

The background of the cover features a pair of scales of justice and a wooden gavel, both rendered in a light teal color against a darker teal background. The scales are positioned in the upper half, and the gavel is in the lower left. The text is centered over a white rectangular area.

Temas Contemporâneos do Direito 2018

Campus de Lagoa Vermelha/RS

Marcio Renan Hamel (Org.)



A tarefa da construção do conhecimento científico é árdua e longa, considerando-se que em muitas ocasiões se pode facilmente ser vencido pela exaustão e pelo desânimo, em meio às atividades de pesquisa e organização do pensamento. O ensino jurídico no Brasil sofre profundas mudanças, levando-se em conta a imensa desigualdade e exclusão social experimentada pela maioria da sociedade brasileira, momento em que aumenta consideravelmente a função e a importância de um ensino humanístico na Ciência do Direito. Por outro lado, a pesquisa jurídica ainda se encontra aquém das investigações realizadas em várias outras áreas do conhecimento, sendo que também não ocupa lugar de destaque no fomento dos órgãos do país, ainda que o curso de Direito seja um dos mais procurados entre as universidades brasileiras. Há que se considerar, ainda, que aliado à pergunta sobre como pesquisar, também reside a dúvida sobre como apresentar os resultados obtidos. Desta forma, reveste-se de suma importância a criação de um espaço científico comprometido com a pesquisa jurídica desenvolvida pelo corpo docente e discente desta Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, a partir de onde se origina o presente anuário/2018 da Faculdade de Direito. Com esta publicação inicia-se um novo tempo na sexagenária Faculdade de Direito da UPF, oportunizando-se aos professores e alunos a apresentação dos resultados de suas pesquisas científicas e trabalhos de conclusão de curso. O fortalecimento da pesquisa jurídica passa, sem dúvidas, pela viabilização dos seus resultados, porquanto, não há ciência longe do foro público da razão.



**Temas
Contemporâneos
do Direito 2018**

Temas Contemporâneos do Direito 2018

Campus de Lagoa Vermelha/RS

Organizador:
Marcio Renan Hamel



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

HAMEL, Marcio Renan (Org.)

Temas contemporâneos do Direito 2018: Campus de Lagoa Vermelha/RS [recurso eletrônico] / Marcio Renan Hamel (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

198 p.

ISBN - 978-85-5696-545-5

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Direito; 3. Filosofia do direito; 4. Direito contemporâneo; 5. Anuário; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Marcio Renan Hamel	
1	11
A desjudicialização da usucapião e o papel dos cartórios extrajudiciais no desafogamento do poder judiciário	
Roberto Carlos Gradin; Raquel Dalberto	
2	39
A inconstitucionalidade do estatuto do desarmamento: lei nº 10.826/03	
Daniel Franco Mendes	
3	69
Aspectos jurídicos da reprodução artificial humana <i>post mortem</i>	
Eduarda Ransolin	
4	95
A possibilidade da concessão de auxílio-doença parental em caso de risco social	
Adriana Minozzo Fich de Almeida; Edimara Sachet Risso	
5	123
A sustentabilidade econômica, social, ambiental e ecológica do reflorestamento de florestas nativas ou naturais	
Sonia Aparecida de Carvalho	
6	145
Falsas memórias no processo penal	
Camila Dallagnol Ramos da Silva	
7	175
Tipificação do feminicídio: análise da qualificadora no ordenamento jurídico brasileiro	
Angela Pasinato	

Apresentação

Marcio Renan Hamel¹

A tarefa da construção do conhecimento científico é árdua e longa, considerando-se que em muitas ocasiões se pode facilmente ser vencido pela exaustão e pelo desânimo, em meio às atividades de pesquisa e organização do pensamento. O ensino jurídico no Brasil sofre profundas mudanças, levando-se em consideração a imensa desigualdade e exclusão social experimentada pela maioria da sociedade brasileira, momento em que aumenta consideravelmente a função e a importância de um ensino humanístico na Ciência do Direito, além da própria importância do Direito para sociedades extremamente complexas.

Por outro lado, a pesquisa jurídica ainda se encontra aquém do estado alcançado pelas investigações realizadas em várias outras áreas do conhecimento, sendo que também não ocupa lugar de destaque no fomento dos órgãos do país, ainda que o curso de Direito seja um dos mais procurados entre as universidades brasileiras. Há que se considerar, ainda, que aliado à pergunta sobre como pesquisar, também reside a dúvida sobre como apresentar os resultados obtidos.

Pensar a pesquisa jurídica a partir de seus objetivos básicos, tais como a produção de novos conhecimentos científicos e a sua divulgação à comunidade acadêmica e profissional é um trabalho que exige comprometimento e ética, sem o que não se alcança a solidificação institucional da pesquisa e a excelência acadêmica. É objetivo deste anuário dar visibilidade às investigações acadêmicas

¹ Coordenador de Pesquisa FD – UPF

docentes e discentes, a fim de demonstrar as verificações teóricas e práticas da Ciência do Direito.

Reveste-se de suma importância a criação de um espaço científico comprometido com a pesