria ao delinquente a responsabilidade penal. As Ordenações Filipinas regularam superficialmente a matéria, distinguindo inicialmente o tratamento destinado a partir dos 20 anos de idade. Os maiores de 20 anos eram punidos indistintamente; aqueles entre 17 e 20 anos poderiam ter sua pena reduzida, e aos menores de 17 anos, era vedada a aplicação da pena total que era a de morte (MENEZES, 2005).

A Constituição de 1824 também não fixou a idade penal, tal conceituação somente foi definida em 1830, com o primeiro Código Criminal. O legislador Galdino Siqueira, influenciado pelo Código Penal Francês, delimitou a zona fronteiriça entre a inimputabilidade e a imputabilidade penal na legislação penalista de 1830 (PASCUIM, 2008). Sobre isso, Azevedo:

> Em 16 de dezembro de 1830, o então imperador D. Pedro I sancionou o Código Criminal do Império do Brasil, primeiro código autônomo da América Latina. Composto de 313 artigos, embora mantendo a pena de morte (art.38) e outras penas cruéis, abrandou-as, criou o sistema de dias-multa e estabeleceu que 'nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis', o que já era um avanço legislativo à época (AZEVEDO, 2007, p. 04).

Assim, os menores de quatorze anos eram considerados inimputáveis, mas não por presunção absoluta, o artigo 13 excetuava que todos os menores até essa idade poderiam ser submetidos a avaliação do seu discernimento, adotando-se notadamente o critério biopsicológico para a aferição da inimputabilidade (PASCUIM, 2008).

Muitas foram as medidas tomadas quanto ao direito do menor no Brasil, porém se efetividade até a Constituição Federal de 1988. A Constituição Brasileira promulgada em 1988 é anterior à Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral das Nações unidas, em 20 de novembro de 1989, ratificada pelo Brasil, em 24 de setembro de 1990, e com vigência internacional em outubro de 1990, o que demonstra a sintonia dos constituintes brasileiros com toda a discussão de âmbito internacional que existia naquele momento sobre a normativa para a criança e a adoção do novo paradigma, o que levou o Brasil a se tornar o primeiro país a adequar a legislação interna aos princípios consagrados pela Convenção das Nações Unidas, até mesmo antes de sua vigência obrigatória, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente é de 13 de julho de 1990.Observa-se, que a partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, as crianças brasileiras, sem distinção de raça, classe social, ou qualquer outra discriminação, passaram de objetos a serem "sujeitos de direitos", considerados em sua "peculiar condição de pessoas em desenvolvimento" e a quem se deve assegurar "prioridade absoluta" na formulação de políticas públicas e destinação privilegiada de recursos nas dotações orçamentárias das diversas instâncias político-administrativas do País.

A vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe consigo os conceitos do que vem a ser menor para a legislação, e assim, discutir sobre a sua punição. Para melhor discutir esse fato, é necessário que se evidencie o que vem a ser o menor, o que será feito no próximo tópico.

1.2 O menor na legislação brasileira

De acordo com o dicionário da língua portuguesa Houssais (2001, p. 252), "menor é aquele que ainda não atingiu a maioridade penal". Portanto, menor representa a pessoa que ainda não atingiu a maioridade, que no Brasil tem como data pontual de 18 (dezoito) anos,

sendo penalmente inimputável, ficando sujeito às normas estabelecidas na legislação especial e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Legislação Civil prescreve em seu artigo 5°, que menor é aquele que não possui capacidade jurídica plena para os atos da vida civil, ficando sob a tutela do poder pátrio (BRASIL, 2002). Essa incapacitação do menor do menor é: a) absoluta, quando tem menos de 16 (dezesseis) anos; b) relativa se maior de 16 (dezesseis) menor que 18 (dezoito) anos, mas essa incapacidade pode cessar com a emancipação (BRASIL, 2002).

Também chamada de menoridade civil, é a capacidade de uma pessoa exercer direitos e contrair obrigações sem assistência de outra. Assim, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, os menores de 16 (dezesseis) anos, os que não podem exprimir sua vontade ou que não tem discernimento devido à enfermidade ou deficiência mental são considerados absolutamente incapazes. Enquanto os menores entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, os ébrios habituais e viciados, os deficientes mentais com discernimento reduzido, os excepcionais sem desenvolvimento mental completo e os pródigos são considerados relativamente incapazes (MARÇAL, 2010).

Para o Código Penal em seu artigo 27, os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. A constituição federal traz no artigo 228, quase o mesmo texto mencionado no artigo 27 do código penal, que são penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às normas da legislação especial (BRASIL, 1940).

Na legislação brasileira, a maioridade penal é fixada aos 18 (dezoito) anos, e é definida pelo artigo 228 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Essa é a idade em que diante da lei, um jovem passa a responder inteiramente por seus atos, como cidadão adulto, a idade-limite para que alguém responda na justiça de com acordo com o Código Penal (BRASIL, 1940). Sendo menor é julgado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Pela a legislação brasileira, um menor infrator não pode ficar mais de 03 (três) anos internado em instituição de reeducação, como a FEBEM (Fundação do Bem-Estar do Menor).

Polêmica é a discussão sobre as medidas chamadas socioeducativas. Apenas Crianças até 12 (doze) anos de fato são inimputáveis, ou seja, não podem ser julgadas ou punidas pelo Estado. Portanto, dos 12 (doze) aos 17 (dezessete) anos, o jovem que cometer uma infração será levado a julgamento a uma das Varas da Infância e da Juventude. E poderá receber punições como advertência, obrigações de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade ou interna em estabelecimento educacional. Pelo direito brasileiro um menor não poderá ser encaminhado aos sistemas penitenciários comuns destinados aos maiores de idade.

1.3 A inimputabilidade e imputabilidade do menor na legislação brasileira

Ao se falar sobre inimputabilidade do menor, deve-se primeiramente saber o que significa ser inimputável. Ser inimputável, é ser um indivíduo inteiramente incapaz de entender a ilicitude do fato e de determinar a gravidade do mesmo de acordo com esse entendimento (NUCCI, 2012).

Em seu artigo 26, o Código Penal assim define: "É isento de pena o agente que, por doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".

Para a doutrina existem elementos e critérios para apurar a inimputabilidade penal, qual seja, para ter condições pessoais de compreender o que fez, o agente necessita de dois

elementos: sendo o primeiro, a higidez biopsíquica (saúde mental + capacidade de apreciar a criminalidade do fato); e o segundo, a maturidade (desenvolvimento físico mental que permite ao ser humano estabelecer relações sociais bem adaptadas, ter capacidade para realizar-se distante da figura dos pais, conseguir estruturar as próprias ideias e possuir segurança emotiva, além de equilíbrio no campo sexual).

No Brasil, em vez de se permitir a verificação da maturidade, caso a caso, optou-se pelo critério cronológico, isto é ter mais de 18 anos de idade. Os critérios para averiguar a inimputabilidade, quanto à higidez mental, são os seguintes: a) biológico: leva-se em conta exclusivamente a saúde mental do agente, isto é, se o agente é ou não doente mental, e possui ou não um desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Para doutrina, a adoção restrita desse critério faz com que o juiz fique absolutamente dependente do laudo pericial; b) psicológico: leva-se em consideração unicamente a capacidade que o agente possui para apreciar o caráter ilícito do fato ou de comporta-se de acordo com esse entendimento.

Assim, acolhido esse critério de maneira exclusiva, torna-se o juiz a figura de destaque nesse contexto, podendo apreciar a imputabilidade penal com imenso arbítrio: c) biopsicológico; levam-se em conta dois critérios anteriores unidos, ou seja, verifica-se se o agente é mentalmente são e possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determina-se de acordo com esse entendimento. É princípio adotado pelo Código Penal, como se pode vislumbrar no art. 26 (NUCCI, 2012).

Constitui, também, o sistema de outras legislações, como a espanhola, ressaltando Enrique Esbec Rodriguez que o perito se pronuncia sobre as bases antropológicas e o juiz sobre a imputação subjetiva. Logo, não é suficiente que haja algum tipo de enfermidade mental, mas que exista prova de que esse transtorno afetou, realmente, a capacidade de compreensão do ilícito, ou de determinação segundo esse conhecimento, à época do fato (NUCCI, 2012). Para a jurisprudência, em sede do Superior Tribunal de Justiça temos que:

> Em sede de inimputabilidade (ou semiimputabilidade), vigora, entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista prova (v.g., perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i. e., no momento da ação criminosa (HC 33.401-RJ,5. ªt., rel. Felix Fischer, 28.09.20047, v.u., DJ 03.11.2004, p. 212).

De acordo com o Dicionário Jurídico (2014, s.p.) inimputável,

> É a pessoa que será isenta de pena em razão de doença mental, desenvolvimento mental ou retardado que no tempo da ação ou da omissão, não era capaz de entender o caráter ilícito do fato por ele praticado ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. São inimputáveis: a) doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; b) menoridade; c) embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior; e d) dependência de substancia entorpecente.

Portanto, verifica-se que será considerado inimputável o sujeito que não tem autodeterminação na data do crime ou que seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. O inimputável é isento de pena.

De acordo com Mirabete (2010), é possível dizer que, os mais respeitados posicionamentos jurídicos, doutrina e jurisprudência afirmam que a inimputabilidade não pode ser presumida, sendo que há que ser provada por meio exame pericial em condições de absoluta certeza. Para tanto, são três os sistemas de aferição da imputabilidade, biológico, psicológico, biopsicológico ou misto. *In verbis:*

> A prova da inimputabilidade do acusado é fornecida pelo exame pericial. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do réu, o juiz ordenará de oficio ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão, cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal, determina o art. 149 do CPP. Existindo tais indícios, não pode o juiz sequer homologar pedido de desistência do incidente instaurado a requerimento da defesa. Mesmo na hipótese de silvícola, somente a perícia pode comprovar o desenvolvimento mental que lhe permite compreender a ilicitude de seus atos e é plenamente imputável. Não há constrangimento ilegal na determinação de que se recolha o acusado ao estabelecimento psiquiátrico para que submetido ao exame (MIRABETE, 2010, p. 198).

Entende a doutrina que o agente não possui condições de autodeterminação. O direito penal brasileiro exige os seguintes requisitos causais: doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior; cronológico, os efeitos do requisito causal devem se manifestar no momento da ação ou da omissão; consequencial, os efeitos do requisito causal, cronologicamente considerados, devem suprimir a capacidade de autodeterminação ou o entendimento do caráter criminoso do fato.

Segundo Park e Guillaumon (2010), pode ser considerado inimputável aquele que ao tempo da ação ou da omissão era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato que praticou ou de determina-se de acordo com esse entendimento. São considerados inimputáveis os doentes mentais ou com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, os menores de 18 (dezoito) anos e os agentes com embriaguez completa acidental. Assim, é importante conhecer o que deve ser inimputável e imputável, para isso, passa-se a evidenciar o que vem a ser o imputável.

Conforme define Damásio de Jesus (2013, p. 467), a "imputabilidade é um conjunto de condições pessoais que dão ao agente, capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível". Sendo que, constitui um dos elementos da culpabilidade, ou, como ensina Odin Americano apud Nucci (2012, p. 258), "é a roda mestra do mecanismo da culpabilidade, pois toda a força animada ou inanimada, alheia ao bem ou ao mal, não poderá responder pelo evento que causou por não ser causa consciente e livre".

Conforme descreve em seu artigo Barboza (2014), a antiga Parte Geral do Código Penal, antes da reforma de 1984, classificava esse título como "Da responsabilidade", o que, de fato, merecia ser alterado. Nas palavras de Nucci (2012, p. 42), a imputabilidade "é a capacidade de ser culpável e culpabilidade é juízo de reprovação social que pode ser realizado ao imputável, responsabilidade é decorrência da culpabilidade", ou seja, trata-se da relação entre o autor e o Estado, que merece ser punido por ter cometido um delito.

Conforme Sousa (2007), os conceitos não se confundem, embora possam ser interligados. E complementando, Nucci (2012) ressalta que o que está preceituado no Título III do Código Penal (arts. 26 a 28) é matéria de imputabilidade, e não o seu conceito, exatamente nos moldes de outros Códigos, como ocorre na Espanha.

O termo imputabilidade é derivado do verbo "imputar", termo este suscetível de vários sentidos na língua portuguesa. Para o sentido meramente linguístico e segundo o dicionário jurídico, imputar significa o ato de atribuir a alguém a responsabilidade; conferir a alguém um ato (pode inclusive citar alguns sinônimos). Segundo o dicionário jurídico, o sentido do verbo coincide com o significado da língua portuguesa, onde o verbo imputar também significa atribuir "a alguém a responsabilidade". Ainda segundo o dicionário jurídico imputar significa atribuir à alguém a responsabilidade (HOUSSAIS, 2001). Assim, diz-se que a imputabilidade é a possibilidade de atribuir a um indivíduo a responsabilidade por uma infração.

Segundo a doutrina clássica, o pressuposto fundamental da concepção de culpabilidade tem seu substrato elementar na ideia de imputabilidade, ou seja, funda-se em condições

pessoais do agente, que demonstrem sanidade mental ou psicológica suficientes a entender o caráter ilícito do fato e de conduzir-se segundo esse entendimento (NORONHA, 2001).

Com efeito, historicamente, o conceito de imputabilidade surgiu como uma limitação da responsabilidade penal das pessoas que tinham faculdades psíquicas mínimas para participar integralmente da vida de relação social. Pessoas desprovidas de sanidade mental ou maturidade psicológica suficiente ao entendimento pleno do agir ético têm diminuídas e ou eliminada sua responsabilidade ante os fatos sociais. A falta de atributos dessa natureza prejudica a capacidade de consciência e vontade do ser humano, o que torna injusta a responsabilização penal (CAPEZ, 2011).

Segundo descreve o artigo 26, do Código Penal descrito nas palavras de Mirabete, a imputabilidade é a capacidade de o agente entender o caráter ilícito do fato por ele perpetrado ou, de determinar-se de acordo com esse entendimento. *In verbis:*

> Há imputabilidade quando o sujeito é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e agir de acordo com esse entendimento. Só é reprovável a conduta se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também de adequar essa conduta a sua consciência. Quem não tem essa capacidade de entendimento e de determinação é inimputável, eliminando-se a culpabilidade (MIRABETE, 2010, p. 196).

Em termos linguísticos, o sentido do verbo imputar é estendido à palavra imputabilidade, objeto de estudo do Direito Penal Brasileiro, como uma qualidade de quem é imputável, onde, imputável é todo aquele a quem possa atribuir a responsabilidade por algum fato (CAPEZ, 2011).

O ordenamento jurídico brasileiro não conceitua diretamente a imputabilidade penal. Ao examinar o artigo 26 do código penal, seria possível chegar a uma conclusão pela interpretação lógica e indireta ao conceito sobre a imputabilidade. Neste artigo o legislador determina a inimputabilidade como sendo a impossibilidade do sujeito que pratica um ato delituoso, tende a compreender o caráter ilícito do fato gerador previsto no artigo. *In verbis:*

> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Redução de pena. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Menores de dezoito anos.

Para Nucci (2012) a imputabilidade penal é um conjunto de condições pessoais, que envolve a inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato. Portanto, aceita o entendimento de imputabilidade como a possibilidade de atribuir a um indivíduo a responsabilidade por uma infração. Segundo prescreve o artigo 26, do Código Penal, podemos, também, definir a imputabilidade como a capacidade do agente entender o caráter ilícito do fato por ele perpetrado ou, de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Para Nucci (2012) a imputabilidade penal é um conjunto de condições pessoais, que envolve a inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato. Portanto, aceita o entendimento de imputabilidade como a possibilidade de atribuir a um indivíduo a responsabilidade por uma infração. Segundo prescreve o artigo 26, do Código Penal, podemos, também, definir a imputabilidade como a capacidade do agente entender o caráter ilícito do fato por ele perpetrado ou, de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Pela doutrina verifica-se que a imputabilidade integra o contexto da culpa, é um dos

pressupostos fundamentais para impor a pena ao sujeito. A pena será imposta se constar condições necessárias para que o agente responda pela sua conduta. Assim, tem-se o posicionamento de Mirabete (2010, p. 196),

> O homem é um ser inteligente e livre, podendo escolher entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, e por isso a ele se pode atribuir a responsabilidade pelos atos ilícitos que praticou. Essa atribuição é chamada imputação, de onde provém o termo imputabilidade, elemento (ou pressuposto) da culpabilidade. Imputabilidade é assim, a aptidão para ser culpável (MIRABETE, 2010, p. 196).

Imputabilidade penal então se apresenta como a condição ou a qualidade que o agente possui de ser penalizado pelo ato praticado. A partir dessa ideia firmada, sofrerá sanção aquele que no tempo da ação ou omissão tinha capacidade para compreender o que estava realizando. Para ser imputável é necessário o agente ter a capacidade de entender o ato ilícito do fato gerador, determinar a capacidade conduzir sua conduta considerando a compreensão. Senão o conceito do Dicionário Jurídico (2014, p. 71), "Imputabilidade é elemento da culpabilidade que consiste na capacidade psicológica do agente de entender o caráter ilícito do fato que praticou. Compreende as excludentes de menoridade, embriaguez acidental e doença mental ou desenvolvimento retardado".

Quando o agente tem o discernimento necessário para entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, dizemos que este agente poderá ser imputável. Conforme Greco, (2012, p. 385) "A imputabilidade é a possibilidade de atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. Considerado ainda que, " A imputabilidade é regra; e a inimputabilidade, a exceção.

Como bem descreve, Mirabete,

> O homem é um ser inteligente e livre, podendo escolher entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, e por isso a ele se pode atribuir a responsabilidade pelos atos ilícitos que praticou. Essa atribuição é chamada imputação, de onde provém o termo imputabilidade, elemento (ou pressuposto) da culpabilidade. Imputabilidade é assim, a aptidão para ser culpável (MIRABETE, 2010, p. 196).

Damásio de Jesus (2013, p. 407) "descreve que imputar é o ato de atribuir, indicar ao sujeito que praticou a infração penal, a responsabilidade pelo ato praticado. E ainda define a imputabilidade penal, dizendo que o aglomerado de circunstâncias pessoais que dão ao indivíduo a capacidade para que lhe seja imputado a pratica de uma infração penal".

Leciona, Nucci 2009, p. 283 que imputabilidade penal "é a formação das características pessoais do agente, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao indivíduo, ter consciência do caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme esse entendimento.

Nesse sentido conceitua, Capez (2015, p. 326)

> É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável não é apenas aquele que tem capacidade de intelecção sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento. Exemplo: um dependente de drogas tem plena capacidade para entender o caráter ilícito do furto que pratica, mas não consegue controlar o invencível impulso de continuar a consumir a substância psicotrópica, razão pela qual é impelido a obter recursos financeiros para adquirir o entorpecente, tornando-se um escravo da sua vontade, sem liberdade de autodeterminação e comando sobre a própria vontade, não podendo, por essa razão, submeter-se ao juízo de censurabilidade (CAPEZ, 2015, p. 326).

Desta forma, Capez (2015) ainda assevera, "verificamos na imputabilidade um caráter

intelectivo, apresentado na capacidade de entendimento do agente, e outro volitivo que mostra na escolha de controlar e comandar a própria vontade".

Nas palavras de Damásio de Jesus (2013, p. 467) "imputabilidade é um conjunto de condições pessoais que pode ser atribuída ao agente, desta forma verificamos nesse sujeito capacidade para lhe seja juridicamente imputada, indicada a prática de um fato punível".

A doutrina define a imputabilidade como à aptidão *in* concreto para o agente responder pelas consequências penais praticadas por ele mesmo, compreendendo as sanções e as medidas de segurança impostas. No chamado Direito Penal da culpa torna-se necessário a constância do elemento subjetivo, que, por sua vez, implica a normalidade psíquica e mental, de modo que o autor tenha discernimento necessário para entender a caráter delituoso praticado por ele mesmo. *In verbis:*

> Imputável é aquele que embora portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado tem capacidade de entender a ilicitude de seu comportamento e de se autodeterminar. Inexistente, porém, a base biológica da inimputabilidade (doença metal etc.), não importa que o agente, no momento do crime, se encontre privado da capacidade de entendimento e autodeterminação; o indivíduo moralmente pervertido que, no momento do crime, não pode controlar seus impulsos deve ser tido por imputável. A inimputabilidade não se presume e para ser acolhida deve ser provada em condições de absoluta certeza (MIRABETE, 2010, p. 198).

Para Barros (2003, p. 359), imputável "é o homem que ao tempo da conduta, apresenta maturidade mental para entender o caráter criminoso do fato e determina-se de acordo esse entendimento". O fundamento de imputabilidade no Direito penal é a aptidão de entender e querer. Somente o somatório da maturidade e da sanidade mental confere ao homem a imputabilidade penal. O seu reconhecimento depende da capacidade para reconhecer a ilicitude do fato.

Assim é o pensamento de Damásio de Jesus (2013, p. 407) "menciona que imputar é o ato de atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa e define imputabilidade penal, como sendo o conjunto de condições pessoais que dão à agente capacidade para lhe ser juridicamente imputa a pratica de um ato punível".

Fica, portanto, evidente que a imputabilidade é a possibilidade de atribuir, indicar, imputar ao agente a autoria ou responsabilidade por fato típico e ilícito praticado contra alguém. Assim se um indivíduo tendo capacidade de entender o caráter ilícito de um fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, tendo ainda o agente condições emocionais, culturais e intelectuais, de saber que está praticando um fato contrário ao direito, deve este agente submeter-se ao juízo de censurabilidade, imposto pelo Estado.

Assim, tendo evidenciado sobre a imputabilidade e a inimputabilidade, passa-se a evidenciar sobre a culpabilidade, tema do próximo tópico.

1.4 Conceito de culpabilidade

Culpabilidade é o juízo de reprovação que recai sobre a conduta, *v.g*. dizer que aquele jogador, foi o culpado pela derrota do seu time ou pela desclassificação do campeonato, estaremos fazendo um juízo de reprovação sobre a conduta daquele atleta. Logo temos a culpabilidade como exatamente isso, a possibilidade de considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal.

Conforme Greco, (2012, p. 271) "Culpabilidade é juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente". Nas lições de Welzel, apud Greco, (2012, p. 271) 'culpabilidade é a reprovabilidade da configuração de vontade. Para, Nucci (2009, p. 283) trata-se, portanto, de um juízo de reprovação social, que incide sobre o fato e seu

agente, devendo o responsável ser imputável, e ter potencial conhecimento da ilicitude de seu ato. Ainda sobre culpabilidade Capez (2015, p. 317) leciona que "costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito.

Sendo, portanto, a culpabilidade um juízo de desaprovação sobre o comportamento de um determinado indivíduo, por ter realizado uma conduta contrária à norma vigente, quando este deveria ter observado determinada regra à todos imposta pelo Estado, através do ordenamento jurídico presente no momento da ação ou da omissão. Reverbera Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 521) a culpabilidade como sendo o conceito mais debatido da teoria do delito. Enfatizando ainda que em toda teoria está presente o homem, mas na culpabilidade o encontramos mais do que nunca. Sendo fornecido o seu conceito mais amplo, que a reprovabilidade do injusto ao agente. Assim temos o injusto como sendo reprovado! Porque o censuramos? Porque não se observou a norma. Porque é reprovável não ter o autor observado a norma? Porque lhe obrigatório que este a observasse.

O injusto, portanto, é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável quando é reprovável ao agente que realizou a conduta, porque este não observou a norma. Sendo-lhe obrigatório, na situação e, que se encontrava o agente respeita-la.

Concluindo, para Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 521) o agente ao não observar a norma, quando deveria e lhe era exigível que o fizesse, o autor se mostrou internamente contrário ao ordenamento jurídico.

Desta forma, se uma pessoa que tem um grau de instrução mediano, e cujo posicionamento social nos parece adequado e aceito por todos, mas essa pessoa furta um celular numa loja, sem ser impelido ou ameaçado por alguém, não estando também, com algum problema mental, chegamos à conclusão que o referido sujeito, podia e devia ter observado a norma que é para todos imposta pelo Estado.

Assim sendo Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 521) ainda nos ensina que "este conceito de *culpabilidade* é um conceito de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse".

Assim, tendo conceituado, passa-se a falar sobre as teorias que envolvem a culpabilidade.

1.4.1 Teorias sobre a culpabilidade

O conceito de culpabilidade teve relevante e importante evolução, assim podemos fazer alusão as principais teorias:

A primeira teoria, é chamada de teoria psicológica ou causalista. Sendo que, segundo Nucci, (2009) "culpabilidade é considerável elementar do crime, uma vez que figura seu enfoque subjetivo, isto é, dolo e culpa. Para a referida corrente se o agente praticar um típico e ilícito que são os aspectos objetivos do crime, a noção de antijuridicidade só estará completa se o sujeito que praticou o delito agiu com dolo ou culpa. Desta forma estará subjetivamente, o agente ao fato por ele efetuado, esses são os aspectos subjetivos do crime. Em resumo, culpabilidade é dolo ou culpa;

A teoria psicológica da culpabilidade**,** conforme Capez (2015), teve sua ascensão com maior vigor no sistema naturalista ou causal da ação, preconizado por Von Liszt e Beling, apud Capez (2015) e fazia uma reflexão a situação dogmática da Alemanha no ano de 1900. A referida teoria estabelece que a culpabilidade é o laço psicológico que sistematiza entre a conduta e o resultado, por meio do dolo ou da culpa. Portando o vínculo que há entre a conduta e o resultado termina no dolo e na culpa, que desta forma passam integrar as duas únicas espécies de

culpabilidade.

A conduta, portanto, e vista entro de um prisma meramente naturalístico, desta forma refere-se a simples causa do resultado. Assim a ação tem por objeto puramente o crime, por sua vez a culpabilidade se torna um elemento subjetivo, aparecendo em dado momento como dolo, outro como culpa. Com isso pode-se afirmar que para a teoria em pauta, tem como único pressuposto para responsabilizar o agente a imputabilidade associado ao dolo ou a culpa. Contudo a de se ressaltar que a referida teoria sofreu muitas críticas da doutrina, que nas palavras de Capez:

> [...] nela não se encontra explicação razoável para a isenção da pena nos casos de coação moral irresistível e obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal em o agente é imputável e agiu com dolo (como excluir-lhe, então, a culpabilidade?) [...] a culpa não pode integrar a culpabilidade psicológica porque é normativa, e não psíquica; [...] a partir da descoberta dos elementos subjetivos do injusto, enunciados por Mezger, comprovou-se que o dolo não pertence a culpabilidade, mas à conduta, pois sua exclusão leva à atipicidade do fato. Segundo assevera Damásio E. de Jesus, "o erro desta doutrina consiste em reunir, como espécies de culpabilidade, fenômenos completamente diferentes: dolo e culpa' (CARPEZ, 2015, p. 323).

A segunda teoria, é chamada de teoria normativa ou psicológico-normativa. Nessa teoria, Nucci (2009) enfatiza que, o conteúdo normativo da culpabilidade, esta teoria não trata somente do aspecto psicológico (dolo e culpa), verifica-se aqui também a questão do juízo de reprovação social, ou também denominado de juízo de censurabilidade, que deve-se fazer em relação ao agente que praticou um fato típico é ilícito, quando este for considerado imputável (a imputabilidade passa a ser elemento da culpabilidade e não apenas mero pressuposto, entretanto se o agente agir com dolo (onde está presente a consciência da ilicitude) ou ainda tiver agido com, assim deve haver prova da exigibilidade, ou ainda a viabilidade de comportar-se em adequação as normas dos ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto, nas palavras de Capez (2015), essa teoria pode ser vista como o surgimento do fundamento normativos e subjetivos da norma penal, com isso o sistema naturalista de Von Liszt e Beling, apud Capez (2015) sofreu significativo abalo. Daí surgiu a figura da teoria normativa da culpabilidade, idealizada por Reinhard Frank, apud Capez (2015) em 1907.

Com isso, essa teoria exige como pressupostos para configuração da culpabilidade, vai além do 'dolo ou culpa e imputabilidade'. Verifica-se a necessidade de uma explicação adequada e coerente para situações tais como a coação moral irresistível, neste exemplo o agente provoca o resultado com dolo ou culpa, é imputável, porém não pode ser punido. Apresenta-se assim como pressupostos da culpabilidade:

a) Imputabilidade;
b) Dolo e culpa;
c) Exigibilidade de conduta diversa.

Em se tratando do "dolo" este era normativo, seu conteúdo e caracterizado pala consciência atual da antijuridicidade, em outras palavras, e dizer que a ação ou omissão é reprovável pela sociedade. Desta forma o dolo era formado pela compreensão da vontade, que é o pressuposto básico para realizar uma ação, e por fim o dolo era constituído pela consciência da ilicitude.

A terceira teoria da culpabilidade, é chamada de teoria normativa pura da culpabilidade. Sendo que essa teoria, pode ser denominada de teoria finalista, conforme descreve Capez (2015) tal denominação adveio da (década de 30). Teve como idealizador, Hans

Welzel, que destacou não ser possível o "dolo" andar junto com o juízo de culpabilidade, fincando assim caracterizado a intenção humana como sendo e elemento fundamental do abjeto da ação do agente, sendo assim definido o "finalismo". Conforme, Nucci,

> Conduta, sob a ótica do finalismo, e uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade. Logo, ao agir, o ser humano possui uma finalidade, que é analisada, desde logo, sob o prisma doloso ou culposo. Portanto para tipificar uma conduta – conhecendo-se de antemão a finalidade da ação ou da omissão – já se ingressa na análise do dolo ou da culpa que se situa, pois, tipicidade – e não na culpabilidade (NUCCI, 2009, p. 284).

Nas lições de Capez (2015), estabelecido que dolo e a culpa estão diretamente ligados à conduta, temos a culpabilidade passando a ter caráter inteiramente valorativa ou normativa, sendo assim e o que chamamos de juízo de valor, de censurabilidade, que recai sobre a conduta do agente que praticou a infração penal.

1.5 Potencial consciência da ilicitude

Na observância do que diz, Capez (2015, p. 341) "o desconhecimento da lei é inescusável (CP, art. 21), pois ninguém pode deixar de cumprir a lei alegando o desconhecimento desta" (LINDB, art. 3°). Assim verificamos o antigo brocardo de direito romano *ignoratia legis neminen excusat.* Para, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 532) "A lei não exige o efetivo entendimento da ilicitude, mas somente a possibilidade desse entendimento".

Assim para o Direito Penal, entendimento é semelhante a compreensão, não sendo suficiente o conhecimento da ilicitude, porque a antijuridicidade apresenta um axioma, e esses valores não são adquiridos pelo conhecimento, entretanto são angariados pela compreensão. A doutrina nos traz tal premissa assim sendo a 'consciência da ilicitude', contudo essa denominação pode ser um tanto quanto equivocada, pois a lei, exige tão somente, a possibilidade que se pode exigir do entendimento da antijuridicidade.

Capez (2015), contudo, encontramos a exceção do art. 8° da Lei de Contravenções Penais, que nos apresenta o erro de direito como sendo a possibilidade de perdão judicial, ao disciplinar que, 'no caso de ignorância ou errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada', entretanto, não surtirá nenhum efeito se o agente alegar que não conhecia determinada conduta como sendo tipificada como infração penal, pois há uma presunção absoluta em sentido contrário.

Conforme Greco, (2012), art. 21, do Código Penal, na sua primeira parte estabelece que o "desconhecimento da lei é inescusável". Contudo na sua segunda parte, ao falar sobre erro de proibição, diz que sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta a pena. Por esta análise, percebe-se que o Código Penal no referido artigo tenta fazer uma distinção entre a inobservância da lei e o não conhecimento sobre a ilicitude do fato. Senão, vejamos o referido artigo: "Art. 21 do Código Penal: O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço".

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli:

> Não se deve confundir a "consciência da antijuridicidade", como conhecimento potencial exigido na culpabilidade, com a "consciência individual" que repudia a norma jurídica. Isto dá lugar a outros tipos de problema, que, em conjunto, são conhecidos como "autoria por consciência" ou por "consciência dissidente". O autor por consciência ou por consciência dissidente é aquele que sente necessidade de cometer o injusto em virtude de um imperativo de consciência, isto é, como um dever moral (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 535).

Assim quem, por dever de consciência introduz a mão em nosso bolso para furtar a nossa carteira, pode ser considerado um fanático que só praticou tal conduta para obter fundos para a organização criminosa a qual pertence. Por outro lado, quem praticou a mesma conduta,

mas não impelida por qualquer consciência de fazê-lo, normalmente não agiu com qualquer dever de consciência.

Conforme Nucci 2009, o erro é a equivocada compreensão da realidade ou desconhecimento do objetivo de conduta, imposto ao agente. Tem-se então um estado positivo). Por outro lado, temos a ignorância como sendo a falta de representação da realidade ou o não conhecimento total do objeto, como sendo uma conduta tipificada como antijurídica. (Trata-se, portanto, de um estado negativo).

Assim, Capez assevera:

> Erro de proibição: a errada compreensão de uma determinada regra legal pode levar o agente a supor que certa conduta injusta seja justa, a tomar uma errada por certa, a encarar uma anormal com normal, e assim por diante. Nesse caso, surge o que a doutrina convencionou chamar de 'erro de proibição' (CARPEZ, 2015, p. 342).

Ainda segundo Capez (2015) o agente que se encontra numa determinada realidade, compreende mal um dispositivo legal cabível ao caso concreto, e termina por realizar uma conduta que entende ser lícita, mas sendo tal atitude na verdade proibida. Assim, por um equivocado entendimento da norma, dá-se o nome de 'erro de proibição'. Nas lições de Welzel, apud Capez, (2015, p. 342) "caracteriza-se o desconhecimento profano do injusto (achar que o errado é certo).

2 MAIORIDADE PENAL

2.1 Maioridade penal no direito comparado

Como já abordado, a diminuição da maioridade penal é uma questão muito polêmica no Brasil. Há toda uma discussão sobre a eficácia dessa medida no ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu escopo a missão de proteger os interesses da criança e do adolescente, com penalidades que visam a ressocialização e reabilitação do menor. Nos Estados Unidos, onde o sistema penal é um dos que tem a menor faixa etária de idade para a punição de criança e adolescente do mundo, o sistema penal tem por objetivo punir o menor de forma severa, pelos crimes cometidos.

Segundo Souza e Biaggi (2013, p. 56), "os índices de crimes cometidos por menores de idades são significativos e se estendem na fase adulta". Ainda sobre a questão Souza e Biaggi aduz sobre o tema citando artigo publicado no Jornal New York Times de 11 maio de 2007, que diz o seguinte:

> Nas sociedades em que este critério objetivo não é adotado, várias são as críticas formuladas. Exemplo disso são os EUA, que admitem a aplicação de sanção penal a menores de 18 anos e que " [...] cometeram um erro de cálculo desastroso quando submeteram adolescentes infratores à Justiça de Adultos, em lugar de aplicar-lhes as regras e procedimentos das Cortes Juvenis. Os promotores argumentavam que tal política retiraria das ruas os infratores adolescentes violentos e inibiria futuros crimes. Entretanto, um recente estudo nacional endossado pelo governo federal demonstrou que os jovens submetidos às penas de adultos cometeram, posteriormente, crimes mais violentos, se comparados àqueles que foram julgados e responsabilizados pela Justiça Juvenil Especializada (SOUZA; BIAGGI, 2013, p. 56).

É notório que a sociedade tem buscado maneiras para melhorar a resposta do Estado quanto a questão da impunidade nos crimes cometidos por menores, porém, não há uma constatação clara, que essa medida seja a solução que a sociedade anseia. Embora haja uma comoção geral quando um crime for cometido por um menor e que a pena aplicada é branda demais. Exemplo disso, foi o caso do menino João Hélio, de 6 anos, assassinado de forma brutal,

ao ser arrastado pelas ruas do Rio de Janeiro, preso ao cinto de segurança do carro da família, por delinquentes juvenis (D'URSO, 2013).

Antes de tratarmos dessa questão, ver-se-á como a maioridade penal é tratada por outros países. Assim, para melhor descrever como a maioridade penal tem sido vista em alguns países do mundo, demonstra-se o quadro 1:

QUADRO 1: A maioridade penal pelo mundo: análise das idades e determinações.

PAÍS	IRPJ	IRPA	DETERMINAÇÕES
Brasil	12	18	O artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às medidas socioeducativas previstas na lei.
Estados Unidos	10	12/16	Na maioria dos Estados Americanos, adolescentes com mais de 12 anos podem ser submetidos aos mesmos procedimentos dos adultos, inclusive com a imposição de pena de morte ou prisão perpétua. O país não ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.
China	14/16	18	A Lei Chinesa admite a responsabilidade do adolescente de 14 anos nos casos de crimes violentos como homicídios, lesões graves, intencionais, estupro, roubo, tráfico de drogas, incêndio, explosão, envenenamento, etc. nos crimes cometidos sem violência, a responsabilidade somente se dará aos 16 anos.
Argentina	16	18	O Sistema Argentino é Tutelar. A Lei N° 23.849 e o Art. 75 da *Constitución de la Nación* Argentina determinam que, a partir dos 16 anos, adolescentes podem ser privados de sua liberdade se cometem delitos e podem ser internados em alcaidías ou penitenciárias.
França	13	18	Os adolescentes entre 13 e 18 anos gozam de uma presunção relativa de irresponsabilidade penal. Quando demonstrado o discernimento e fixada a pena, nesta faixa de idade (Jeune) haverá uma diminuição obrigatória. Na faixa de idade seguinte (16 a 18) a diminuição fica a critério do juiz.
Irlanda	12	18	A idade de início da responsabilidade está fixada aos 12 anos porém a privação de liberdade somente é aplicada a partir dos 15 anos.
Japão	14	21	A Lei Juvenil Japonesa embora possua uma definição delinquência juvenil mais ampla que a maioria dos países, fixa a maioridade penal aos 21 anos.
Inglaterra e País de Gales	10/15	18/21	Embora a idade de início da responsabilidade penal na Inglaterra esteja fixada aos 10 anos, a privação de liberdade somente é admitida após os 15 anos de idade. Isto porque entre 10 e 14 anos existe a categoria Child, e de 14 a 18 Young Person, para a qual há a presunção de plena capacidade e a imposição de penas em quantidade diferenciada das penas aplicadas aos adultos. De 18 a 21 anos, há também atenuação das penas aplicadas.
México	11	18	A idade de início da responsabilidade juvenil mexicana é em sua maioria aos 11 anos, porém os estados do país possuem legislações próprias, e o sistema ainda é tutelar.
Turquia	11	15	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.

Fonte: Souza e Biaggi (2013, p. 54-56)

Analisando essa questão da faixa etária que as crianças e adolescentes são punidos pelo Brasil e no mundo, observa-se os Estados Unidos é o país que tem o sistema penal com menor faixa etária. Porém, há algumas críticas quanto a esse sistema, enfocando que este é ineficaz e não reduz a criminalidade. Nesse sentido, posiciona-se Amorim com o seguinte relato:

> O sistema penal dos Estados Unidos é um dos mais punitivos do mundo contra menores de idade. Nas celas norte-americanas, mais de 2.500 jovens cumprem a pena de prisão perpétua sem a perspectiva de um dia conseguir liberdade condicional. A legislação de alguns estados dos EUA também prevê a pena de morte para menores de idade. A despeito da rigidez da política de encarceramento do país, um estudo concluído em 2012 confirmou o que muitos reformistas já vinham argumentando: a maioria dos condenados — muito dos quais tinham apenas 13 anos quando cometeram seus crimes — é de origem pobre, presenciou violência na infância e já sofreu abusos físicos e sexuais quando criança. O estudo *The Lives Of Juvenille Lifers* ("As vidas dos jovens que cumprem prisão perpétua"), feita pelo *The Sentencing Project* e publicada pela revista *In These Times*, é a primeira pesquisa nacional sobre o tema. Após ouvir cerca de 1,6 mil condenados por crimes cometidos antes dos 18 anos, a pesquisa chegou a algumas conclusões:***** 79% afirmou já ter presenciado violência doméstica; * metade deles sofreu agressão física antes de cometer o crime (cerca de 80%, entre as garotas);***** um em cada cinco foi vítima de violência sexual (77% das meninas foram estupradas).Sobre o perfil dos sentenciados, a realidade prisional juvenil segue à risca as estatísticas do sistema carcerário como um todo: 60% dos entrevistados são negros e apenas 25% são brancos. E pior, os números indicam que quanto mais escura é a pele do réu, mais dura é a sentença. Se o acusado é negro, é mais alta a probabilidade de ser condenado à morte pelo júri — se a vítima for branca, então, a chance aumenta mais quatro vezes. Por passar tantos anos na prisão sem qualquer perspectiva de um dia sair de lá — a média entre os ouvidos pela pesquisa é de 16 anos gastos atrás das grades —, os jovens passam a reagir de maneira mais positiva com o ambiente que os cerca. Depois de uma década na prisão, cerca de 35% conseguiu ficar três anos sem ser submetido a qualquer medida disciplinar. Depois de 21 anos, 60% não protagonizou incidentes. "Muitos jovens enxergam o ambiente da prisão como tudo o que eles terão para controlar pelo resto da vida, e assim fazem de tudo para extrair o melhor possível com os recursos disponíveis", descreve a pesquisa. Programas educacionais e política de trabalho para os jovens condenados também são limitados. Mais da metade dos entrevistados não estava inserida em qualquer tipo de programa de reabilitação. E não por falta de interesse. Para 80% dos ouvidos, ações deste tipo não estão disponíveis ou são restritas — muitos são recusados justamente por estarem cumprindo a pena de prisão perpétua. Segundo a lógica do sistema, já que os jovens nunca vão conseguir voltar à sociedade, não há motivos para ensiná-los habilidades de trabalho e de convivência (AMORIN, 2013, p. 01).

Segundo Souza e Biaggi (2013), uma questão que coloca em debate a maioridade penal, são as políticas sociais ineficazes, que corroboram com um maior índice de crimes praticados por crianças e adolescentes. Nos Estados Unidos tem-se uma política punitiva, enquanto que no Brasil tem-se a política de ressocialização. Ainda conforme a autora, nos Estados Unidos tem-se legislações que tem por objetivo garantir o bem-estar do menor e o direito a um julgamento justo, baseado nos princípios de inocência e da ampla defesa, mas sempre mantendo o caráter punitivo.

Neste contexto, Alvares relata sobre a questão a maioridade penal no mundo, ressaltando principalmente que vários países reviram a decisão de baixar a maioridade penal, devido não ter havido redução no índice de criminalidade, o autor relata nestes termos:

> Um levantamento de 2009 da Unicef (Fundo das Nações Unidas para a Infância) feito em 54 países apresentou uma grande variação da maioridade penal, que oscila entre os 12 e 21 anos no mundo. Além da Alemanha, Portugal e Escócia também adotam uma faixa intermediária pós-maioridade penal, geralmente entre os 18 e 21 anos, em que pode haver atenuação das penas e possibilidade de julgamento pela Justiça juvenil ou comum, dependendo do caso. Outros países têm a modalidade de responsabilidade penal juvenil. Na Argélia, por exemplo, começa aos 13. No Canadá, aos 12. Mas o país admite que, a partir dos 14 anos, em casos de extrema gravidade, o adolescente seja julgado pela Justiça comum. Entre os 54 países que reduziram a maioridade, em algum momento de sua história, e onde não se registrou redução da violência, destacam-se a Espanha e a Alemanha, que recuaram na decisão de criminalizar menores de 18 anos. (ALVARES, 2015, p. 01)

De acordo com Ricci, em seu artigo sobre maioridade penal, pode-se observar o seguinte posicionamento ao comparar a maioridade no Brasil e em outros países.

> Nossa cultura é oposta à tradição jurídica da Inglaterra e EUA. Para estes dois países (há alterações importantes em curso) crianças e adolescentes acusados de autoria de atos infracionais podem ser punidos. Foi publicado, no Brasil, um importante livro intitulado Gritos no Vazio: a história de Mary Bell, de autoria de Gitta Sereny, que relata os equívocos desta concepção jurídica e sociológica. O livro trata da prisão de uma pré-adolescente que assassinou duas crianças. Um fato real e dramático. A tradição e cultura latina é mais comunitária e menos individualista. Baseia-se na convicção que o processo educacional não é uma virtude individual, mas uma responsabilidade da coletividade. Na prática, isto significa que uma criança não possui responsabilidade sobre o que faz, não tem maturidade intelectual suficiente para compreender a gravidade de seus atos (RICCI, 2014, p. 01).

No entanto, visto ao aumento da criminalidade e o grande número de crimes cometidos por crianças e adolescentes, muitos países têm endurecido na questão da redução da maioridade penal. Nesse sentido, Alvaresassim enfatiza:

> Entretanto o movimento para reduzir maioridade penal tem recrudescido em alguns países. Em 2010, a Dinamarca baixou de 15 para 14 anos e em 2014 alguns políticos propuseram uma queda para 12.Em junho de 2011, parlamentares franceses votaram uma nova lei na Assembleia Nacional que introduziu uma reforma no sistema de Justiça juvenil. A lei previa a criação de um tribunal penal com um juiz de menores para tratar dos infratores reincidentes com idade entre 16 e 18 anos. Nos últimos anos, países como Hungria, Peru, Rússia e Coreia do Norte também estudam baixar os limites da maioridade. No caso dos Estados Unidos, o país adota a maioridade penal para jovens de 12 a 16 anos, dependendo do Estado, os adolescentes podem até ser condenados à prisão perpétua ou morte. O país jamais ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, tratado que visa à proteção de crianças e adolescentes de todo o mundo, aprovada na Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 (ALVARES, 2015, p. 01).

Pode-se observar que a questão da maioridade penal tanto no Brasil, como no mundo é uma questão polêmica. Enquanto há aqueles que evidenciam ser necessário um sistema mais punitivo, há outros que preferem um sistema que trabalhe no intuito de prevenir as infrações. Essa discussão e os posicionamentos ainda serão tratados neste estudo. Antes, porém, o próximo tópico, traz a questão da maioridade penal como cláusula pétrea da Constituição Federal.

2.2 A maioridade penal como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988

Primeiramente é salutar o entendimento de que cláusula pétrea é aquela imodificável, irreformável e insuscetível de mudança formal, senão pelos detentores do poder constituinte originário. São considerados como cláusulas pétreas os dispositivos especificados no artigo 60, §4° da Constituição Federal, onde diz que:

> Poderá ser emendada mediante proposta: §4°- não será objeto de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de estado; II- o voto direito, secreto, universal e periódico; III- a separação dos Poderes; IV- os direitos e garantias individuais.

Tornado o artigo 228 da Constituição, imutável, a alteração seria uma interpretação contrária aos princípios adotados pela Constituição. De acordo com Delmanto *et al*.,

> Seria um grave equívoco de nosso legislador. Não obstante a maioridade penal não esteja incluída em uma das chamadas cláusulas pétreas do art. 5° da Magna Carta, mas sim em ser o art. 228, o marco dos 18 anos deve ser prestigiado. Sobretudo em um País como o nosso em que o abismo social é um dos maiores do mundo, sendo os nossos infantes explorados mediante toda sorte de agruras, como pedir esmolas em faróis até altas horas da noite, vivendo em favelas sem um mínimo de dignidade. E, sobretudo, sem qualquer perspectiva de ascensão social (DELMANTO et al, 2007, p. 107).

De acordo com o Dicionário Informal,

> Cláusulas pétreas são limitações materiais ao poder de reforma da constituição de um estado. Em outras palavras, são disposições que proíbem a alteração, por meio de emenda, tendentes a abolir as normas constitucionais relativas às matérias por elas definidas (DICIONÁRIO INFORMAL, 2014, p. 01).

Segundo Olímpio (2007, p. 01), "as cláusulas pétreas são de suma importância para o direito e para a democracia do País. Para o direito elas simbolizam a segurança e certeza jurídicas, para a democracia, consagram valiosas normas sobre a participação e a organização políticas". Para Lourenço,

> As normas contidas no art. 60 da Constituição da República regulam a elaboração pelo Congresso Nacional de emendas à Carta Magna. O Poder Legislativo é um poder constituído, portanto absolutamente subordinado ao Poder Constituinte, o qual elaborou o texto inicial da Lex Legum, inclusive os comandos insculpidos em seu art. 60. Se qualquer desses preceitos for desrespeitado pelo Congresso Nacional, a emenda constitucional será contrária à Lei Maior e, por isso, inconstitucional (LOURENÇO, 1998, p. 73).

A tese da inconstitucionalidade da redução da maioridade penal tem como embasamento o argumento de que essa pretensão violaria o artigo 41 da Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança. Segundo o qual os países signatários desse ato, entre eles o Brasil não poderia tornar mais gravosa à lei interna relativa à responsabilização de menores.

Segundo Terra, sobre a discussão, tem-se o seguinte posicionamento:

> Inaugura-se, pois, a discussão em torno da redução do limite etário da imputabilidade penal, alinhando-se a esta corrente aqueles que, além de pretenderem a manutenção do sistema penal, quer agora incluir e abranger, neste grande fracasso, os adolescentes a partir dos seus 16 (dezesseis) anos. Como se não bastasse, através de falsos pressupostos, tentam convencer a opinião pública da adequação de tal medida, sob o argumento falacioso de que as leis rigorosas e penas mais severas seriam a solução para os graves problemas da criminalidade. Todos os argumentos sócios jurídicos já foram exaustivamente consignados por ilustres e eminentes juristas, contrapondo-se a proposição em questão, que além de inconstitucional e contrária aos princípios democráticos e de direito, é sobretudo perversa, própria dos Estados totalitários (TERRA, 2014, p. 10).

A inconstitucionalidade da redução da maioridade se mostra maioria na atualidade de forma maçante pela doutrina, uma vez que entendem que as medidas socioeducativas se apresentam mais eficazes que as penas privativas de liberdade, em razão da sua finalidade pedagógica e ressocializadora. Assim, mesmo diante de crescente delinquência juvenil não deve o Estado violar princípios sagrados presentes na Constituição Federal. Assim é que, a Dignidade da pessoa Humana deva ser o norte de qualquer discussão travada em sociedade.

No entanto, há de se questionar que o sistema punitivo talvez traria uma melhor ênfase ao sistema penal brasileiro, sendo necessário já que se trata de uma questão de justiça, onde o menor que infringiu a legislação tem que pagar na mesma proporcionalidade do crime cometido. Para tal, no próximo capítulo, abordara-se sobre a maioridade penal como questão de justiça.

CONCLUSÃO

A questão do aumento da criminalidade é um problema cada vez mais latente na sociedade brasileira. O número de jovens e adolescentes envolvidos em delitos é cada vez maior. Notícias de jovens e adolescentes envolvidos em crimes bárbaros e em pequenos delitos, são cada dia mais veiculadas na mídia. Assim, a partir da violência gerada e do envolvimento cada vez maior de jovem, é que ressurgiu a polêmica discussão quanto a redução da maioridade penal.

A questão apesar de controvertida, mostra-se uma alternativa a ser considerada já que o Estado não é capaz de ressocializar os jovens e adolescentes através das medidas socioeducativas. A aplicabilidade de penas mais severas é vista como uma questão de justiça, já que o direito à vida é uma cláusula pétrea da Constituição Federal, e quando um jovem ou adolescente comete um crime contra a vida, está ferindo essa cláusula e assim merece ter uma pena proporcional ao seu delito.

Cada vez mais, as organizações criminosas têm se utilizado de jovens e adolescentes para cometer as infrações, na certeza da impunidade. Assim, é necessário que iniciativas mais duras sejam tomadas a fim de reduzir a criminalidade brasileira.

Desta forma observamos que a redução da maioridade penal deve ser vista como medida de inteira justiça ao caso concreto. Pois verifica-se a necessidade de haver uma punição razoável ao menor infrator, pois apenas a função simbólica do direito penal e inócua, inútil. Pois o que combate à criminalidade não é perpetrar uma ação ou omissão como sendo crime, não será cominando pena a essa violação, o que combate à criminalidade é a certeza de uma punição justa e rápida. Nenhum delinquente tem medo de uma pena de 30 anos quando ele sabe que ela não vai ser aplicada, que o Estado é ineficiente, todavia terá medo de uma pena de 1 ano que seja quando este souber que a referida pena será aplicada de forma efetiva.

Sendo assim, por essas e outras razões defendemos o posicionamento de que deve ser reduzido a maioridade penal no Brasil. E que essa redução é sim uma questão de justiça ao caso concreto. Propõe-se ainda, que aliada a redução da maioridade penal, sejam feitos investimentos em educação, para que haja eficácia da medida, já que conforme relatado neste estudo, a educação é o caminho para a redução da criminalidade.

REFERÊNCIAS

ALVARES, Rodrigo. **De acordo com Unicef, maioridade penal no mundo oscila entre 12 e 21 anos.** Publicado em: 17 abr. 2015. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2015/04/17/polemica-no-congresso-idade-para-maioridade-penal-nao-chega-a-consenso-em-varios-paises.htm>. Acesso em: 20 mai. 2016.

AMORIM, Felipe. **EUA: menores punidos com prisão perpétua são negros, pobres e vítimas de violência.** São Paulo: Revista Samuel, v. 5, publicado em 12 abr.2013. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/36727/ eua+menores+punidos+com+prisao+perpetua+sao+negros+pobres+e+vitimas+de+violencia.shtml>. Acesso em: 20 mai. 2016.

AZEVEDO, Maurício Maia de. O **Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. Monografia promovida pelo Museu da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/ 10136/30354/codigo_mello_mattos_seus_reflexos.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2016.

BALTAZAR, Iolmar Alves. **Em artigo, juiz afirma ser contra a redução da maioridade penal no Brasil.** Publicado em: 18 out. 2013. Disponível em: <http://osoldiario.clicrbs.com.br/sc/cidades/noticia/2013/10/em-artigo-juiz-afirma-ser-contra-a-reducao-da-maioridade-penal-no-brasil-4306016.html>. Acesso em: 20 mai. 2016.

BARBOZA, Suyeme Rochelly Silva de Araújo.**A redução da maioridade penal à luz da Constituição Federal de 1988**. Publicado em: out. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33089/a-reducao-da-maioridade-penal-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 20 mai. 2016.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/constituição/constituiçao.htm/>. Acesso em: 20 mai. 2016.

_____. **Decreto-lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Ementa: Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 mai. 2016.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 mai. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **PEC 171/93**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>. Acesso em: 20 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 33.401-RJ,5. ªt., rel. Felix Fischer, 28.09.20047, v.u., DJ 03.11.2004, p. 212. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152898/habeas-corpus-hc-33401-rj-2004-0011560-7>. Acesso em: 20 mai. 2016.

BUENO, Fábio José. **Número de crimes cometidos por adolescentes vem aumentando, diz promotor.** Publicado em: 17 jun. 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/490431.html>. Acesso em: 22 mai. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARELLI, Andréa. MP: Educação é saída para reduzir criminalidade praticada por criança e adolescente. **Fórum Mundial de Direitos Humanos**, 10 a 13 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/infanciaejuventude/ index.php?option=com_content&view=article&id=898:mp-educacao-e-saida-para-reduzir-criminalidade-praticada-por-crianca-e-adolescente&catid=2:noticias&Itemid=13>. Acesso em: 20 mai. 2016.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

D'URSO, Luiz Flávio Borges de. **A Impunidade e a Maioridade penal.** Publicado em: 22 jun. 2013. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/ conteudo/conteudo.php?conteudo=372>. Acesso em: 24 mai. 2016.

DICIONÁRIO INFORMAL. **Cláusulas Pétreas.** Publicado em: 17 nov. 2014. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/>. Acesso em: 20 mai. 2016.

DICIONÁRIO JURÍDICO. **Inimputável e Imputabilidade.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/671/Inimputavel>. Acesso em: 20 mai. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** Petrópolis: Vozes, 2004.

GARCIA, Wagner. **Super-Revisão OAB:** doutrina completa. Indaiatuba: Foco, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

_____. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. S.; FRANCO, F. M. M (org.). **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JACINTO, Lucas. **Pesquisa mostra que investimento em educação reduz criminalidade**. Publicado em: 05 jun. 2013. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/06/05/pesquisamostraqueinvestimentoem-educacaoreduzcriminalidade.htm>. Acesso em: 19 mai. 2016.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal:** Parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JORGE. Éder. **Maioridade Penal:** Correntes Pró e Contra a Redução. Publicado em: 17 fev. 2002. Disponível em:

<http://osmunicipais-lourdes.blogspot.com.br/2013_01_01_archive.html>. Acesso em: 14 mai. 2016.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF.** Ed. Forense, 1998.

MARÇAL, Vinicius de Medeiros. **Sujeito de direito**: personalidade e capacidade perante a Sociedade. Publicado em: 14 mar. 2010. Disponível: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2059/2130>. Acesso em 20 mai. 2016.

MATTA, Carlos Eduardo Fonseca. É preciso endurecer as punições. São Paulo: **Rev. Superinteressante**, abr. 2012. Disponível em: <http://super.abril.com.br/cultura/e-preciso-endurecer-as-punicoes>. Acesso em: 29 mai. 2016.

MENEZES, Carlos Alberto. Os limites da idade penal. In: **SIMPOSIO INTERNACIONAL DO ADOLESCENTE**, 2. 2005, São Paulo. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000082005000200051&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 24 mai. 2016.

MEIRA, Sílvio A. B. **Lei das XVII tábuas.** Fonte do direito público e privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V. I. Parte Geral.15 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. V. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11. ed. rev. atual e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Manual de direito penal**. Revista e Atual e Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLÍMPIO, Daniela. **O que é cláusula pétrea?.** Artigo publicado em 18/04/2007. Disponível em: <http://www.acessa.com/consumidor/arquivo/vocesabia/ 2007/04/16-daniela/>. Acesso em: 20 mai. 2016.

OLIVEIRA, Heloisa Helena de. **Educai as crianças e não será preciso punir os homens**. Publicado em: 21 mar. 2014. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunistas/%E2%80%9Ceducai-as-criancas-e-nao-sera-preciso-punir-os-homens%E2%80%9D/>. Acesso em: 14 mai. 2016.

PAIM, Paulo. Redução da maioridade penal não resolve problema da violência afirma Paim. **Portal de Notícias do Senado Federal**, 28 de março de 2014. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/03/28/ reducao-da-maioridade-penal-nao-resolve-problema-da-violencia-afirma-paim>. Acesso em: 20 mai. 2016.

PASSARINHO, Nathalia. Após manobra, Câmara aprova proposta para reduzir maioridade. **G1**, 02/07/2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/apos-rejeitar-pec-camara-aprova-novo-texto-que-reduz-maioridade.html>. Acesso em: 02 jul. 2015.

PARK, Thais Hae Ok Brandini. GUILLAUMON, Brandini Park. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Cronus, 2010.

PASCUIM, Luiz Eduardo. **Maioridade Penal.** Curitiba: Juruá, 2008.

PUREZA, Diego Luiz Victório. Principais argumentos sobre a redução da maioridade penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4484, 11 out. 2015. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/43464>. Acesso em: 18 jul. 2016.

RICCI, Rudá. **A maioridade de um país.** Publicado em: 14 fev. 2014. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/ conteudo.php?conteudo=272. Acesso em: 20 mai. 2016.

ROLIM, Marcos **Mais educação, menos violência**: caminhos inovadores do programa de abertura das escolas públicas nos fins de semana. Brasília: UNESCO, Fundação Vale, 2008.

SOUSA, Klayton César Barbosa de. **Aspectos concernentes à redução da maioridade penal**. Brasília: UCB, 2007. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/3415/1/Klayton%20Cesar%20Barbosa%20de%20Sousa.pdf>. Acesso em 20 mai. 2016.

SOUZA, Beatriz. **Reduzir a maioridade penal, é a solução para a criminalidade?** Publicado em: 25 mar. 2015. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/reduzir-a-maioridade-penal-e-a-solucao-para-a-criminalidade>. Acesso em: 22 mai. 2016.

SOUZA, Kenia Maira de. BIAGGI, Enio Luiz de Carvalho. Direito Izabela Hendrix – Belo Horizonte – vol. 10, nº 10, agosto de 2013. Disponível em: <http://www3.izabelahendrix.edu.br/ojs/index.php/dih/article/view/722/615>. Acesso em: 22 mai. 2016.

TERRA, Sylvia Helena. **Sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a inimputabilidade penal.** Disponível em: <http://www.abong.org.br/novosite/download/dcatexto1.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro V.1:** parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

INTERNACIONALIZAÇÃO DA ADOÇÃO

INTERNATIONALIZATION OF ADOPTION

Wéllington Antunes da Silva [79]
Orlando de Andrade neto[80]

RESUMO

O presente trabalho tem como foco principal a discussão sobre a internacionalização da adoção, que com a globalização, revolução dos meios de comunicação, a unificação dos países em blocos econômicos, colaborou para uma maior interação entre os povos, causando automaticamente vários problemas e equívocos. Visa- se discutir acerca dos principais problemas jurídicos decorrentes dessa modalidade de adoção, e também sobre os principais problemas como o tráfico de menores. Busca a desmistificação desse tema, devido sua complexibilidade geradora de impasse em sua aceitação. Serão abordados os aspectos constitucionais da adoção no Brasil. Espera-se demonstrar a importância da internacionalização da adoção, com o foco principal na humanização da vida de crianças e adolescentes em situação de risco, bem como os princípios, tratados e acordos internacionais favoráveis a essa modalidade de adoção a qual o Brasil faz parte. A internacionalização da adoção no trabalho não é vista como a única forma de resolver o problema do abandono infantil, mas como uma forma que permite ao menor em condição de abandono a reinserção social, gerando uma oportunidade de uma vida mais digna e acesso a um lar.

Palavras-chave: 1. Internacionalização da adoção; 2.Globalização; 3. Aceitação

ABSTRACT

This work has as its main focus the discussion on the internationalization of adoption that with globalization, the revolution of the media, the unification of the country in economic blocs, contributed to greater interaction between peoples, automatically causing various problems and misunderstandings. Visa- discuss about the main legal problems arising from such adoption mode, and also on major issues such as child trafficking. Search demystifying this subject due to its complexity generating deadlock in its acceptance. They will discuss the constitutional aspects of adoption in Brazil. Expected to demonstrate the importance of internationalization of adoption, with the main focus on the humanization of life of children and adolescents at risk, as well as the principles, treaties and international agreements favorable to this mode of adoption which Brazil is a member. The internationalization of adoption work is not seen as the only way to solve the problem of child abandonment, but as a way that allows the lowest in state of abandonment social reintegration, creating an opportunity for a better life and access to shelter

Key-words: 1. Internationalization of adoption; 2.Globalização; 3. Acceptance

INTRODUÇÃO

A internacionalização da adoção, popularmente conhecida como a adoção de crianças e adolescentes por pessoas de países diferentes ao seu, tem a sua compreensão intimamente ligada á globalização. Tal instituto é polêmico e complexo, quase sempre envoltos de preconceitos e equívocos.

A flexibilização das fronteiras territoriais, proporcionou o deslocamento cada vez mais rápido e intenso de pessoas de um país para outro, sendo cada vez mais comum a união entre homens e mulheres de diferentes nacionalidades, criando o fenômeno da internacionalização da família, tudo isso permite aproximação entre os povos, quebrando as desconfianças e

[79] Graduado em direito pela FAQUI, 2016.
[80] Possui graduação em Direito pela Universidade de Rio Verde(2009). Tem experiência na área de Direito.

preconceitos.

Reconhece-se que a globalização provocou efeitos devastadores na economia e na cultura, mas que também a sociedade atual está presa a essa realidade. Deve-se viver junto devido à estrutura inter-relacionada da realidade.

A internacionalização da adoção também está inserida nesse contexto, gerada pela mutação do mundo globalizado, ocasionada pela aproximação entre os povos. A partir da década de 60 é que se intensificou a adoção entre países, primeiramente na Ásia, em razão dos conflitos armados da Coréia e Vietnam, e depois na América Latina, surgindo uma vasta e complexa gama de problemas jurídicos, políticos e sócio-culturais, que originaram controvérsias e preocupações na comunidade internacional.

Porém sabe-se que a adoção de crianças e adolescentes por pessoas de outros países, não pode ser encarada como a solução para o problema de milhões de crianças e adolescentes abandonados, principalmente nos países de terceiro mundo. Com essa modalidade de adoção, surgem também, controvérsias e preocupação em toda comunidade internacional.

Entre os principais problemas jurídicos, as diversas formas de abusos praticados, como a venda, tráfico, seqüestro, falsificação de registro de crianças; a incapacidade ou a indisposição de muitos países receptores em conceder reconhecimento legal à adoções externas; a inexistência de regras uniformes para determinar qual a legislação aplicável a uma adoção desta natureza (a legislação do país da criança ou a do país dos adotantes ou a concorrência de ambas); os divergentes critérios para estabelecer os tribunais internacionalmente competentes para o conhecimento da adoção e a falta de controles jurídicos adequados, funcionando como fator de incentivo à prática de abusos e atos ilícitos.

Juridicamente, o problema está ligado a política nacional sobre migração de recursos humanos, sendo freqüente a invocação de argumentos relativos à soberania. Do ponto de vista sócio-cultural, os problemas podem chegar a ser mais importantes que os anteriores, surgem a todo instante questionamento sobre probabilidades de êxito de uma criança numa sociedade econômica, cultural, lingüística e nacionalmente distinta de sua origem.

Problemas ocorre devido ao enorme vazio normativo, em relação a internacionalização da adoção, também é conhecida como adoção entre países, adoção internacional, adoção por estrangeiros ou transnacional. Mas, nos últimos anos tornou-se uma prestigiosa figura jurídica, exaustivamente discutida nos fóruns internacionais, sofrendo retoques legislativos, aperfeiçoando-se para melhor proteger as crianças acolhidas por famílias estrangeiras.

Diga-se, que nas duas últimas décadas, muitos progressos foram alcançados, no campo do direito interno e internacional privado, como exemplos, apresenta-se citar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e a Convenção de Haia sobre a Proteção à Infância e Cooperação relativa a Adoção Internacional, e um nacional, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Por conseqüente, o presente trabalho busca, basicamente, analisar a condição jurídica da criança e do adolescente, assim como regulada no âmbito do Direito Internacional em um primeiro momento, para, posteriormente, adentrar no delicado tema da internacionalização da adoção da forma como regulada em nosso direito interno.

1 EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO NO TEMPO

1.1 Histórico da adoção

A adoção e contemplada na história desde as mais remotas antiguidades, tendo perdurada até os dias atuais. Com o passar do tempo o instituto da adoção sofreu bastantes

alterações.

Segundo Jason Albergaria (1996), o instituto em questão, no direito primitivo, fora disciplinado entre as mais antigas civilizações, como os Egípcios, Hebreus e Romanos.

A adoção era tida como forma de perpetuar oculto doméstico, ou seja, tinha a finalidade religiosa, pois se destinava à perpetuação do culto dos antepassados, assegurando-lhes a continuidade do culto sagrado.

Desse modo, percebe-se que na Antiguidade o instituto da adoção exercia uma função meramente religiosa, visto que este se encontrava como o último recurso a fim de evitar a extinção das famílias sem filhos e, que dessa forma, pudessem dar seguimento ao culto doméstico. Assim, observa-se que os fatores de natureza religiosa impuseram e justificaram a criação da adoção no direito antigo.

Arnoldo Wald (2000) relata sobre a adoção na Bíblia, em seu Velho Testamento, no Código de Hamurabi, onde tal instituto foi minuciosamente disciplinado e, ainda, nas Leis de Manu, as quais também foram objetos de legislações nas cidades gregas.

Relata-se que em algumas regiões da Grécia, como em Esparta, o instituto da adoção não era muito conhecido, já que o interesse do Estado perante aos cuidados das crianças era, unicamente, o militar. Porém, havia uma espécie de legitimação de filhos bastardos do Rei, o que não se confundia com a adoção.

Entretanto, constata-se que em Atenas a adoção já era de conhecimento de todos, existindo duas espécies para defini-la: a adoção entre vivos e adoção testamentária.

Por outro lado, por ser um ato solene, com rigorosas formalidades a serem seguidas, o instituto da adoção tornou-se impopular, sendo forçada a sua reformulação, simplificando o seu procedimento.

Foi em Roma, porém, segundo Wald (2000), que o instituto se cristalizou-se difundiu e ganhou contornos precisos. Com o Código de Justiniano, a adoção tomou uma configuração jurídica, trazendo-a sob duas formas: Adoções Simples, as quais eram a realizadas por estranhos e Adoção Plena, a realizada por ascendente do adotado.

Estabeleceram-se, na época, certos requisitos para que a adoção imitasse a natureza, exigindo-se, portanto, uma diferença de idade entre o adotante e o adotado.

Tempos depois, a adoção tornou-se um instrumento de direito público utilizado pelos imperadores para designar os seus sucessores.

Em certa fase da história, mais precisamente, no direito romano helênico, a adoção perdeu a sua função política e religiosa, limitando-se a consolar os casais estéreis.

A adoção desapareceu quase que completamente na Idade Média com as novas influências religiosas e a preponderância do Direito Canônico. A Igreja com o sacramento do matrimônio, só reconhecia a família e os filhos que fossem provenientes do casamento. Assim, esta passou a combater o instituto da adoção, não o disciplinando no Direito Canônico, pois os sacerdotes o vislumbravam como uma maneira de suprir o casamento e a constituição da família legítima, bem como uma possibilidade de fraudar as normas que proibiam o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos. Desta forma, a adoção caiu em desuso nesse período.

Na Idade Moderna, coube à França, na Revolução Francesa, ressuscitar o instituto, dando-lhe novos fundamentos e regulamentando-o no Código Napoleão, no início do século XIX, com o interesse do próprio Imperador, que pensava em adotar um dos seus sobrinhos.

A Lei Francesa da época regulamentou apenas a adoção em relação aos maiores e exigiu a idade mínima de cinqüenta anos ao adotante.

Os requisitos exigidos eram tão severos e complexos que a adoção passou a ser pouco utilizada. Leis posteriores baixaram a idade exigida e facilitaram o procedimento da execução

do instituto.

Constata-se que, atualmente, a adoção é admitida por quase todas as legislações modernas, objetivando o sentimento humanitário e o bem-estar do menor.

No Brasil, a evolução legislativa do instituto da adoção também foi bastante peculiar, como veremos a seguir.

1.2 Código Civil de 1916

No direito pátrio, o instituto da adoção, era praticamente ignorado, contendo breves referências incidentais apenas. Passando somente a ser regulamentado no Código Civil de 1916, em seus artigos 368 a 378.

Clóvis Beviláqua (1941) ao comentar o Artigo 368 do referido Código, registra que não estava o instituto em florescência, nem se achavam bem definidos os seus contornos.

Ressalta-se que, tal instituto, era qualificado por adoção simples devido aos efeitos que gerava.

Os artigos do Código Civil definem a estrutura da adoção tradicional.

Previa a idade do adotante em 50 (cinquenta) anos, a diferença etária do adotado para o adotante de 18 (dezoito) anos, o consentimento dos interessados, bem como a dissolução do vínculo da adoção. O processo se definia através de escritura pública, sem a interferência judicial.

O filho adotivo não rompia o vínculo com sua família biológica, podendo, inclusive, permanecer com o nome originário e, ainda, com os direitos e deveres alimentícios face aos pais consanguíneos.

Significativas alterações ocorreram com a Lei 3.133/57, as quais seriam as reduções para 30 (trinta) anos a idade do adotante e para 16 (dezesseis) anos a diferença etária entre o adotante e adotado (Arts. 368 e 369 Código Civil de 1916). Estabeleceu, também, o decurso de cinco anos após o casamento para efetuar a adoção (Art.368, parágrafo único, Código Civil de 1916).

Dispõe, ainda, sobre o adotando com mais de 18 (dezoito) anos, possibilitou ao tutor ou curador a faculdade de adotar e regulamentou a adoção por estrangeiro sem restrições.

Outro ponto importante trazido pela Lei 3.133/57 foi a possibilidade da adoção do nascituro, prevista no Artigo 372 do Código Civil de 1.916, a qual fora revogada posteriormente.

Nesse sentido, observou, com acuidade, Giovane Serra Azul Guimarães:

> Se uma criança ou adolescente só pode ser adotada com a intervenção do judiciário, que analisará cada caso, possibilitando um controle rígido sobre o tráfico de crianças, que foi uma das razões, talvez a principal, que levou o legislador a limitar os casos em que se permite a adoção internacional, não haveria qualquer fundamento para que se admitisse a adoção do nascituro, ou seja, de uma criança, antes de nascer, pelas regras da adoção do Código Civil, ferindo completamente o espírito da lei. Em suma, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, só existiam duas modalidades de adoção, a de menores de 18 anos de idade, regida pela referida lei, e a de maiores de 18 anos de idade, regida pelo Código Civil, sem interferência da autoridade judiciária na adoção propriamente dita.

Não há mais a possibilidade da adoção dos nascituros, antes possível nos termos do art. 372 do Código Civil. (2000, p. 34)

Entretanto, a citada Lei persistiu no contrato entre os sujeitos da relação adotiva, como validação do instituto.

Um grande passo rumo à evolução da adoção deu-se com a Lei 4.655/65, onde se origina a legitimação adotiva, conferindo direitos plenos ao adotado.

A referida Lei previu algumas novidades, entre elas a inclusão dos cônjuges

desquitados, estabeleceu a irrevogabilidade da adoção, facultou a modificação do prenome do legitimado, porém excetuou a sucessão hereditária, se o adotado concorresse com filho legítimo ou superveniente.

No que diz respeito à adoção internacional, fatídica era a carência de dispositivos legais regulamentadores do assunto no Código Civil de 1916, facilitando, assim, a saída de inúmeras crianças para o exterior sem regulamentação alguma, visto que tal ato não exigia a interferência do Poder Judiciário.

Com a necessidade de se criar alguma regulamentação nesse sentido, surgiu, o Projeto de Lei 1.201-A de 1973, o qual proibia terminantemente a adoção de crianças brasileiras por estrangeiros que não residissem de forma definitiva no território nacional.

Tal projeto, juntamente com a Lei 4.665/65, foram revogados com a promulgação da Lei 6.697/79, conhecida também como Código de Menores.

1.3 A Adoção no Código de Menores

A Lei 6.697/79 contribuiu para um notável avanço no que tange à adoção no Brasil, pois se concentrou no objetivo de proteger integralmente o menor desamparado.

O instituto da adoção no Código de Menores distinguiu-se em duas modalidades: a adoção simples e a adoção plena.

Determinou a referida Lei que a Adoção Simples seria regida pela Lei Civil.

Todavia, salientaram o referido Código para a forma de Adoção Plena, através de seu art. 28, condições especiais: dependeria sempre de autorização judicial, mediante requerimento por parte do interessado, onde indicaria os apelidos da família que o adotando iria usar, os quais deveriam constar no alvará do juiz e da escritura de adoção para, em seguida, ser averbada no Registro Civil.

Assim, percebe-se que, a Adoção Plena trazida pelo Código de Menores, atribuiu a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo biológico, salvo os impedimentos matrimoniais.

Vale ressaltar que esta formalidade exigida, não se caracterizava como a mais eficiente, visto que o comércio de menores ao exterior acentuou-se, mesmo a Lei 6.697/79 implantando em seu Artigo 20, inciso I, alínea a, a adoção internacional, como segue:

> Art.20 [...] I – O estrangeiro residente ou domiciliado fora do país poderá pleitear colocação familiar somente para fins de adoção simples e se o adotando brasileiro estiver na situação irregular, não eventual, descrita na alínea a, inciso I, do artigo 2º desta Lei [...].

A adoção realizada de acordo com o Código de Menores permitia, de alguma forma, um controle por parte do Judiciário, porém constata-se que, o menor em situação irregular não declarada, recebia tratamento de menor em situação regular para efeitos da adoção civil, assim a exigência era de uma simples lavratura de escritura em cartório, a qual normalmente resultava em falsificações, fraudes e abusos, já que era omissa a fiscalização para tal.

Vislumbra-se assim, que as lacunas acerca da adoção por estrangeiros geraram uma situação preocupante, sendo necessária uma regulamentação eficaz, a qual atendesse o impedimento do tráfico de menores, bem como a fraude à lei.

Diante dos fatos que preocupavam no momento, Corregedorias de Justiça e Juízes de Menores baixaram portarias e provimentos, condicionando a lavratura da adoção à prévia autorização Judiciária e estabeleceu regras mínimas para se efetuar a adoção internacional.

1.4 A Adoção na Constituição Federal

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os princípios basilares assecuratórios à criança e ao adolescente no que se refere à adoção por estrangeiro, são especificados em se artigo 227, parágrafo 5º, in verbis: "Art. 227 §5º - A Adoção será sempre assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros".

Desse modo, assegura-se que a Adoção Internacional é uma instituição constitucional brasileira, que tem como princípio a fiscalização pelo Poder Público das condições para a efetivação da inclusão da criança ou adolescente em família substituta na modalidade da adoção, objetivando, por conseguinte, entre outros, evitar o tráfico de infanto-juvenis.

Além disso, o legislador constitucional, em consonância com a tendência universal, proíbe expressamente em seu artigo 227, §6º, quaisquer espécies de discriminações face à filiação adotiva, no que diz respeito aos direitos alimentícios, sucessórios, ao nome, entre outros, salvo os impedimentos matrimoniais.

> Art. 227 §6º Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Atualmente, as leis que determinam e regulam esses princípios constitucionais são o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 39 à 52 e o Código Civil de 2002, artigos 1.618 à 1.629.

1.5 A Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente

Com a entrada em vigor da Lei 8.069/90, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente, foram introduzidas significativas modificações para o instituto da adoção, procurando atender essencialmente aos interesses dos menores.

Dessa forma, o ECA, em conjunto com a Constituição Federal e em harmonia com os princípios consagrados no Projeto de Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas, deu continuidade ao desenvolvimento do Direito Brasileiro e se caracterizou como um enorme avanço na tutela dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, nos ensina Venosa:

> O estatuto considera a criança e o adolescente sujeitos de direito, ao contrário do revogado Código de Menores, que os tratava como objeto da relação jurídica, deixando mais claro o espectro de direitos subjetivos. (2004, p.346)

Denota-se que, o Estatuto da Criança e do Adolescente, unificou as duas modalidades de adoção previstas no extinto Código de Menores, quais sejam a Adoção Simples e a Adoção Plena, fazendo com que prevalecesse um instituto de efeitos plenos e irrevogáveis.

Como observa Arnaldo Marmitt (1993, p.9), "a Lei nº 8.069/90 criou uma adoção com roupagens novas, vindo toda ela impregnada de afeto e amor".

O estatuto considera criança, em seu art. 2º, a pessoa de até 12 anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre 12 e 18 anos. Entretanto, o parágrafo único desse dispositivo, ressaltou que essa lei se aplicará excepcionalmente às pessoas entre 18 e 21 anos de idade.

Hoje, no Brasil, duas são as espécies de adoção, a regida pelo ECA e a disciplinada pelo Código Civil.

O Estatuto contempla o menor com, no máximo dezoito anos completos à data do pedido, a não ser que já esteja sob a guarda ou tutela dos pretensos adotantes, quando assim poderá ser adotado sob essa modalidade até completar os vinte e um anos.

Sua finalidade é a de criar entre adotante e adotado laços de paternidade e filiação, tentando imitar a natureza, assim como a Constituição Federal almejou.

Com esse objetivo, constata-se que o instituto da adoção distanciou-se bastante da forma como originalmente foi disciplinada, ou seja, não visa mais o interesse em manter o nome da família ou perpetuar o culto doméstico, nem dar filhos a quem não os tem, mas minorar os problemas do menor carente. Trata-se de uma Adoção Plena.

A Lei 8.069/90 estabelece em sua Seção IV, nos artigos 165 a 170, um rito específico para o procedimento da adoção, ao quais tratam da colocação do menor em família substituta. A adoção plena se concretiza através da sentença promulgada pelo Juiz da Infância e da Juventude, pois envolve o Poder Judiciário.

No que tange a adoção internacional, foi com o ECA que o Brasil finalmente se firmou em uma legislação adequada.

Disciplinou em seu artigo 31 a excepcionalidade da adoção por estrangeiros não resididos no Brasil, haja vista que a Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 5º, assegura a todos os que aqui residem à igualdade perante a lei. "Art. 31 A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade da adoção".

Antônio Chaves, assim expõe a sua preocupação com a matéria:

> A preocupação com a adoção internacional já vem do artigo 227 da CF, que, no § 5º, além de determinar que seja assistida pelo Poder Público, na forma da lei, manda que ela estabeleça casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. É o que faz o estatuto, que, depois de ter admitido, no art. 31 a colocação da criança em família estrangeira somente em caráter excepcional e na modalidade da adoção, estabelece, nos arts. 51 e 52, as condições para permitir que seja ela levada a efeito. (1995, p.62)

Assim, obedecidas as regras traçadas pelo ECA, atualmente, tudo o que concerne à Adoção realiza-se sob o controle do Poder Judiciário e do Ministério Público.

1.6 A adoção no Novo Código Civil

O novo Código Civil disciplina a adoção em seus artigos. 1.618 a 1.629. Muito embora tenha revogado alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange a essa matéria, a alteração não chega a ser significativa.

Como, pelo novo Código, a maioridade civil é alcançada aos dezoito anos, a idade mínima para adotar reduziu-se a essa, bastando, no entanto, se for adoção pelo casal, que um deles tenha completado essa idade, bem como que seja comprovada a estabilidade familiar. Entretanto, não esclarece, contudo, como deverá ser comprovada essa estabilidade e nem no que ela consiste.

A diferença entre as idades do adotando e adotado permanece a de dezesseis anos.

Manteve-se, também, o caráter irrevogável da adoção.

Por outro lado, ignorou - se o nascituro, o qual perdeu o direito de ser adotado.

Conclui que, a adoção, mesmo do maior de dezoito anos, será sempre consumada através de sentença constitutiva, obtida por um processo judicial e com a intervenção do Ministério Público. Dessa forma, não mais poderá adotar mediante escritura pública.

Os efeitos do referido instituto iniciam a partir do trânsito em julgado da sentença homologada e serão plenos, uma vez que o artigo 1.626, caput, do CC aduz: "Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento".

O Código Civil de 2002 silencia a respeito de adoção por ascendentes e irmãos. Acredita-se que a jurisprudência se encarregará de pacificar as possíveis divergências que por ventura surgirem face da omissão do legislador.

Embora, muito tenha se dito nas inovações introduzidas pelo atual regimento civilista no que concerne o instituto da adoção, verifica-se, na verdade, que não há incompatibilidade entre o Código Civil de 2002 e a Lei nº 8.069/90.

2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DA ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A internacionalização da adoção, sem duvida é a forma de adoção mais suscetível a fraudes e ilicitudes, por isso é um dos temas mais delicados, sujeito a tratados e acordos internacionais e a reciprocidade de autoridades estrangeiras.

A adoção por si só merece ser observada de forma mais direta por todos os países, inclusive o Brasil, uma vez que verifica-se criança carente a perambular pelas ruas, em situação pior do que aquelas encontradas nos orfanatos da vida.

Visto também, que nem todas as crianças em condições de abandono tem acesso a boas instituições de abrigo. Estando a mercê da própria sorte sem as mínimas condições de sobrevivência, e que acabam sendo utilizadas por adultos inescrupulosos para prática de crimes e prostituição servida como forma de ganhar dinheiro fácil.

Vendo por essa dura realidade, e pior sabendo da veracidade nos dias atuais, entende-se melhor um lar no exterior, com afeto, calor humano, instrução e perspectiva de futuro, que o esquecimento e abandono sofrido por elas, relembrado apenas em discursos políticos.

A adoção internacional envolve o saber da convivência ou não, de serem brasileiros adotados por casais estrangeiros aqui não residentes, com evidentes conotações, mais do que de direito, filosóficas, antropológicas, psicológicas, sociológicas, morais, afetando mesmo problemas de dignidade, e dizendo, pois, respeito à própria ordem pública, ressaltados os de natureza penal, pela “venda” segundos uns, ou “benemérita colocação” de hipossuficientes em famílias abastadas nos países de primeiro mundo.

Sznick (1993, p. 443/444) brinda-nos com o seguinte comentário:

> A adoção internacional, ou seja, à procura de crianças brasileiras por estrangeiros vem crescendo muito nos últimos anos. Daí surgirem ao lado dos interessados diretos, várias intermediações, querem individuais quer até de pessoas jurídicas, através de agências de intermediação; como, especialmente por parte dos adotantes, há os bens intencionados nos que fazem a intermediação; em regra, muitos não só são mal intencionados (visando lucro e vantagens pessoais com a adoção), mas até formando verdadeiras quadrilhas para o cometimento de crimes – já que os lucros são grandes e em moeda estrangeira – como seqüestro de recém-nascidos na maioria das vezes, nas próprias maternidades, ou, então, em locais públicos; outros crimes ainda não são praticados como estelionatos enganando as mães com possíveis internações ou, ainda, quando adoções escondendo que as crianças são destinadas ao exterior; falsificação de documentos, especialmente do menor.

No mesmo sentido, Fonseca (2002, p. 137) afirma que:

> Tampouco podemos negar que, em certos casos, as mães 'venderam' seus filhos. Até o Código de Menores, promulgado em 1979, qualquer advogado podia organizar uma adoção por escritura para um casal estrangeiro: trocava o 'consentimento' da mãe biológica por alguma ajuda material, e passava a escritura adiante para o casal. Este, com a certidão de nascimento de seu filho adotivo estabelecida legalmente no seu nome, tiravam um passaporte e levava a criança embora sem cometer qualquer crime. A 'comercialização' de crianças é um crime em praticamente todos os países, mas, para evitar tal acusação, o advogado pode insistir que os oito a dez mil dólares que recebeu são meramente 'honorários'. Inúmeros abusos, documentados no país todo, motivaram o provimento nº. 06 de 24/04/1982, baixado pelo Juizado do Rio de Janeiro, que veio a reiterar a intenção do Código de Menores.

Apesar dos diversos problemas encontrados, não podemos esquecer da principal essência adoção, que nada mais é que a busca da humanização da vida de crianças em situação de abandono, livrando- as dos males que as afligem nessas condições.

A internacionalização da adoção tem esse objetivo, dar um lar, comida, afeto e oportunidade de uma vida melhor. Sendo necessário a quebra das barreiras imposta, aceleramento na adoção, criação de artifícios legais para facilitação.

2.1 Princípios Fundamentais para internacionalização da adoção

A internacionalização da adoção e verificada dentro de diversos princípios fundamentais previsto em nosso ordenamento jurídico, dentre eles temos:

2.2 Principio da dignidade Humana:

Previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação:

> **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: **III** - a dignidade da pessoa humana;

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o fundamento precípuo da nossa Constituição Federal de 1988, o qual deve obrigatoriamente ser respeitado em todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, devem sempre se orientar pela proteção da vida e da integridade biopsíquica.

Sendo assim a internacionalização da adoção, cumpre esse principio pois da oportunidade de uma vida mais digna a crianças em situação de abandono.

2.3 Princípios da regra mais favorável ao menor

Previsto no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a seguinte redação:

> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Com base nesse princípio verifica-se que deve ser levado em conta o melhor para o menor, entendendo como o melhor ser criado e educado no seio de uma família, mesmo sendo está a não biológica, onde esse possa ter condições condignas.

2.4 Princípio da não distinção entre filhos consanguíneos e adotivos

Princípio previsto nos artigos 227, §6º da Constituição Federal e artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a seguinte redação:

> Art. 227. [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Esse princípio leva em consideração a não distinção entre filhos biológicos e adotivos. Abre se aqui uma questão de respeito e consideração, o qual proporciona a igualdade. Sendo importante observar que o país dos adotantes também respeite essa norma. Sem esse principio não seria possível a igualdade entre filho biológico e adotivo, havendo uma distinção que impossibilitaria a inclusão do adotado como filho, pois desde o começo já seria visto como diferente pela própria lei.

2.5 Princípio da proteção ao menor:

Este princípio está previsto no artigo 3 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a seguinte redação:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A lei deve proteger o menor, porém propiciando a ele oportunidade de alcançar seu desenvolvimento físico, moral, social e etc., bem como facilitar. Verifica- se que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê expressamente que a lei não deve dificultar, mas facilitar qualquer meio que vise ajudar o menor a alcançar seu desenvolvimento, sendo a internacionalização da adoção uma ferramenta útil.

2.6 Princípio da igualdade de direitos civis e sucessórios

Este princípio está previsto no artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a seguinte redação:

> Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

A adoção atribui as mesmas condições entre os filhos, não havendo distinção entre os biológicos e adotivos. Tendo os mesmos direitos inclusive os sucessórios. Não sendo permitida nenhuma forma de restrições referentes à filiação.

3 REQUISITOS PESSOAIS DO ADOTANTE ESTRANGEIRO

O adotante estrangeiro deve cumprir uma serie de exigências, a qual passar-se a abordar nesse tópico. Esses requisitos estão previstos na legislação do país de origem do adotante e do adotado.

Como já antes colocado, o artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro escolheu o critério de domicílio da pessoa interessada (*Lex domicili)* para regular os direitos de personalidade, nome, capacidade e os direitos de família, adotando a teoria da aplicação distributiva das leis, segundo a qual atende às exigências das leis do adotante, bem como a do adotando, naquilo em que lhe são peculiares.

Ilustra-se que, quase todas as leis que se referem à adoção, estipulam alguns parâmetros destinados aos interessados que desejam fazer uso do instituto.

Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual regula a adoção no ordenamento jurídico brasileiro, determina em seus artigos 29, 42 e 51 que o interessado em adotar, estrangeiro, deverá preencher os seguintes requisitos pessoais:

a) Ser maior de vinte e um anos de idade, independente do estado civil. Entretanto, deve-se levar em consideração a maioridade trazida pelo Novo Código Civil, em seu artigo 1.618, permitindo, assim, que a pessoa maior de dezoito anos adote;

b) Seguindo esta mesma linha, se a adoção for realizada por ambos os cônjuges ou concubinos, pelo menos um deles deverá ter completado a maioridade;

c) Deverá comprovar a estabilidade conjugal;

d) Ser, ao menos, dezesseis anos mais velho que o adotando;

e) Estar habilitado à adoção, segundo as leis do seu país;

f) Apresentar estudo psicossocial elaborado por agência credenciada em seu país;

g) E, por fim, ter compatibilidade com a adoção e oferecer ambiente familiar adequado ao menor.

Explica-se que, de certo modo, as exigências contidas nas letras “c”, “e”, “f” e “g” não estão diretamente relacionadas aos requisitos pessoais do adotante, sendo que a letra “c” refere-se, sobretudo, à vida conjugal e familiar do adotante e as demais, ao comportamento jurídico e psicossocial do interessado, os quais estudaremos de forma mais profunda no capítulo destinado à Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional.

A idade mínima, como requisito essencial de procedibilidade no processo de adoção, estipulada por legislações de diversos países, está intimamente ligado com o amadurecimento psicológico do interessado.

Assim, a comunidade internacional entendeu que, a partir dessa idade, a pessoa adquire maior experiência, inclusive para assumir as responsabilidades e obrigações advindas da paternidade e, conseqüentemente, da adoção.

É válido ressaltar que, mesmo que o interessado preencha todos os requisitos pessoais exigidos pela lei, em hipótese alguma poderá ser deferida a adoção àquelas pessoas que revelarem incompatibilidade com a natureza do instituto ou que não ofereçam ambiente familiar adequado, sendo estes os demais requisitos exigidos por lei.

3.1 Os impedimentos para adoção

Nem todos que desejam podem adotar, a lei prevê certas restrições. Como verificado antes, as leis impõem certas proibições, umas relacionadas à idade, outras relacionadas ao grau de parentesco, ou para pessoas que não oferecem ambiente familiar adequado, ou, ainda, para duas pessoas do mesmo sexo, entre outras.

A lei 8.069 de 13 de Julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) institui três modalidades de impedimentos aos pretendentes à adoção: os impedimentos relativos, os absolutos e os condicionais.

Os impedimentos relativos: correspondem àqueles que podem ser sanados antes ou depois de iniciar o processo de adoção, são passíveis de regularização. Temos como exemplo os

seguintes:

a) artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado".

Aqui se observa dois quesitos de impedimento relativo:

1ª Não se deferirá a colocação em família substituta a pessoas incompatíveis com a natureza da medida.

2ª aquelas que não oferecem ambiente familiar adequado.

b) artigo 50, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfazer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29".

Aqui se observa um quesito de impedimento relativo: aqueles que não preencherem os requisitos legais.

c) artigo 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "A adoção internacional observará o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei, com as seguintes adaptações".

Aqui se observa um quesito de impedimento relativo: não será deferida a adoção àqueles que não estiverem habilitados perante a Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional

No entanto, no que tange aos impedimentos absolutos, estes quando ocorrem, fazem com que a adoção seja frustrada. Por exemplo:

a) artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil".

Aqui se observa um quesito de impedimento absoluto: não podem ser adotantes os menores de idade.

b) artigo 42, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando".

Aqui se observa um quesito de impedimento absoluto: não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

c) artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "art. 45- A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando".

Aqui se observa um quesito de impedimento absoluto: não será possível a adoção sem o consentimento dos pais do adotando ou do seu representante legal.

d) artigo 45, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente: "§ 2º - Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento".

Aqui se observa um quesito de impedimento absoluto: se o adotando tiver mais de doze anos de idade, seu consentimento à adoção é imprescindível, sem o qual não haverá a realização do ato.

e) artigo 46, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente: "§ 2º - A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência".

Aqui se observa um quesito de impedimento absoluto: não cumprimento do estágio de convivência. De acordo com caput do artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente o prazo de convivência é fixado pela autoridade judiciaria, observadas as peculiaridades do caso.

No caso de adoção por pessoas ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias de acordo com § 3º, do artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

f) artigo 52, inciso V do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> V - os documentos em língua estrangeira serão devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução, por tradutor público juramentado.

Aqui se observa um quesito de impedimento absoluto: a apresentação dos documentos em língua estrangeira, não traduzidos e devidamente autenticados pela autoridade consular.

g) artigo 52, inciso I do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> I - a pessoa ou casal estrangeiro, interessado em adotar criança ou adolescente brasileiro, deverá formular pedido de habilitação à adoção perante a Autoridade Central em matéria de adoção internacional no país de acolhida, assim entendido aquele onde está situada sua residência habitual.

Não poderá requerer a adoção o interessado que não estiver habilitado em seu país de origem.

Por fim, existem os impedimentos condicionais, pois impõem algumas providências aos interessados, para que esteja apta a requerem a adoção.

Assim, exemplificamos: se o tutor ou curador não prestarem conta da administração dos bens do pupilo ou curatelado, não podem adotar. "Art. 44. Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado".

O adotando deve contar com menos de dezoito anos à data do pedido da adoção, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes. "Art. 40. O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes".

Os separados judicialmente e os divorciados somente poderão adotar em conjunto se acordarem sobre a guarda da criança se esta já estiver convivendo com os adotantes antes da separação.

> Art 42, § 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

Se o adotante falecer no curso do processo, antes de prolatada a sentença, tendo ele manifestado, inequivocadamente, sua vontade de adotar. "Art. 42, § 6o A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença".

O consentimento dos pais do adotando será dispensado se forem desconhecidos ou forem destituídos do poder familiar.

> Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

Como verifica- se os impedimentos absolutamente insanáveis são utilizados nas legislações sobre adoção como forma de inibir ou impedir que certos abusos jurídicos sejam cometidos.

Esses obstáculos são colocados com a intenção de bloquear àqueles pretendentes à adoção que não estão enquadrados no sentido da paternidade, bem como de relevantes interesses da criança.

Porém, percebesse que as recomendações impeditivas à adoção não são exclusividade do direito brasileiro. Outras legislações disciplinam seus impedimentos de diversas formas e graus.

O impedimento legal à adoção serve como uma defesa para o adotando que quer viver em melhores condições. Tais exigências servem para que o instituto da adoção tenha a sua credibilidade restabelecida.

3.2 Crianças e Adolescentes Adotáveis

A sociedade de um modo geral possui uma visão erronia sobre o instituto da adoção. A visão do cidadão em relação a esse instituto está intimamente ligado a famílias de baixa renda.

Talvez devido a uma questão cultural, ou até mesmo pré-conceitual, a sociedade de um modo geral tem essa visão de adoção ser referida a questão de carência econômica familiar.

Porém o estatuto da criança e do adolescente deixa bem claro em seu artigo 23 que: "Art. 23 A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder".

Dessa forma, é interessante reafirmar que a pobreza não é motivo para retirar uma criança de sua família de origem e colocá-la em outra, através da adoção.

Ademais, vale ressaltar que, se a família tiver carência financeira e, por este motivo, quiser entregar uma de suas crianças para adoção, não lhe será permitido, vez que o Estado deverá proporcionar-lhe a ajuda necessária, inscrevendo-a em programas oficiais de auxílio.

Interessante demonstrar que, no Brasil, são as famílias de classe média e pobre as que mais realizam o ato de adotar.

Sendo assim, definem-se no Brasil como "adotável" por estrangeiros, aquelas pessoas que tiverem de zero a dezoito anos de idade e que estiverem fora do poder familiar.

A título de curiosidade, observamos que, outras legislações, optaram por fixar apenas a diferença de idade entre o adotando e o adotante. Citamos como exemplo a Itália que fixou em 18 anos, a Suíça em 16, a França em 15, o México em 17 e a Venezuela em 18.

Por fim, destaca-se que, além do critério da idade, a particular situação de abandono do menor também está intimamente ligada com a capacidade de ser adotado.

3.3 Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional

A comissão estadual judiciária de adoção foi criada para impedir os desvios de finalidade da adoção.

Está previsto no artigo 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente que:

> Art. 52. A adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente. Parágrafo único. Competirá à comissão manter registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção.

Para dar início ao processo de adoção, é necessária a juntada aos autos do competente laudo de habilitação expedido. A comissão emite seu parecer acerca das condições psicossocial dos adotantes.

Para Liberati (1995, p. 125):

> Além de perseguir os superiores interesses da criança, a Comissão procura manter intercâmbio com outros órgãos e instituições internacionais de apoio à adoção, estabelecendo com elas um sistema de controle e acompanhamento dos casos apresentados e divulgando suas atividades. Com isso, a Comissão busca diminuir o tráfico internacional de crianças, impedindo que os estrangeiros adotem e saiam do país irregularmente e descumprindo os mandamentos legais.

A comissão é considerada como uma política estadual para a adoção internacional. Sua atividade baseia-se nos postulados firmados pelo Serviço Social Internacional, que visam à proteção legal e social de todas as crianças dos países envolvidos, em relação à adoção.

4 TRATADO E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

4.1. Tratado de Montevidéu de Direito Civil internacional de 1940

Hoje quase não tem aplicação, por que esse instrumento só tem competência para regular as relações adotivas produzidas entre pessoas integrantes dos Estados partes da Convenção e em geral as adoções de menores brasileiros tem se constituído entre adotantes do continente europeu, principalmente da França, Espanha, Itália.

O tratado de montevidéu, firmado em 1940 entre a Argentina, Uruguai e Paraguai, veio substituir o Tratado Harmonioso de 1889, que não regulava em seu texto a adoção internacional.

Porém, é importante ressaltar, que o Tratado de Montevidéu de 1940 não representou um avanço em relação à adoção internacional no âmbito latino americano.

4.2 Convenção de Estrasburgo em 1967

Convenção celebrada em 24 de abril de 1967, entre os Estados Membros do Conselho da Europa, na cidade de Estrasburgo, objetivando a adaptação de suas respectivas legislações.

Entrou em vigor em 26 de abril de 1968, tendo como países adeptos a Suécia, Dinamarca, Noruega, Suíça, Leichstentein, Malta, Grã-Bretanha e Irlanda, Áustria, Alemanha, Itália, Grécia.

Visava realizar uma união mais estreita entre os países, pois embora o instituto adoção de menores exista na legislação de todos os estados membros do Conselho da Europa, havia nesses países pontos de vista divergentes acerca dos princípios que o deveriam reger, assim como diferenças quanto ao processo de adoção e aos efeitos jurídicos.

Considerando que a aceitação de princípios e práticas comuns referentes à adoção de menores, contribuiria para aplanar as dificuldades causadas por tais divergências e permitiria, ao mesmo tempo, promover o bem-estar dos menores adotados.

A convenção procurou não ofereceu normas para decidir qual a lei aplicável em caso de conflito, apenas buscou a uniformidade das legislações das partes contratantes. Para isso convenção abandonou o método conflitualista clássico, seguida pela convenção de Haia de 1965, que indica os critérios para se escolher a lei aplicável em casos de conflitos de leis.

4.3 Convenção interamericana de La Paz em 1984

Segundo Wilson Donizeti Liberati, na obra intitulada Adoção Internacional, “esta convenção, que não obteve sucesso pelo fato de ter optado por uma resposta simplista ao conflito, impôs regulamentação somente quanto às leis aplicáveis às várias questões jurídicas ligadas à adoção, deixando de lado a discussão sobre o estabelecimento dos princípios gerais e

estruturas do quadro jurídico de cooperação internacional entre autoridades dos países aos quais pertencem adotantes e adotados".

Subscrita em La Paz, em maio de 1984, pela III Conferência Especializada em Direito Internacional Privado, firmada por quase todos os países de nossa região e até hoje, somente ratificada pelo México e Colômbia, optou, como o próprio nome indica, pelo método conflitualista clássico ou indireto, que através da conexão das normas em conflito seleciona o direito nacional encarregado de regular as categorias jusprivatistas internacionais.

Em relação à constituição da adoção, prevaleceu o critério de constituir a adoção de acordo com a residência habitual do menor, assegurando assim, uma melhor proteção de seus interesses.

Este princípio está previsto no artigo 15 ao afirmarem que serão competentes para outorgarem as adoções a que se refere esta convenção, as autoridades do Estado da residência habitual do adotando.

Portanto, o texto convencional, não respondeu o apelo internacional na solução dos conflitos, pelos fatos de não conseguir abranger os países de adotantes e dos adotandos.

4.4 Convenção das Nações Unidas de 1990

Essa convenção realizada pelas Nações Unidas em 1990, teve como objetivo reafirmar em sua carta os direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor da pessoa humana, em busca de promover o progresso social e a elevação do nível de vida com mais liberdade.

No Brasil foi confirmada pelo decreto n. 99.710 de 21/ 10/ 1990, esse acordo celebrado pela comunidade internacional sobre os princípios básicos orientadores da política de proteção dos Estados às crianças e adolescentes, representando uma das maiores conquistas dos direitos da criança.

Tornou- se um valioso instrumento de direito positivo, na medida em que não só vêm incorporando seus dispositivos às legislações internas dos diversos Estados partes.

No Brasil, influenciou o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13/07/1990, principalmente por que nesse acordo é previsto de forma expressa que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer em um ambiente de felicidade, amor e compreensão;

A convenção da ONU representa uma nova etapa no processo de humanização do direito internacional – a criança como sujeito de direitos; constituindo um passo da maior significação para a comunidade mundial, por vincular juridicamente aos Estados quanto aos seus efeitos e deveres de proteção ao menor.

A convenção consagra a maior parte de seus dispositivos aos direitos humanos, sociais, civis e culturais da infância e institutos de sua proteção, mediante regras indicativas de normas básicas. Estabelece, como todo tratado, direitos e obrigações entre os tradicionais sujeitos de Direito Internacional Público, que são os Estados.

Nela a ONU proclamou, através de sua Assembléia Geral, o documento mais importante sobre a proteção infante-juvenil: a Convenção sobre Direitos da Criança, com caráter vinculante para todos os países membros. (Liberati, 1995, p.36)

4.5 Convenção de Haia de Direito Internacional Privado 1993

Esta pode ser considerada a primeira convenção verdadeiramente internacional a regular a adoção, celebrada em 29 de maio de 1993, afirmando-se assim, como um fenômeno

de interesse mundial.

A convenção veio ampliar e complementar a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança, de 1989, que explicita os dispositivos relativos à questão da adoção internacional, regidos intencionalmente de forma genérica, uma vez que já se encontravam em andamento os trabalhos de elaboração da Convenção de Haia, especificamente dirigida à matéria em estudo.

A convenção tem como propósito, o de estabelecer um sistema de cooperação administrativa entre os países de acolhida e os países de origem, de sorte a minimizar os abusos, assegurar que os interesses das crianças sejam prevalentes na adoção e garantir o reconhecimento das adoções efetivadas sob a sua égide.

Seu objetivo, portanto, não é a solução das questões tradicionais do Direito Internacional Privado que envolve a adoção internacional, mas, primordialmente, organizar um sistema de cooperação entre os Estados como meio de obter adoções internacionais regulares e sadias.

Com a ratificação da Convenção de Haia referente à adoção internacional, "o Brasil assume uma posição de vanguarda em relação aos demais países signatários, demonstrando que suas diretrizes caminham em direção à proteção dos direitos da criança e do adolescente". (Liberati, 1995, p.46)

A Convenção de Haia sobre a adoção internacional chamou a atenção dos Estados contratantes e de toda a comunidade internacional para o grave problema relacionado à transferência ilegal de domicílio de crianças e adolescentes, principalmente através de adoções fraudulentas.

O texto convencional procurou de todas as formas, assegurarem que os procedimentos de adoção fossem realizados sob a égide do princípio da subsidiariedade e, primordialmente, levassem em conta os superiores interesses da criança.

A convenção instaurou um sistema de cooperação entre os Estados contratantes que assegura o respeito às garantias legais de crianças e adolescente e, em consequência, colocou mais obstáculos para impedir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças.

A convenção inovou ao propor o reconhecimento das sentenças de adoção pelos Estados contratantes.

A convenção não interfere nos sistemas normativos dos Estados contratantes; ao contrário, intensifica e prevê um sistema de cooperação multilateral entre esses Estados, no sentido de viabilizar as adoções com segurança. Em virtude disso, o texto convencional respeitará as determinações legais contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após ter seu texto aprovado pelo Congresso Nacional, a Convenção de Haia sobre a adoção internacional entrou em vigência, em nosso território, com característica coercitiva, através do Decreto Legislativo nº 65, de 19/04/1995 (DOU 28/04/1995).

O fundamento principal da aprovação do texto convencional pelo Congresso Nacional acercou-se da absoluta identidade de propósitos com a lei de adoção brasileira, incluída na lei nº 8069/90, conhecida por Estatuto da Criança e do Adolescente, que, aliás, foi redigida a partir dos princípios norteadores da proteção dos direitos infanto-juvenis, promulgados pela Organização das Nações Unidas.

4.6 Convenção interamericana sobre tráfico internacional de menores 1994

Sensível aos clamores suscitados pela venda e tráfico de crianças, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, convocou a Conferência Especializada Interamericana de Direito Internacional Privado – CIPID V, incluindo na sua agenda a

prioridade sobre o tema dos aspectos civis do tráfico de menores. Posteriormente, por decisão do conselho permanente da OEA, incluíram-se também os aspectos penais do tráfico.

O encontro reuniu juristas de vários países da América Latina (Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, México, Peru e Uruguai) e dos Estados Unidos, Canadá e Espanha, especializados em direito internacional da criança assim como representantes do Comitê Jurídico Interamericano da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. Havia a necessidade de elaborar um instrumento internacional que viesse a contemplar e sancionar o tráfico de crianças.

A Convenção Interamericana sobre o tráfico internacional de menores foi aprovada na IV Sessão Plenária da CIPID V, realizada na cidade do México, em 18 de março de 1994.

Ela é formada por um preâmbulo de 35 artigos, divididos em quatro capítulos:

I. Normas gerais (arts. 1º a 6º); II. Aspectos penais (arts. 7º a 11); III.

Aspectos civis (arts. 12 a 22); IV. Cláusulas finais (arts. 23 a 35).

A cooperação internacional entre as autoridades constitui o ponto de maior relevância da convenção. Estes asseguram a mais ampla e efetiva proteção, dos superiores interesses do menor e comprometem-se a adotar medidas eficazes, conforme o seu direito interno, para sancionar severamente o tráfico internacional de menores e estabelecer mecanismos de assistência mútua, intercâmbio e cooperação.

A Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores, embora aprovado em nosso país pelo Decreto Legislativo nº 105 de 31/10/1996, só foi promulgada pelo Decreto nº 2740 de 20/08/1998.

5 DOS CRIMES

5.1 Tráfico internacional de crianças e adolescentes

Mas ultimas décadas houve grande aumento nas adoções transnacionais, provocando uma demanda inesperada.

Para Liberati (1995, p. 197):

> A crescente procura de crianças ou adolescentes por casais estrangeiros sem filhos, nas duas últimas décadas, provocou uma demanda inusitada de adoções transnacionais. Pessoas da Europa Ocidental e dos Estados Unidos aportavam nos países da América Latina, África e Ásia, em grande quantidade, em busca de uma criança. Na maioria dos casos, revelam as pesquisas, essas pessoas realmente estavam imbuídas de bons propósitos, respeitavam as leis do país de origem da criança e aguardavam o final do trâmite processual para regressarem ao seu país. Nem todas, porém, guardavam o nobre desejo de ver sua criança adotada sob a égide da lei; importavam-se apenas com a obtenção da criança, que, em seu poder, era levada para o país estrangeiro sem qualquer procedimento legal.

O processo de adoção na maioria dos países e demorada e difícil, levando muitos adotantes a procurar ajuda de instituições clandestinas e pessoas inescrupulosas que cobravam muito dinheiro por uma criança.

Esse mercado negro de venda de crianças e adolescentes para pessoas de outros países é uma pratica comum, principalmente quando se trata de menores de países subdesenvolvidos. A facilidade de encontrar as instituições ou pessoas que praticam esse tipo de delito se torna ainda maior devido ao auto lucro e a impunidade.

Épocas atrás o Brasil também era muito vitima desse mercado negro, de venda de crianças e adolescentes no exterior. Essa situação só veio a mudar com a instalação das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional.

Essas comissões tem por objetivo a proteção das Crianças e adolescentes e à

Cooperação em Matéria de Adoção Internacional.

Suas principais atribuições são: exame prévio dos pedidos de habilitação para adoção, emissão de certificados de habilitação para adoção internacional aos estrangeiros e brasileiros no exterior, gerenciamento dos cadastros centralizados estaduais de pretendentes habilitados para adoção, tanto a nacional como a internacional, fiscalização dos organismos estrangeiros credenciados no Estado que atuam em adoções internacionais, elaboração de estudos estatísticos, cuja divulgação dos resultados tem se mostrado um importante instrumento de análise das necessidades de crianças e adolescentes, institucionalizados em sua maioria, para os quais a adoção pode ser a única chance de ter uma família.

Liberati (1995, p. 197) salienta que:

> No Brasil esta situação sofreu um revés com a instalação das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional (CEJAI). A adoção tornou-se rápida e sem burocracia, dando maior ênfase à preparação dos interessados.

Outro importante mecanismo que ajudou a coibir o tráfico de crianças e adolescente em nosso país foi à tipificação dele no artigo 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

O artigo 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê:

> Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro: Pena – reclusão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e multa.

Para Liberati (1995, p. 198):

> Em nossos Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, analisando o citado dispositivo, observamos: Objetividade jurídica: o objetivo jurídico da norma é, justamente, em evitar que crianças ou adolescentes sejam enviados ao Exterior em desacordo com as normas brasileiras. Sujeito ativo: é todo aquele que promove ou auxilia a efetivação de ato destinado ao envio da criança ou adolescente para o exterior sem atenção às normas vigentes no País, com finalidade de obter lucro. Sujeito passivo: a vítima desse crime é toda criança ou adolescente que é enviado ao exterior. Tipo objetivo: é representado pelos verbos ”promover” ou “auxiliar”. “Promover”, aqui está colocado no sentido de “fazer”, de “realizar” algum ato, sem observância das normas específicas, com a finalidade de enviar para o Exterior criança ou adolescente, visando a lucro pecuniário. Também, na forma de “auxiliar”, significando “ajudar” ou “prestar auxílio” na realização do ato irregular. Tipo subjetivo: é caracterizado pela vontade de, irregularmente, enviar criança ou adolescente para o Exterior com ou sem a obtenção de lucro pecuniário. Quando o crime se consumar mediante recebimento de dinheiro, configura-se o dolo específico. Consumação e tentativa: tanto na ação de promover quanto na de auxiliar, o crime consuma-se com a verificação do resultado, ou seja, com o envio de criança ou adolescente para o Exterior. Admite-se a tentativa, tendo em vista que a conduta reclama um resultado, que só não se verifica por circunstâncias alheias à vontade do agente.

De acordo com a norma brasileira, não se aceita que o adotante deixe o solo brasileiro antes de consumar a adoção.

Ensina Liberati (1995, p. 199) que:

> [...], o envio ilegal de crianças para o exterior não se identifica com a adoção; aquela é conduta criminosa; esta é atitude adequada aos princípios legais. Pode haver confusão entre um e outro; não são todos interessados que vêm ao nosso território para adotar que se utilizam dessa prática.

Não se iguala o instituto da adoção com o envio ilegal de crianças e adolescentes para o exterior. A adoção é regida por normas legais enquanto o outro é conduta criminosa, pois a criança ou adolescente é enviado para o exterior com inobservância das formalidades legais.

5.2 Intermediação pecuniária e criminosa na adoção

O mediador é a pessoa que faz o liame de ligação entre o adotante e a família do adotado, em regra ele é o responsável pela efetivação do ato de enviar uma criança ou um adolescente para o exterior, em troca recebe uma recompensa pecuniária.

No Brasil devido às normas adotadas, essa mediação encontrou dificuldades, pois instituiu a gratuidade no seu processamento. A pessoa estrangeira que pretende adotar crianças ou adolescentes brasileiros não precisão pagar nenhum valor a titulo de honorários ou emolumentos, para concretização da ação.

O tráfico de criança, no Brasil, segundo o autor Liberati (1995, p. 200), está sob controle dentro dos limites da possibilidade:

> A situação que se apresenta hoje, no Brasil, em relação ao "tráfico de crianças", [...], está controlada dentro dos limites da possibilidade. Sabemos que o fato criminoso existe, embora se manifeste obscuramente. Às vezes, os jornais noticiam um caso aqui, outro acolá. Poucos, porém, são comprovados. Atualmente, a leitura que se faz destes atos conduz-nos a indagar, com sinceridade, sobre os riscos a que estão sujeitos os interessados estrangeiros quando preferem a clandestinidade do ato criminoso à segurança e simplicidade do procedimento da adoção.

O adotante estrangeiro interessado estará cometendo um erro ao entregar, de maneira clandestina, seus sentimentos e desejo de adotar nas mãos de pessoas que só querem seu dinheiro, enquanto poderia usufruir segurança e simplicidade no processo de adoção.

5.3 Falsificação de registro de nascimento

A falsificação de registro de nascimento ocorre quando a pessoa registra como seu, o filho de outrem. Em geral o adotante estrangeiro, paga a mãe biológica antes mesmo do nascimento da criança, e assim que ela nasce registra como sua, conhecida como "compra" da criança, a conduta é penalmente tipificada, aqui o adotante age conscientemente ao registrar aquela criança como se fosse realmente seu filho.

A conduta criminosa revela que seu desejo de adotar ultrapassa os limites legais, colocando-o contra a lei. O autor Liberati (1995, p. 202) salienta que:

> A segurança oferecida aos adotantes pelas Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional e pelos Juizados da Infância e da Juventude tem missão de proporcionar processo idôneo, com as garantias de que, ao retornarem ao seu país, possam também, com toda segurança e tranqüilidade, iniciar o processo de validação da sentença brasileira.

No Brasil as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional (CEJAI) e os Juizados da Infância e da Juventude têm por finalidade garantir, aos adotantes estrangeiros, segurança e tranqüilidade, para iniciar a validação da sentença de adoção brasileira.

CONCLUSÃO

O direito passou por varias transformações ao longo da história, essa evolução foi devida a diversos fatores históricos, culturais e temporais. Não distante disso a visão de adoção também mudou ao longo dos tempos.

Nos primórdios a visão da adoção era somente a de um negócio jurídico privado, de interesse prioritário de pais adotivos, de continuação de sua família, seu nome, sua cultura.

Era tido apenas como uma solução individual para as dificuldades específicas daquele adotando em manter o vínculo com sua própria família, ou no caso da adoção internacional e

subsidiária à nacional, dificuldades de encontrar uma família apropriada em seu próprio país.

Nos dias atuais esse instituto passa a ter um caráter mais humanitário, levando- se em conta, não só o interesse de uma parte, mas de todos os envolvidos principalmente a do menor.

Com isso a adoção adquiri novas características previstas em lei, com intuito mais nobre de proteção do menor, buscando lhe propiciar não só um nome, mas um lar, uma oportunidade de ter uma família, uma nova perspectiva de vida.

A lei atual trás em seu bojo que a adoção é um ato jurídico bilateral, constituído em benefício do adotando, irretratável e perpétuo depois de consumado, que cria laços de paternidade e filiação, com todos os direitos e obrigações daí decorrentes, entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente. É o instituto da adoção concentrado nos interesses e bem-estar do adotando, visto sob o lado afetivo e econômico.

Essas previsões estão expressas em tratados internacionais em que participa a República Federativa do Brasil, na própria constituição federal e no estatuto da criança e do adolescente.

Com isso, hoje não há diferenciação prevista em lei entre filhos adotivos e biológicos, colocando os nas mesmas condições jurídicas de filhos, com os mesmos direitos e deveres, inclusive os sucessórios. Essa mudança propiciou a igualdade entre os filhos biológicos e adotivos, quebrando as diferenças e preconceitos de normas anteriores.

Conclui- se que a internacionalização da adoção é uma importante ferramenta, pois permite ao menor em condição de abandono a reinserção social, gerando uma oportunidade de uma vida mais digna e acesso a um lar.

Deve se ter em mente que essa modalidade de adoção tem como finalidade primordial atender ao aspecto da política social de proteção do menor abandonado, independentemente da nacionalidade dos sujeitos.

E que através dessa adoção que muitos menores têm a chance de não entrar, permanecer ou sair do mundo das drogar, criminalidade e prostituição infantil.

Porém também entende- se que a internacionalização da adoção, não é e nem pode ser vista, como a única forma de resolver o problema do abandono de menores. Sendo necessário uma politica publica eficiente e aplicável em programas sociais nas famílias e escolas visando tirar essa visão da cultura do abandono. Ajudar as famílias principalmente as mais carentes não só na questão econômica, mas também psicológica.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Adoção plena: segundo o estatuto da criança.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1941.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de Outubro de 1988.

BRASIL. **lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979.** Dispõe sobre aplicação do Código de Menores.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

CHAVES, Antonio. **Adoção internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

DINIZ, M. H.. **Curso de direito civil brasileiro – direito de família**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONSECA, C..**Caminhos da adoção**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, tutela e guarda**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção internacional**. São Paulo: Malheiros,1995

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

SZNICK, V..**Adoção**. 2.ed. São Paulo: LEUD, 1993.

SZNICK, Valdir. **Adoção**: direito de família, guarda de menores, tutela, pátrio poder, adoção internacional. 3. ed. São Paulo: Leud, 1999.

VENOSA, S. S. **Direito civil**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CIÊNCIAS HUMANAS

EDUCAÇÃO

CONSTRUINDO A IGUALDADE DE GÊNERO: MAIS QUE UMA PROPOSTA, UMA NECESSIDADE

BUILDING GENDER EQUALITY: MORE THAN ONE PROPOSAL, A NECESSITY

Gilson Xavier de Azevedo[81]
Simone Maria Zanotto [82]

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo construir uma percepção histórico-antropológica primeiro em relação às questões no entorno da diversidade social e de gênero, pontuando temas centrais como a identidade, a coletividade e a igualdade. Depois, tratar especificamente dos muitos papeis que ao longo da história a mulher amordaçada foi incorporando em sua longa luta por respeito e respaldo social, bem como todas as minorias que lhe seguiram nessa luta por ela iniciada. O problema central é pensar como ao longo da história e dos fatos, se dá a percepção e o ajustamento das "diferenças" dentro dos processos sociais e culturais de construção de gênero e identidade. A premissa básica é a de uma construção apenas iniciada e em processo. O artigo se enquadra metodologicamente em uma pesquisa revisional. Aponta-se como resultado, a ampliação das discussões entorno do tema central que é a construção da igualdade de gênero no Brasil e no Mundo a partir de iniciativas atuais do tema.

Palavras-chave: Sociologia. Diversidade. Gênero.

ABSTRACT

The purpose of this article is to Guise building a first anthropological historical insight into the issues surrounding the social and gender diversity, punctuating central themes as identity, community and equality. Then specifically address the many roles that throughout history the gagged woman was incorporating in their long struggle for respect and social support as well as all minorities who followed him in this struggle it started. . The central problem is to think like throughout history and facts, it gives the perception and the adjustment of the "differences" within the social and cultural processes of gender and identity construction. The basic premise is a building just started and process.Article fits methodologically in a revisionary survey of proposals for intervention and social action It is pointed out as a result, the expansion of discussions around the central theme of which is the construction of gender equality in Brazil and the world.

Key-words: Sociology. Diversity. Genre.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas, tem-se assistido e vivido uma série de transformações sociais que sem pedir licença passaram a afetar a vida de todos. Chega-se a pensar que não são

[81] Doutor em Ciências da Religião pela PUC-GO (2014-2016-BOLSISTA FAPEG). Mestre em Ciências da Religião pela PUC-GO (2014 - BOLSISTA FAPEG). Filósofo (Dom Felício, 1998/FAEME, 2007), Pedagogo (UVA-ACARAÚ, 2004) e Teólogo (FAETEL, 2002/MACKENZIE, 2006), Pós-graduado em Administração Escolar e Coordenação Pedagógica (UVA-RJ, 2006), Ética e cidadania (UFG, 2012) e Filosofia Clínica (Inst. Packter/PUC, 2013). Professor Titular de Antropologia pela FAJOP (2017); Filosofia do Direito e Filosofia Empresarial pela FAQUI (desde 2006); Coordenador do NAED (Núcleo de Apoio à Educação à distância pela FAQUI (2017); Docente Efetivo da Universidade Estadual de Goiás, Câmpus Quirinópolis (Concurso 2013); Docente convidado de Pós-graduação pela UEG, Câmpus Mineiros, GO; Docente convidado e ex-preceptor do curso de Pedagogia pela UNIUBE; Ex-coordenador do curso de Pedagogia da UEG (2010-2011); Articulista; Ex-vereador suplente eleito por Quirinópolis (2012-16); Avaliador de cursos do Guia do Estudante; Palestrante e conferencista com mais de 200 horas de atividades proferidas (gilson.azevedo@ueg.br).

[82] Licenciada em Letras (UEG)/ Licenciada em filosofia (FAEME), Bacharel em Teologia (Mackenzie), Especialista em Administração escolar e coordenação pedagógica (Veiga de Almeida); Especialista em Ensino da Língua Portuguesa (Gama Filho) (simonezanotto@yahoo.com.br).

apenas transformações, mas uma revolução nas formas antes engessadas e perfeitamente ajustadas a um tipo de sociedade pós-guerra completamente repressora. Estou falando das novas e múltiplas formas de pensar, ser e agir que o que o sociólogo Zigmund Bauman (BAUMAN, 1998) descreveu como formas líquidas.

Esta "revolução" humana não se traduz em apenas um conceito ou termo, mas o que tem se convencionado é que a esse conjunto de mudanças de percepção, pode-se chamar de "relações de gênero". Nesse bojo, os travestis, os transexuais, os gays, os *crossdressing,* as *dregquins*, os homossexuais e todos os novos ou remodelados *tipos sociais* como indicara Max Weber (1991), são apenas lampejos desse movimento macro que o mundo se permitiu construir.

Não se pode, no entanto, pensar que tais mudanças acontecem do mesmo modo em todos os países ou ao mesmo tempo. Entram nesse conjunto todo um aparato médico e jurídico em relação às mudanças de sexo nas cirurgias chamadas de transdenitalização.

Tratados como doentes ou portadores de doenças psíquicas, os travestis e outros tipos sociais que já descrevi, tiveram por muito tempo (e ainda tem) em um tipo de vida escondida, reservada, rejeitados pela família, pelos amigos ou grupos dos quais participavam, por serem considerados "diferentes". Vale à pena, recitar aqui aquela afirmação de Boaventura Santos que em muitos congressos sobre o tema diversidade tornou-se bandeira de luta: "Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades" (SANTOS, 2003, p. 56).

Mas bem ao contrário do que se deu a entender inicialmente, o fenômeno das novas relações de gênero não é apenas algo que toca as estruturas sociais, pois é algo que precisa ser discutido em todos os campos do saber, pois se trata de um fenômeno enológico, filosófico, artístico, humano. As novas relações de gênero revelam as novas formas de relação sociais que foram amordaçadas na queda do império greco-romano, na elevação do catolicismo europeu e mais recentemente na primeira e segunda guerras mundiais.

No Brasil, as etnografias recentes sobre esta temática, vem sendo descritas sob o ponto de vista da fluidez que tais categorias podem assumir no cotidiano das pessoas, de modo que com ou sem cirurgia, com ou sem exteriorização de gênero, "parecendo" ou não um transexual, os indivíduos sociais dessa condição parecem começar a ver uma luz nesse longo túnel que é o da liberdade de expressão, mas não só de expressão, liberdade de gênero.

Sobre tais matizes é que se pretende tratar nesse artigo, abordando os problemas conceitos de diversidade, gênero, pensamento, medo, homofobia e o que tudo isso tem a ver com os atuais padrões educacionais que são os grandes construtores da almejada igualdade de gênero na atualidade.

2 OBJETIVOS

Esta pesquisa teve por finalidade a ampliação da discussão entorno das questões de gênero e diversidade em relação a uma possível construção identitária de igualdade nos mais variados campos e estruturas sociais para a mulher como ícone da luta pelas questões de gênero.

3 METODOLOGIA

Trata-se de um artigo de revisão sobre a temática da igualdade de gênero, de modo que

realizou-se uma pesquisa nas bases de dados Google e Scielo com os termos "igualdade de gênero", "diversidade" e "Gênero e modernidade" e foram localizados 20 artigos em português, que atendiam aos objetivos desta pesquisa que previamente fora fixada e que traziam resultados significativos de pesquisa sobre o tema nos últimos dez anos. Desta maneira, optou-se por compor uma pesquisa exploratória de caráter bibliográfico, de modo a se poder discutir a questão gênero a partir do contexto atual de sociedade em que a mesma se perfaz.

4 RESULTADOS

A partir do que fora exposta na introdução sobre o pensamento de Santos (2003) que utilizei na introdução, a questão da construção da igualdade de Gênero é uma questão relativamente recente no campo jurídico, pelo menos no Brasil.

Bem ao contrário do que se possa pensar, tal questão não passa primeiro pela transgeneralização, mas antes, pela construção identitária. São as mulheres que primeiro passam por um longo processo histórico de amordaçamento. Assim, um importante ícone neste processo é a feminista francesa Simone de Beauvoir, que marcou a consolidação de uma nova etapa do Feminismo com a publicação do livro "*O Segundo Sexo*", em meados da década de 1960.

Recentemente, uma afirmação clássica de Simone, provocou discussões e polêmicas ao ser colocada em uma avaliação do ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) com os dizeres: "Não se nasce, torna-se mulher", por fazer referência justamente a uma questão de gênero mais ampla que a questão matriz que seria a do feminismo".

Até bem pouco tempo, ao se pensar em igualdade de gênero, pensava-se no conceito de Género como um conceito social que remete para as diferenças existentes entre homens e mulheres, diferenças essas não de carácter biológico, mas resultantes do processo de socialização. Mas tal discussão se ampliou por conta de uma questão inicialmente identitária que é a de se pensar a identidade como uma questão primeiro de subjetividade e direito de ser quem se é, para só depois, ser o que se esfera ser na esfera familiar, social, profissional, financeira e afetiva.

Nesse sentido, a Igualdade de Género, deve necessariamente significar igualdade de direitos e liberdades para a igualdade de oportunidades de participação, reconhecimento e valorização de mulheres e de homens, em todos os domínios da sociedade, político, econômico, laboral, pessoal e familiar, repetindo e justificando o dito anteriormente.

Ser quem se é, ser o que se é, ser como se é tornou-se condição *se ne qua non* para as novas regras relacionais no século XXI. Bem, mas saber isso não tão difícil. Aceitar isso, dependendo do grau de percepção social também parece não ser, mas existe algo que nota-se ainda como de longo processo, que é pensar como construir a tão sonhada igualdade de Gênero?

Tal premissa percorre todas as estruturas sociais e torna-se uma preocupação macro estrutural. De acordo com estudo realizado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) – *Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer* (OMS, 2002) – as taxas de mulheres que foram agredidas fisicamente pelo parceiro em algum momento de suas vidas variaram entre 10% e 52% em 10 países pesquisados.

Aqui entram outras discussões, como a violência em relação às crianças, que encontra paridade em relação à violência contra a mulher, pois trata-se de violência identitária, física e sexual.

A violência contra o pobre, o marginalizado, o ribeirinho, o mendigo, o morador de rua, o morador da favela que não consegue emprego e crédito por não ter um endereço, como vai dizer Berger (2004), não ser um ser datado, localizado no tempo e na história.

Desse modo, ao se falar de identidade, é preciso falar de violência, de abusos sociais

não relatados, de medos, de dificuldades para se começar de novo a vida, muitas vezes em outro lugar, longe da família que não aceita que não apoia, que tem medo, que abandona, que discrimina e que exclui.

Temos aqui então três conceitos importantes para nossa tecitura, que são o de violência e sua relação com os conceitos de discriminação e exclusão. Estamos falando que uma sociedade que juridicamente já se definiu em relação a tais conceitos, mas que socialmente e politicamente ainda se constrói a partir de tais tipos de formas violência fundadora como atribui René Girard (1988).

Karan (2007, p. 10-11), entende nesse contexto que a questão da violência de gênero, bem como a superação dos tipos variados de patriarcalismo que conduzem a processos discriminatórios se mostra como enganosos, dolorosos e danosos. Essa "luta" não começou hoje segundo o autor citado, mas tem sua origem nos movimentos negro e de direitos da mulher.

Criticando as atuais formas de concepção de direitos dentro da questão da igualdade de Gênero, Dra. Maria Karan, adverte para o cuidado de devemos ter de ao sair de uma condição de oprimidos, passarmos rapidamente para a condição de opressores daqueles que antes nos oprimiam.

Nesse sentido, as questões que giravam entorno das relações de gênero até bem pouco tempo, passaram a incorporar não só demandas jurídicas de "diversos" grupos e movimentos sociais, mas também outras formas de luta por igualdade como já mencionei e dentre elas as lutas pela igualdade de direitos no campo da sexualidade.

A sexualidade que é vista como uma questão anatômica, biológica e física em sua totalidade transcende essa lógica ao influenciar as construções sociais no século XXI, de modo a demandar o rompimento ou desfronteirização entre natureza e cultura especialmente. A natureza que nos últimos três séculos tornou-se objeto do conhecimento e produto da cultura, tornou-se elemento passível de interpretações equivocadas e artificiais, promovendo grande perda de identidade ao homem que erde sua vinculação natural. Tal fenômeno é notório em nosso país, quando do trafego negreiro, a destruição do domínio indígena e a avalanche das culturas europeias e americanas sobrepujando as formas populares de cultura e, portanto, de identidade.

O conjunto de transformações citadas, exerce influência determinante nas concepções de corpo, movimento e arte, afetando as estruturas já mencionadas nesse primeiro item. O resultado disso a longo prazo é uma confusão conceitual que mistura sexualidade com sexo e gênero, tornando indefinidos conceitos como o de erótica que ultrapassa o campo da sexualidade e afeta os campos da propaganda, marketing e até da prática política. Tais indefinições afetam a questão identitária de heterossexuais, homossexuais, bissexuais e para encurtar o discurso, transexuais.

Passando da questão identidade para a questão diversidade, nota-se que um ponto inaugural desta questão aparece na publicação de "As técnicas do corpo", do antropólogo e sociólogo Marcel Mauss, no início da década de 1930, que demonstra não só a noção de técnicas de cuidado e treino do corpo como também o controle dos corpos em sociedade. Aqui entram questões ligadas à diversidade que são bastante pontuais como a noção de vestimenta, saúde, sexualidade, erotização, beleza e domínio dos corpos, incorrendo em questões como machismo e sexismo, que serão elementares para a atual discussão sobre o direito à diversidade social, cultural e sexual.

> Eu digo as técnicas do corpo, porque se pode fazer a teoria da técnica do corpo a partir de um estudo, de uma exposição, de uma descrição pura e simples das técnicas do corpo. Entendo por essa expressão as maneiras pelas quais os homens, de sociedade a sociedade, de uma forma tradicional, sabem servir-se de seu corpo. Em todo caso, convém proceder do concreto ao abstrato, não inversamente (MAUSS, 2009, p. 401).

Mauss, percorre todo o tipo de técnica possível de se pensar na época em relação ao conhecimento e o controle dos corpos, passando inclusive pela diferença entre os sexos masculino e feminino. Tal estudo foi determinante para que as ciências sociais observassem nas décadas seguintes várias problematizações em relação às diferenças sexuais até se chegar na questão Gênero em 1975 com a antropóloga americana Gayle Rubin.

Antes de adentrar nesta questão, cabe perguntar o que foi mais determinante nos últimos cem anos para a compreensão da questão da diversidade em toda a sua amplitude, além dos estudos apresentados pelo Mauss?

É justamente nesta questão que no processo de construção da igualdade de gêneros, a identidade e a igualdade se entrecruzam, já que o desenvolvimento da identidade do ser humano, segundo Habermas (1983), pode ser analisado como um processo de aprendizagem ao mesmo tempo linguística ou de comunicação, cognitiva em sua construção de saberes essenciais para a vida em sociedade e claro interativa, elementar nos processos sociais.

Para entendermos quem somos como diversidade, precisamos saber quem somos na condição de indivíduos, de modo que só enxergamos claramente "quem sou" pelos outros. "Ninguém pode edificar a sua própria identidade independentemente das identificações que os outros fazem dele" (HABERMAS, 1983, p. 22).

Para Charles Taylor:

> Um indivíduo ou um grupo de pessoas podem sofrer um verdadeiro dano, uma autêntica deformação se a gente ou a sociedade que os rodeiam lhes mostram como reflexo, uma imagem limitada, degradante, depreciada sobre ele. A projeção sobre o outro de uma imagem inferior ou humilhante pode deformar e oprimir até o ponto em que essa imagem seja internalizada. De modo que dar um reconhecimento igualitário a alguém pode ser uma forma de opressão. Assim, todos os seres humanos são igualmente dignos de respeito. Para aqueles que têm desvantagens ou mais necessidades é necessário que sejam destinados maiores recursos ou direitos do que para os demais (TAYLOR, 1994, p. 58).

Nesse contexto, a questão da diversidade passa sempre pela questão da preservação da individualidade e esta pela questão da identidade. Aqui tento indicar então uma primeira forma que me parece razoável na construção da identidade de gênero que nos leva à construção da igualdade de gênero e que passa necessariamente pela concepção da estrutura Educação que edificamos. Se a educação que temos nos inferioriza, nos desqualifica, nos deteriora, nossa cultura será doente e não poderemos saber quem somos no "infinito particular" de nos individualidade e por conseguinte, não teremos identidade para propormos uma luta justa e que garanta nosso direito a vivermos em paz na premente condição demandada de diversidade.

Vemos isso no grande problema das imigrações do oriente médio para a Europa via mar mediterrâneo, vemos isso no ataque muçulmano à Boate em Dallas recentemente e vemos isso todos os anos nos atos de violência no entorno da avenida paulista durante e após os desfiles do Orgulho Gay.

Desse modo, se vivemos um problema identitário e de individualidade, tendo impedidos os nossos direitos à diferença e portanto, à diversidade cultural, artística, musical, social, financeira, afetiva, religiosa, temos aqui e no mundo, um grave problema de conflitos de gêneros que quero tratar na parte final deste tópico.

No livro traduzido para o português, *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade,* Judith Butler (1990) propõe a desconstrução do conceito de gênero no qual está baseada toda a teoria feminista. A divisão sexo/gênero já proposta em 1975 por Gayle Robin funciona como uma espécie de pilar fundacional da política feminista e parte da ideia de que o sexo é natural e o gênero é socialmente construído. Discutir essa dualidade foi o ponto de partida para que a pensadora questionasse o conceito de mulheres como sujeito do feminismo, de modo que nem o homem é o sujeito do masculino, pois trata-se de uma questão de identidade e não de sexo, uma questão, portanto de gênero e nem o feminino prefigura-se necessariamente na mulher, ou seja, é um conceito maior que os seus entes diretos.

Ao propor que tanto o sexo biológico, quanto o gênero são matérias para a teoria social, Judith retoma a transversalidade dos dois e a coerência entre sexo, gênero e desejo sexual, de modo que fica a partir de então claro cientificamente que se o sexo é binário (masculino e feminino) o gênero não segue esta orientação pois o gênero se ocupa de uma complexidade que não é binaria na sua essência.

Assim, masculinidades e feminilidades não são mais do que metáforas de poder e de capacidade de ação, podendo e devendo ser livremente acessadas por homens e mulheres seja quem que contexto for. Os únicos que se veem afetados por tal embate são os pretensos defensores do que Connell (1995) chamou de igualdade simétrica dos processos sociais e culturais.

> De uns anos para cá, começou-se a escutar algumas pessoas, tanto no movimento de mulheres quanto na Academia, dizendo: 'Isto é uma questão de Gênero!' 'O Gênero dentro do trabalho' 'O Gênero e a Política' 'A construção de Género' 'Mas, afinal que Gênero é esse? Será algo divino da Lógica e significando 'classe cuja extensão se divide em outras classes, as quais, em relação à primeira, são chamadas espécies?' Assim, o termo Gênero também poderia ser "qualquer agrupamento de indivíduos, objetos, ideias, que tenham caracteres comuns [...] A definição de Gênero torna-se, assim, complicada, pois além de apresentar vários significados, agrega no seu bojo os sentidos mais amplos ligados a 'caracteres convencionalmente estabelecidos', bem como a 'atividades habituais decorrentes da tradição" (FERREIRA, 1986, p. 844).

O que Ferreira parece expressar é que a questão de Gênero, não é uma questão conceitual simples de ser proposta. Nem é uma questão que já esteja fechada ou que deva ser fechada, pois bem ao contrário disso, abarca um universo muito maior de significantes e significados que ainda estão em processo de descoberta e construção no mundo atual.

> Conceitos normativos que expressam interpretações dos significados dos símbolos, que tentam limitar e conter as suas possibilidades metafóricas. Esses conceitos estão expressos nas doutrinas religiosas, educativas, científicas, políticas ou jurídicas e tomam a forma típica de uma oposição binária fixa que afirma de maneira categórica e inequívoca o significado do homem e da mulher, do masculino e do feminino (SCOTT, 1995, p. 86).

Desse modo, pensar nesse tópico o problema dos gêneros existentes hoje é ao contrário de definir, entender, mapear, situar, trata-se de ver e deixar viver. Parece não ser uma questão social apenas, mas uma questão existencial, arrisco ver poeticamente como uma nova humanidade que parece surgir em meio às conturbadas relações de gêneros que estamos assistindo nesse momento.

Aqui proponho uma segunda solução ao problema da construção da igualdade de gêneros que é a de não termos pressa de definirmos tais formas identitárias pois outras inevitavelmente irão surgir, à medida que as instâncias de poder que impregnam as estruturas que já citei, pararem de exercer o controle dos corpos, o que se faz por políticas públicas e não

politicas passageiras de governo, impregnarem tais estruturas de uma visão de ser humano eu ao mesmo tempo seja aberta e responsável no sentido eco social.

Não quero indicar que seja algo que só depende dos governos, ao contrário, depende de nós e de nossa pressão social para que os governos tomem as medidas necessárias.

> Não é a sexualidade que assombra a sociedade, mas antes a sociedade que assombra a sexualidade do corpo. As diferenças entre os corpos, relacionadas ao sexo, são constantemente solicitadas a testemunhar as relações sociais e as realidades que não têm nada a ver com a sexualidade. Não somente testemunhar, mas testemunhar para, ou seja, legitimar" (SCOTT, 1995, p. 86).

Desse modo, vimos que as transformações que aconteceram tanto a longo quanto curto prazo, exigiram uma visão de mundo, de homem, de corpo, de sociedade, de relações mais amplas de modo se atender à complexidade demonstrada pelo ser humano e suas construções simbólicas.

Um mundo que se modifica constantemente é necessariamente um mundo que demanda uma mentalidade não unívoca, não retrograda, não totalizante. Vamos em seguida tratar dessas novas formas de pensamento que não excluíram ainda doenças sociais como a discriminação, o medo e a violência contra a mulher.

5 DISCUSSÃO

O discurso do ódio contra as diferenças é hoje algo sentido no mundo inteiro. O fenômeno da intolerância parece não querer diminuir; ao contrário. Os casos mostrados diariamente na TV ou estampados nos jornais, denotam estarmos em um perfeito estado de guerra de “todos contra todos” (Hobbes). Embora não sejam as únicas vítimas, as mulheres são as protagonistas dessa luta.

Estava vendo um dos telejornais esta semana e me deparei com um evento que ocorrera em São Paulo, no qual uma das ações concretas que fora proposta foi a de um dia do orgulho negro. Daí pensei, bem, antes tarde do que nunca, pois se os grupos transgeneros já fazem isso há mais de 20 anos no mundo e a mais de dez no Brasil, nada mais necessário que trazer na comemoração do dia do negro o dia do seu orgulho com tudo o que esta raça e os grupos sociais e culturais que os compõe tornar público esta luta. Outro fato também recente foram as manifestações nacionais organizadas por mulheres após o emblemático caso estampado nas mídias sobre o estupro coletivo de uma adolescente no Rio de Janeiro. Tais relatos nos levam necessariamente a alguns questionamentos, tais como: Qual o lugar da mulher em nossa sociedade? E a mulher negra, qual o seu lugar? Será o mesmo da mulher Branca? Quantas médicas negras conhecemos? Quantas juízas? Quantas domésticas?

> Enquanto as políticas e as teorias pós-modernas trabalham com as ideias da possibilidade do fim da história, do social, e do político, a crítica feminista insiste, contrariamente, na articulação de suas questões com as determinações históricas e políticas. Se os primeiros falam de uma crise da representação e da morte do social, o segundo fala exatamente de uma luta pela significação (HOLANDA, 1994, p.10).

O pensamento citado de Holanda e os questionamentos acima nos trazem ao centro de discussão desse segundo tópico. Qual a estrutura de pensamento e o sistema de crenças predominante no mundo atual que impedem que a mulher e os demais grupos de luta social citados assumam definitivamente seu lugar? Recordo aqui a realização do CONAE (Congresso Nacional de Educação) que aconteceu em Brasília em 2010 para a finalização do novo Plano Nacional de educação, ocasião esta em que todos os citados e os não citados gêneros deveriam

estar representados e por correções e força de Lei, no terceiro dia de evento, ainda víamos grupos de gêneros chegando ao evento, o que nos coloca diante de uma questão também atual: haverá espaço para tantos gêneros? E se o meu direito acabar antes que o seu comece e por uma questão também de gênero? Teria as questões de gênero sufocado a luta feminina e do feminismo no Brasil e no mundo?

Para Schraiber (2005):

> Vale a pena trazer a temática de homens e masculinidades para a pauta dos estudos de saúde e gênero? De acordo com os autores, a resposta positiva justifica-se por três subversões criadas pela temática: [...] 1) obriga cientistas e formuladores de política a enfrentar questões das inter-relações entre os gêneros, com imensa repercussão nas práticas de prevenção e principalmente na promoção à saúde, deslocando as aproximações individualizantes; 2) traz novas temáticas para os estudos e políticas em saúde da mulher, bem como impõe novos olhares (de gênero) para antigos objetos da saúde das mulheres e dos homens; 3) ressalta o entrelaçamento entre saúde, cidadania e direitos humanos (SCHRAIBER, 2005, p. 8).

Uma questão que ainda não tocamos nesse artigo, é justamente a questão proposta por Schraiber, onde a saúde do homem e da mulher são uma estrutura social e antropológica muito requerida e discutida em nossos dias. Basta lembrar os muitos casos no Brasil, na Europa e nos EUA de mulheres contaminadas por DST`s e AIDS graças aos descuidos e infidelidades de seus maridos.

Desse modo, a presença das mulheres na história reflete um pesadelo social que as levou à condição relegada e marginal na própria história. Nesse sentido, a pré-história é caracterizada justamente pela inexistência de documentos escritos, o que dificulta conhecer ao certo o papel da mulher em tal período. O que se sabe, é que a figura feminina tinha um enorme peso nas sociedades de todo o mundo. Não eram sociedades matriarcais, e sim matricêntricas, pois a mulher não dominava, mas as sociedades eram centradas nela por causa da fertilidade. Para Khoury:

> Considerando a história um processo de disputas entre forças sociais, envolvendo valores e sentimentos, tanto quanto interesses, e dispostos a pensar e avaliar a vida cotidiana em sua dimensão histórica, a ponderar sobre os significados políticos das desigualdades sociais, nossas atenções se voltam para modos como os processos sociais criam significações e como essas interferem na própria história. Nesse sentido é que entendemos e lidamos com cultura como todo um modo de vida (KHOURY, 2004, p. 117).

Conforme o que fora citado, para existir socialmente na história, as mulheres encarnaram papéis quase sempre de coadjuvantes, perfazendo-se nos cuidados dispensados aos filhos, aos maridos, aos deuses, aos idosos, às crianças e à religião. Nesse contexto, pretende-se discorrer um pouco sobre essas e outras conotações histórico-sociais que deram certo padrão divino ao agir feminino.

Para Pedro (2005), a história social das mulheres é um campo de estudo da história e da sociologia que produz uma crítica à visão da história dominante, predominantemente masculina, que, criada nessas condições, reflete uma diferença social.

Para Louraux (1990, p. 34), embora dentro dos monoteísmos, os deuses tenha sempre tomado uma posição machista, as deusas seriam então comuns ao politeísmo de modo geral. Os estoicos se interrogavam sobre qual seria o real sexo dos deuses. Para eles, existe um só deus, seus nomes variam segundo os atos e funções, de modo que as potências ou forças da natureza são masculinas e femininas.

As mulheres dentro do campo social são consideradas atores na família, no trabalho e na vida pública. Ainda que não seja talvez tão explícita quanto se pudesse desejar, quando se coloca seu problema em termos históricos gerais, a ambição está presente assim como os dados

que a sustentam (TILLY, 1994, pp. 29-62).

Para Vernant (2002), a condição feminina é bastante distante da realidade masculina, mesmo no caso das deusas. Desse modo, embora as contribuições das divindades femininas sejam muitas, em diversos casos permanecem subjugadas e seus poderes relegados.

No tocante às idades da mulher, a deusa Hera encarnaria a figura da maturidade da esposa e a virgindade da jovem. Há de se lembrar de que na Idade Média, período que dista 21 séculos do período clássico, a não virgindade das feiticeiras era o argumento mínimo para serem condenadas à morte.

Neste contexto, dizer que uma mortal se parecia com uma deusa era cobrir-lhe de esplendor. Em geral, apenas mulheres fortes, belas e determinadas socialmente, gozavam de tal status. Na obra Ilíada de Homero, a questão de aliar as características citadas à figura de uma mulher, frequentemente, acabava por provocar problemas sociais graves como foi o caso da Guerra de Troia.

Segundo Oliveira (2014), desde menina, era ensinado à mulher grega ser mãe e esposa; sua educação limitava-se a aprender a cozinhar, bordar, costurar, tarefas estritamente domésticas, que a restringiam apenas ao espaço privado como sendo o único lugar, e sem contestar, pois seu espaço estava determinado.

Carregava o estigma da fragilidade, da pouca inteligência, afirmações do patriarcado que construiu estereótipos ao longo do processo histórico, os quais foram sendo reproduzidos como naturais, definindo assim o papel social da mulher como propriedade e produto do homem, que por sua vez, devia obediência ao seu senhor.

Ao longo da história da emancipação feminina é possível pensar que a educação e a religião são fatores importantes que contribuíram para a evolução e progresso da mulher na busca do seu espaço social, todavia esta história não foi feita sem grandes tensões e conflitos (OLIVEIRA, 2014, p. 4).

Quem constrói uma visão diferente disso é Platão em *O Banquete*, em que uma mulher é quem formula no diálogo a ideia de amor. A mulher pode até erotizar-se na conquista, mas quando se torna mãe, torna-se sábia e controlada. Isso é pensado a ponto de Platão vincular a atividade de uma sábia, de uma parteira grega, ao ofício de um filósofo, pois ambos realizam a tarefa de trazer a *psique* à luz.

A *Maiêutica* elimina aquilo que obstrui opiniões falsas, ignorância. Nesse contexto, por meio do paradigma do parto, Platão faz eclodir uma imagem do feminino que apenas terá similaridade com a da deusa. Para ele, a sociedade não ascende à condição superior proposta em A *República*, pelo fato de as *Psiques* estarem prenhas, porém presas na própria ignorância (SISSA, 1990, p. 84). Segundo Macedo:

> A atitude de desprezo dos homens pelas mulheres, consideradas ao mesmo tempo perigosas e frágeis, era justificada por todos os meios, até pela etimologia da palavra que as designava. Para os pensadores da época, a palavra latina que designava o sexo masculino, *Vir*, lembrava-lhes Virtus, isto é, força, retidão, enquanto Mulier, o termo que designava o sexo feminino lembrava *Mollitia*, relacionada à fraqueza, à flexibilidade, à simulação (MACEDO, 1999, p. 21).

Assim, pode-se notar que a presença feminina é sempre uma presença relegada à condição masculina, mesmo quando as mulheres de Atenas e demais Cidades-estados têm um papel de protagonistas da fé ritual. Aparentemente a situação das mulheres que poderiam exercer algum poder social não era diferente.

No contexto romano, quanto mais eram marginais e escapavam do *pater famílias* ou

marido, mais possuíam atributos religiosos. Desse modo, a viúva que se casasse, logo deveria imolar uma vaca prenha em agradecimento à Afrodite. A atração das mulheres por superstições tinha lugar na literatura romana, além das referências às superstições de velhas senhoras. Para Macedo:

> Entre os romanos, ao menos no período do Império, prevaleceu a ideia da 'inferioridade natural' das mulheres. Foram excluídas das funções públicas, políticas e administrativas. Suas relações limitavam-se à *domus*, a casa, governada pelo pai, pelo marido ou pelo sogro. A liberdade dependia da posição que ela ocupava em sociedade. Entretanto, até mesmo quando era juridicamente livre, tinha a autonomia pessoal limitada pelos interesses da família (MACEDO, 1999, p. 9).

Importante ressaltar no citado, que para a justificação das hipóteses desta tese, existiam ainda, inúmeras feiticeiras, mágicas e adivinhadoras, as quais estavam em todas as camadas sociais romanas, mas especialmente nas baixas e afastadas da sociedade urbana. Os cultos bacanais, em um dos bairros considerados marginais de Roma, tornaram-se famosos e escandalosos conforme menciona Scheid (1990, p. 490). Os rituais de Báquica ameaçavam a iniciação cívica dos jovens cidadãos romanos. As orgias sexuais induziam a testamentos, descasamentos e guerras pessoais, práticas terminantemente abusivas em relação ao direito romano.

Submetidas e relegadas às tarefas marginais na religião romana, as mulheres eram indispensáveis ao culto. A esposa dava atendimento ao marido durante as cerimônias, elas eram as *rem divinam facere*, aquelas que levando e trazendo taças, jarros e vasos faziam o culto religioso acontecer. Vale perguntar como então conseguiram emergir de situação tão marginal?

Já na romanizada igreja cristã primitiva, as profetizas eram mulheres, em geral, velhas ou viúvas, e eram objeto de assistência. Eram consideradas sábias e intercessoras, e socialmente afastadas de calúnias, maledicências e falso testemunho. As viúvas, portanto, não recebiam ordenação, e eram instituídas para fazer a oração por todos.

A figura religiosa feminina se sobressai um pouco no século III, quando algumas mulheres são eleitas diaconisas para o serviço do batismo de mulheres, e seu ensinamento, logo após o batismo. Mas, fora isso, elas só têm parte com os clérigos na distribuição de pães benzidos. Segundo Macedo:

> Jacques le Goff, num estudo sobre os marginalizados no Ocidente Medieval, incluiu as mulheres na categoria dos 'desprezados' quer dizer, uma categoria até certo ponto integrada em sociedade, mas mal aceita ou vítima de preconceitos. No mesmo estudo, alguns grupos de mulheres foram considerados 'marginais'. Os comportamentos ou atos desses grupos serviram de justificativa ideológica para a exclusão total das mulheres da sociedade (MACEDO, 1999, p. 59).

Não era pedido que as mulheres ensinassem na Igreja, de modo que o Senhor Deus, ao ordenar 12 homens e nenhuma mulher, não só respeitou a cultura judaica como deixou claro qual era o serviço de cada gênero para sua igreja.

Durante a Idade Média, as mulheres tinham acesso a grande parte das profissões, assim como o direito à propriedade. Também era comum assumirem a chefia da família quando se tornavam viúvas. Há também registros de mulheres que estudaram nas universidades da época.

Num antigo texto de Porfírio sobre o sacerdócio (SCHEID, 1990, p. 548), Deus teria se afastado dos cargos eclesiásticos, dado a presença de mulheres influentes sobre tais cargos. Assim, elas estão revestidas de tal poder que entre os padres fazem eleger ou afastar os que forem da vontade delas. Nota-se, aqui, alta influência religiosa das mulheres no seio da igreja cristã.

Ainda segundo Tilly (1994, p. 58) o lugar da atividade religiosa, verdadeiramente

popular, era a casa onde as mudanças das gerações, das estações e individuais governavam a prática e a crença, justamente no âmbito residencial, sinal de silêncio, anonimato e marginalidade. Talvez, então, possa-se inferir que as práticas religiosas e outras proferidas por mulheres resistiram ao tempo por sempre terem sido algo marginal, periférico e sem importância à ordem masculina.

Na idade feudal, a situação das sábias e viúvas de oração não melhorou muito. Segundo Dalarun (1990, p. 29) a criação dos mosteiros entrincheira os homens da religião e distancia terminantemente as mulheres. O clero desse período é invariavelmente misógino[83], ou avesso à presença feminina no culto.

A partir do século XII, na Europa, começa a surgir um movimento que considera as mulheres como inimigas devido ao fato dessas virem de Eva, aquela que envenena o primeiro pai da religião. Desse modo, a narração da Criação e da Queda, no Gênesis, pesa permanentemente sobre a visão medieval da mulher.

De acordo com Tilly (1994, p. 69) a partir de uma perspectiva religiosa, em decorrência de tantas transformações históricas, a conotação atribuída à mulher precisava modificar-se. Tal modificação deveria começar por "Eva", representada por inúmeras mulheres consideradas como bruxas e diabólicas, por possuírem saberes, especialmente, saberes médicos, para "Maria", modelo de mulher cultuado com veemência pela igreja, que denota pureza, amor materno e submissão.

Acontece uma verdadeira reforma nos costumes, de modo que as mulheres, sobretudo as menos religiosas, mais supersticiosas ou as beatas rezadeiras foram execradas da igreja (DALARUN, 1990, p. 37). A mulher passa então a ser vista como fraca, inconstante, além de perniciosa em sua vontade.

Para Oliveira (2014, p. 3), a possibilidade de uma maior participação no espaço público se daria por meio da saída de casa para a escola, tal fato apresenta-se como um processo de resistência que se justifica pela profissionalização do magistério, abrindo as portas do mercado de trabalho para aquelas que queriam mais que educar seus próprios filhos, tornarem-se, então, professoras. Como professoras, poderiam gerir o próprio sustento, um passo a mais na emancipação feminina e, consequentemente, um modo de resistência à ordem vigente de dependência e subordinação ao homem.

Os séculos que sucederam à Revolução Industrial e ao Iluminismo foram épocas tenebrosas, até certo ponto, para as mulheres que rezavam, pois relegadas ao abandono social, refugiavam-se nas florestas e ali tiravam sua cura e sustento de plantas e ervas variadas. Desse modo, mesmo em meio a muitas dificuldades, as rezadeiras nunca deixaram de existir, e assim, alimentam as mais variadas culturas.

Nota-se até aqui que duas das funções, que são de certo modo intrínsecas à prática das benzedeiras, foram reprimidas ao longo da história até o final da Idade Média, que são a dimensão da cura e a dimensão da oração mediadora. Não obstante, nota-se a necessidade de se estabelecer uma relação mais acurada da mulher enquanto indivíduo que lida com o sagrado e as redefinições políticas.

O século XIX, para a figura do feminino, é marcado por uma redefinição não só política, mas estrutural de sua posição. A redefinição do público e privado traz para a cena mundial, além da separação de Estado e grandes complexos industriais, a redefinição homem/mulher como algo diferente (gêneros), de modo que para Fraisse "nem todo público é feminino, nem

[83] Misoginia (do grego μισέω, transl. miseó, "ódio"; e γυνὴ, gyné, "mulher") é o ódio, desprezo ou repulsa ao gênero feminino e às características a ele associadas (mulheres ou meninas). Está diretamente ligada à violência contra a mulher. Misoginia é o antônimo de filoginia, que é o apreço, admiração ou amor pelas mulheres, embora o termo "filoginia" possa ser considerado preconceito benevolente.

todo privado é masculino" (FRAISSE, 1990, p. 347). As mulheres voltam à cena, marcadas por uma característica determinante que é a moda. Nesse aspecto, o corpo da mulher é, ao mesmo tempo, aceito no âmbito público e privado. Assim, desde a produção, o consumo e o vestuário, tudo passou a dizer respeito também às mulheres.

Nesse sentido, Fraisse (1990, p. 347) afirma que o parto colocará a mulher de vez no centro das atenções, e o nascimento tornar-se-á assunto de Estado. Os médicos, nesse contexto, vão substituir em pouco, as parteiras, benzedeiras e aborteiras. Ainda nesse contexto, torna-se igualmente pública a figura da rapariga prostituta, cujo comércio é cada vez mais regulamentado. "Quaisquer que sejam os esforços masculinos para distinguir o quarto conjugal do bordel e o da casa de passe, a interpenetração é frequente" (FRAISSE, 1990, p. 348).

Por meio dos homens, as doenças sexualmente transmissíveis passam do bordel para as casas, sendo apenas inicialmente tratadas por benzedeiras e mulheres mais experientes, ou mesmo, as mães destas que recorriam à curandeira das ervas, além do tratamento com as sulfas (antibióticos) pelos médicos.

A prostituta constitui para as próprias mulheres uma figura ambígua: objeto de receio, desprezo, mas também de compaixão e de solidariedade, imagem de uma liberdade fantasma ou, pelo contrário, o próprio símbolo da maior opressão. É em nome da pureza que se realiza – em Londres, em 1885 – uma das maiores concentrações de mulheres do século XIX, empurradas para a rua pela ignomínia lançada sobre o seu sexo (FRAISSE, 1990, p. 347).

De mesmo modo, o advento do progresso trouxe às mulheres a solidão marcada pela diversidade de relacionamentos, viuvez e separações, além da luta pela independência social e financeira. O dinheiro, a vida social, os casos de violência, estupros, contratos de casamento, dotes, poderes de gestão econômica e doméstica, e diversas outras situações, marcam a mulher do XIX. "O incesto, a violação, a perseguição sexual no atelier ou na fábrica, a sedução forçada, a privação de alimentos, a pancada, revelam uma sujeição do corpo da mulher cuja amplitude é difícil de medir" (FRAISSE, 1990, p. 349).

Todavia, as mulheres do século XIX são em sua maioria crentes ou ao menos piedosas, veem o corpo como permissível e a alma como em busca de uma santificação corpórea, por meio de sucessivos partos e aleitamentos. O marco desse período é a devoção de mulheres católicas, benzedeiras e rezadeiras ao sagrado coração de Jesus. Tal devoção talvez seja o grande marco sustentador da mulher, enquanto agente leigo da religião oficial que perpassará os séculos vindouros.

Como era ainda difícil a situação das mulheres, percebe-se, nesse período, uma condição relegada daquelas figuras solitárias que se davam à arte da cura, sobremaneira pelas plantas e chás, no entanto, elas não sairiam mais de cena.

> Os hábitos religiosos subsistem durante mais tempo. Fica-se espantado perante a invenção que revelam quanto ao vestuário as novas congregações, então bastante numerosas. Uma minúcia inacreditável preside a escolha da touca, do véu, das faixas, da gola, do escapulário, das mangas e dos punhos, das cores e dos tecidos. O vestuário é símbolo místico, cada peça de roupa exprime o espírito de penitência. Numa época em que tantas mulheres não sabem ler, o hábito revela ainda, para além das palavras, uma instrução muito forte: exprime o corpo, os seus deveres e o seu destino (FRAISSE, 1990, p. 354).

Ainda Fraisse (1990, p. 360) percebe que a mulher desse período é uma eterna doente, e cada etapa da vida dela é temível, independente de qualquer patologia. O que atenuava isso, sobretudo em regiões menos populosas, eram os chás e as rezas que benzedeiras utilizavam. As condições de vida da mulher, nesses lugares, também contribuíam para a fragilidade de sua saúde. As parteiras e as benzedeiras da época levavam mais em conta a situação social das mulheres que as procuravam que os próprios médicos da época.

O século XIX também compreende a figura da mulher em contextos religiosos muito específicos, conforme se pretende tratar agora. Fraisse (1990, p. 345) indica que a mulher nesse século foi fabricada pelos preceitos e ritos religiosos os quais previam manter a maioria delas em certo limite de presença e posição do corpo. Em tal contexto, a simples aproximação da mulher não mais submissa, já deixava teólogos pavorosos de medo.

Dentro do modelo católico europeu do século XIX, percebe-se, nesse século, um progressivo afastamento da piedade e do seio das celebrações diárias, dando lugar a esses, as práticas devocionais residenciais e as superstições. O afastamento, o anticlericalismo estão prontamente presentes. A formalização pelos católicos de um contrapoder feminino, que utiliza recursos sentimentais como corretivo moral nos confrontos com os homens, é mais fácil na França do que na Itália, dado o poderio católico, conforme ressalta Michela de Giorgio (1991. v. 4, p. 199).

Com o surgimento da questão de Gênero, a ideia negativa de corpo e sexualidade deixa de vez de povoar o pensamento católico sobre a presença da mulher em sociedade. Fala-se que Deus, nesse período, mudou de sexo, dada a influência religiosa, sobretudo de mulheres nobres e ativistas feministas.

Mesmo com toda tentativa católica de contra-atacar o avanço da feminização da sociedade, essa misoginia apenas prevaleceu em países mais fortemente católicos, de modo que as jovens sonham com o amor proibido socialmente. A força das devoções à imaculada conceição permitia às jovens tomar consciência de seus desejos sem os assumir.

A mulher protestante, por sua vez, situa-se em sua tipificação em uma ruptura não moral, mas devocional com o ideal católico. A mulher, nesse sentido, encontra-se inserida em um modelo patriarcal presente nos países protestantes. A visão luterana mostra-se ambivalente por dividir os papéis sociais de gênero e bloquear o acesso de mulheres a certas funções pastorais. "O papel quase pastoral de certas mulheres foi particularmente nítido no Novo Mundo, onde a procura considerável por prostitutas precedeu a vontade de prudência de que muitos partidários queriam fazer prova" (BAUBÉROT, 1990, p. 240).

O que há de inovador no seio protestante do século XIX é a possibilidade de mulheres de pastores se tornarem diaconisas, quase sempre ligadas ao desenvolvimento da assistência social aos pobres, em relação aos cuidados da saúde. Dificilmente se veria a figura feminina, a não ser em casos extremados, na presidência de um culto, não fosse doméstico. Desse modo, "o século XIX constitui um período de mutação para as mulheres protestantes. Em ligação com uma evolução geral, a sua condição muda notavelmente, ainda que não ao mesmo ritmo segundo os países, as classes sociais e as igrejas" (BAUBÉROT, 1990, p. 245).

Dentro do que fora aqui exposto, pode-se referenciar a pesquisadora Tilly (1994, p. 54), segundo a qual, as mulheres observam o mundo social, religioso, político e dos negócios por meio de um olhar sensível às diferenças de gênero. Tal diferença mostra como os homens da classe média, que procuravam ser alguém, contar, enquanto indivíduos por causa da sua riqueza, sua capacidade de comando ou sua capacidade de influenciar os outros, eram, na realidade, dependentes do sustentáculo das redes femininas e familiares que apoiavam sua ascensão social.

Desse modo, pode-se falar da história da mulher, como a história de tantas mulheres; história essa marcada pelo estabelecimento da ordem patriarcal, que, em grande medida, foi legitimada pela religião cristã ocidental, a qual transmitiu o silenciamento do feminino em todas as esferas sociais. A mulher do Brasil, assunto até aqui não tratado, formada e constituída socialmente nessa ordem, era subordinada e dependente do pai ou do marido, ao irmão mais velho, sendo feita propriedade do homem e calada por ele (OLIVEIRA, 2014, p. 2).

Brasileiras ou não, o fato é que as mulheres, ao longo da história, assumem por serem

obrigadas, um papel que lhes relega os cuidados menores sem, todavia, poderem pisar como protagonistas da história e, nesse caso, da história religiosa. Ainda conforme Oliveira (2014, p. 2), no século XIX, em meio às transformações legadas por esse tempo histórico, decorrentes, sobretudo, da industrialização e urbanização presentes na Europa e Estados Unidos, ideias civilizadoras são fomentadas por grupos sociais que idealizavam a educação e a religião como estratégias na relação de poder, para estabelecer um comportamento social individual e coletivamente aceitável.

O lugar da mulher no espaço social no século XIX, como já aludido anteriormente, era determinado pelo patriarcalismo, deixando sua margem de decisão com pouca acessibilidade. Nesse sentido, para Oliveira (2014, p. 4) a história das mulheres no processo de civilização ocidental passa também pelos ideais iluministas e progressistas presentes no século XIX. A presença da mulher na esfera pública torna a ser vista como um avanço, na perspectiva de progresso e melhoria da sociedade, a partir do paradigma da evolução.

Desse modo, a presença da mulher em sociedade, na condição de mística, feiticeira, recatada, rezadeira, doméstica, benzedeira, mãe, aleitadeira, depravada ou religiosa é uma história que ainda nos diz muito sobremaneira ao escopo desta tese, dada toda a luta de mulheres para serem historicamente reconhecidas. Desvendar tais meandros é tarefa, em geral, de todas as ciências humanas que devem ainda mais debruçar-se sobre tal fenômeno, de modo a perscrutar e desvendar esse ser, que ora existe ora inexiste socialmente, já que parece ter sido sua luta por existência e reconhecimento o fato propagador e mantenedor da prática viva da benzeção.

6 CONCLUSÃO

Talvez não se trate de propor uma conclusão, mas depois de tudo o que se tratou, de construir uma na história. Mulheres e outras minorias querem se tratadas como seres humanos dignos e iguais, com direitos e deveres e embora seja lamentável, mas necessário, essa luta está só no começo.

7 REFERÊNCIAS

BAUBÉROT, J. *Da mulher protestante.* In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle. História das mulheres no Ocidente, v.4. Porto: Afrontamento; São Paulo: Ebradil, 1990. pp. 239-256.

BAUMAN, Z. *O mal-estar da pós-modernidade.* Rio de Janeiro: J. Zahar Ed., 1998.

BERGER, p. L. *O dossel sagrado:* elementos para uma teoria sociológica da religião. 5 ed. São Paulo: Paulinas, 2004.

DALARUN, J. *Olhares de clérigos.* In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle. *História das mulheres no Ocidente*, v.2. Porto: Afrontamento; São Paulo: Ebradil, 1990. pp. 29-64

FRAISSE, G. *Corpo e corações*. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle. História das mulheres no Ocidente, v.4. Porto: Afrontamento; São Paulo: Ebradil, 1990. pp. 351-503.

GIRARD, R. *La violence et le sacré*. Paris, Hachette, 1988.

HABERMAS, Jurgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo, Brasiliense, 1983.

HOLANDA, Heloísa Buarque. *Introdução. Feminismo em tempos pós-modernos*. In: Tendências e impasses. O feminismo como crítica da cultura, Rio de Janeiro, Rocco, 1994.

KARAN, M. L. *Violência de gênero:* o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. Boletim IBCCRIM, ano 15 (177): 2007

KHOURY, Y. A. *Muitas memórias, outras histórias*: cultura e o sujeito na História, em IDEM (org.). Muitas Memórias, outras Histórias, São Paulo: Olho d'Água, 2004, p.117.

LOURAUX, N. *O que é a deusa*? In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle. *História das mulheres no Ocidente*, v.1. Porto: Afrontamento; São Paulo: Ebradil, 1990. Pp. 31-126.

MACEDO, J. R. *A mulher na Idade Média.* São Paulo: Contexto, 1999.

MAUSS, Marcel (2009), *As técnicas do Corpo,* in AA .VV., Corpo , Colecção Arte e Sociedade (Dir. João Valente Aguiar), n.º 1, Lisboa: Apenas L ivros | Instituto de Sociologia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto.

OLIVEIRA, L. S de. *Educadoras e religiosas no Brasil do século XIX*: nos caminhos da civilização. Disponível em: http://www.uel.br/grupo - estudo/processoscivilizadores/portugues/sitesanais/anais12/artigos/pdfs/comunicacoes/C_Oliveira3.pdf>. Acesso em 25 Mar. 2014.

Organização Mundial da Saúde (OMS) – *Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer.* 2002. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43390/1/924359351X_spa.pdf>. Acesso em 12 Jul. 2016.

PEDRO, J. M. *Traduzindo o debate:* o uso da categoria gênero na pesquisa histórica, História (São Paulo), UNESP, vol. 24, n. 1, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer paralibertar:* os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCHEID, J. *Os papeis das mulheres em Roma*. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle. *História das mulheres no Ocidente*, v.1. Porto: Afrontamento; São Paulo: Ebradil, 1990. pp. 465-492.

SCHRAIBER, L. B. et al. *Homens e saúde na pauta da saúde coletiva*. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 7-14. jan./mar. 2005.

SCOTT, Joan. *Gênero:* uma Categoria Útil de Análise Histórica. Educação e Realidade. 20 (2), p.71-99, 1995.

SISSA, G. *Filosofias de gênero:* Platão, Aristóteles e as diferenças de sexo. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle. *História das mulheres no Ocidente*, v.1. Porto: Afrontamento; São Paulo: Ebradil, 1990. pp. 79-126.

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la politica del reconocimiento.* Mexico, Fondo de Cultura Econômica, 1994.

TILLY, L. A. *Gênero, História das Mulheres e História Social*, in Cadernos Pagu, n. 3, Campinas, 1994, pp. 29-62.

VERNANT, J. P. *As Origens do Pensamento Grego*. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. Rio de Janeiro. Difel. 2002.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. v. 1. Brasília: Editora UnB, 1991.

DOCUMENTOS

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA RECIFAQUI

A Revista RECIFAQUI é um periódico científico anual, nesse intuito objetiva ser um espaço editorial de rigorosa discussão científica, estando aberta à participação de pesquisadores da FAQUI a partir de edições temáticas dentro de linhas de pesquisa das áreas do conhecimento estabelecidas pela CAPES – Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. São as áreas de conhecimento da RECIFAQUI Ciências Biológicas, Ciências Sociais Aplicadas, Ciências da Saúde e Ciências Humanas.

Artigos Científicos

Os artigos científicos deverão ser fruto de pesquisa acadêmica da FAQUI e conter Resumo, Abstract, palavras-chave, Keywords, Introdução, Discussão, Conclusão (ões), REFERÊNCIAS. O texto deverá ser apresentado com o mínimo de 10, e o máximo de 20 laudas. A publicação de trabalhos mais extensos fica condicionada à autorização do Conselho Editorial.

Resenhas

As resenhas deverão ser de livros publicados nos últimos 5 anos, e conter no máximo 3 (três) laudas.

Apresentação dos Originais

O texto será digitado com o uso do editor de textos Microsoft Word for Windows, versão 6.0 ou superior, formato A4 (21,0 x 29,7 cm), com espaço simples em uma só face do papel, com margens laterais de 3,0 cm e margens superior e inferior de 2,0cm, fonte Cambriade 14 cpi para o titulo, 12 cpi para o texto e 10 cpi para citações destacadas do texto, notas rodapé e informações de tabelas e figuras.

Título

Título em duas línguas (em Português em caixa alto e negrito abaixo centralizado língua estrangeira, itálico corpo 10); NOME DO AUTOR POR EXTENSO, o nome, não iniciar com o sobrenome; RESUMO (entre 250 e 350 palavras) e Palavras-Chave (até 5 palavras), escritos no idioma do artigo; ABSTRACT e Keywords (versão para o inglês do Resumo e das Palavras-chave);TEXTO; NOTAS; REFERÊNCIAS (apenas trabalhos citados no texto). Resumos, palavras-chave, em português e em língua estrangeira, devem ser digitados em Cambria, corpo 10. Em **nota de pé da primeira página**, especificar os dados do autor (es),indicando a atividade que exerce, a instituição que trabalha, titulação acadêmica e e-mail.

Resumo e Abstract

O Resumo e a sua tradução para o inglês, o Abstract, devem estar entre 250 e 350 palavras, com informações que permitam uma adequada caracterização do artigo como todo. No caso de artigos científicos, o Resumo deve informar o objetivo, a metodologia aplicada, os resultados principais e conclusões.

Palavras-chave e Keywords

No máximo 5 palavras serão representadas em seguida ao Resumo e Abstract. As palavras serão escolhidas do texto e não necessariamente do título.

Citações

As citações bibliográficas do texto devem ser pelo sobrenome do(s) autor(es) seguido do ano e da paginação referente. Quando houver dois autores, somente o sobrenome do primeiro será citado, seguido da expressão "et al.": Soares (2004, p. 123), (SOARES, 2004, p. 456), Soares e Feijó (2000, p. 765), (SOARES; FEIJÓ, 2000, 321), Feijó et al. (2004, p. 65), (FEIJÓ et al., 2000, p. 8).

As citações diretas, com mais de três linhas, deverão ser destacadas com recuo de 4cm da margem esquerda, em cpi 10, espaço simples, e sem aspas (ABNT: NBR 10520).

Referências

A lista de referencias bibliográfica será apresentada em ordem alfabética por sobrenome de autores, de acordo com a norma ABNT/NBR-6023 da Associação Brasileira de Normas Técnicas. Inicia-se a referencia com ultimo sobrenome do(s) autor (es) seguido do(s) prenome(s), exceto aqueles de origem espanhola ou de dupla entrada, registrando-se os dois últimos sobrenomes. Todos os autores devem ser citados. Escrito apenas Referências não colocar Bibliográficas.

Obras anônimas têm sua entrada pelo titulo do artigo ou pela entidade responsável por sua publicação. A referencia deve ser alinhada pela esquerda e a segunda linha iniciada abaixo do primeiro caractere da primeira linha.

Abaixo são apresentados alguns exemplos de REFERÊNCIAS.

•Artigos de periódicos:

FABIAN, E. P. **A relação entre método e política em Hegel a partir de A Sociedade Aberta e seus Inimigos de Karl Popper**. In: Revista de Ciências Humanas, Frederico Westphalen, v. 7, n. 8, Jun. 2006, p. 157-174.

•Livros

ARISTÓTELES. Metafísica. Tradução de Leonel Vallandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1969.

•Capítulos de livro

NICOLAU, M. F. A. O movimento dialético na introdução ao sistema da ciência – O prefácio a Fenomenologia do Espírito. In: CHAGAS, E. F.; UTZ, K.; OLIVEIRA, J. W. J. (Org.). Comemoração aos 200 anos da "Fenomenologia do Espírito" de Hegel. Fortaleza: Edições UFC, 2007, 127-144.

•Teses (doutorado) ou dissertações (mestrado)

BAFFA, Manoella. A Forma da Metafísica: sobre a história na obra tardia de Heidegger. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro, PUC, Departamento de Filosofia, 2005.

•Artigos apresentados em congressos, reuniões e seminários

SANTOS, Fernando Santiago dos. Os jesuítas, as ervas medicinais e os índios brasileiros: estudo preliminar da Triaga Brasílica (séc. XVIII). II Encontro de Filosofia e História da Biologia. Anais. São Paulo, Ed. Mackenzie, 2004, p. 19.

Tabelas e Ilustrações

As tabelas e ilustrações (gráficos, fotografias, desenhos) devem ser apresentadas dentro do texto do artigo.

Revisões

Os artigos terão as seguintes revisões antes da publicação: 1) Revisão técnica por consultor ad hoc; 2) revisão de língua portuguesa e inglesa por revisores profissionais; 3) Revisão Final pelo Comitê Editorial; 4) Revisão Final pelo(s) autor(es) do texto antes da publicação.

Obs: Todos os textos serão submetidos a parecer do Conselho Científico, sob forma de duplo anonimato. O Conselho poderá sugerir, aos autores dos textos selecionados, modificações e estrutura ou conteúdo.

Condições para submissão

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

1.A contribuição é original e inédita, e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deve-se justificar em "Comentários ao editor".

2.O arquivo da submissão está em formato Microsoft Word, OpenOffice ou RTF.

3.URLs para as referências foram informadas quando possível.

4.O texto está em espaço simples; usa uma fonte de 12-pontos; emprega itálico em vez de sublinhado (exceto em endereços URL); as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos.

5.O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores, na página Sobre a Revista.

6.Em caso de submissão a uma seção com avaliação pelos pares (ex.: artigos), as instruções disponíveis em Assegurando a avaliação pelos pares cega foram seguidas.

Direito Autoral

Os trabalhos publicados são de propriedade de seus autores que poderão dispor deles para posteriores publicações, sempre fazendo constar a edição original (título original, recifaqui, volume, número e páginas).

A RECIFAQUI reserva-se o direito autoral do trabalho publicado inclusive o de tradução.

Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

O material para publicação poderá ser encaminhado por e-mail desde que seja entregue também duas vias impressas e uma em CD ou pendrive, no programa Word for *Windows.*

Envio de Originais

Os originais deverão entregues ou enviados exclusivamente por correio para

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO SUDOESTE GOIANO LTDA

Coordenação de Extensão (publicações) - RECIFAQUI

Av. Quirino Cândido de Moraes, 38 – D – Centro

75860-000 Quirinópolis, GO

Contatos
Página da internet: www.faculdadequirinopolis.com.br
Correio eletrônico: recifaqui@gmail.com
Telefone: (64) 3651 4680
Leon Alves Corrêa leoncorrea@gmail.com
Maria da Felicidade Alves Urzedo mariadafelicidade@bol.com.br

As exceções e casos omissões serão resolvidos pelo Conselho Editorial

REVISTA CIENTÍFICA DA FACULDADE QUIRINOPOLIS

PERMUTA/CAMBIO/SCAMBIO /D'ECHANGE/EXCHANGE/AUSTAUSCH/交換/تبادل

Recebemos e Agradecemos – Recibimos y Agradecemos - Riceviamo e apprezzare -Nous recevons etapprécions – We received and appreciate - Wir erhalten undzu schätzen wissen -我々は、受信と感謝- نحننقدروتلقي

Enviamos para intercâmbio – Enviados para el intercambio – Inviamo per lo scambio- envoyés àl'échange - dispatched toexchange - entsandt, umden Austausch -交換に派遣 - نرسللتبادل

Desejamos Receber – Deseamos Recibir – Desidera Ricevere -Souhaite Recevoir - Wish To Receive - Erhalten Möchten -受信を希望 - ترغبفيالحصولعلى

Para Receber, Basta Preencher o Formulário Abaixo
Recibir, sólo tienes que rellenarel siguiente formulario
Per ricevere, basta compilare il modulo sottostante
Pour recevoir, remplissez simplement le formulaire ci-dessous
Toreceive, simply complete the form below
So empfangen, füllen Sie einfach das unten stehende Formular
受信するには、単に以下のフォームに記入して
لتلقيواستكمالببساطةالنموذجالتالي

FICHA DE ASSINATURA

NOME	NOMBRE	NOME	NOM	NAME	NAME	の名前	اسم
ENDEREÇO	DIRECCIÓN	INDIRIZZO	ADRESSE	ADDRESS	ANSCHRIFT	郵送先住所	العنوان
CIDADE	CIUDAD	CITTA'	VILLE	CITY	STADT	町	مدينة
PAÍS	PAÍS	PAESE	PAYS	COUNTRY	ELTERN	両親	الآباء
INSTITUIÇÃO	INSTITUCIÓN	INSITITUZIONE	INSTITUTION	INSTITUTION	INSTITUTION	教育機関	المؤسسة

ENDEREÇO PARA PEDIDO /DIRECCIÓNDE PEDIDO / INDIRIZZODI ORDINAZIONE/INDIRIZZODI ORDINAZIONE/ ORDERINGADDRESS/ BESTELLADRESSE/アドレスの順序 / شروط الطلب

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO SUDOESTE GOIANO LTDA
Av. Quirino Cândido de Moraes, 38 – D – Centro – 75860-000 Quirinópolis-GO
Tel. (64) 3651-4680 Fax.: (64) 3651-2214
www.faculdadequirinopolis.com.br

Número Avulso: Brasil: R$ 20Exterior: US 8
Ordem de Pagamento em Favor da Faculdade Quirinópolis
BANCO SICOOB S/A – Conta Corrente: 10.174-5 **Agencia:** 3042Quirinópolis, GO BRAZL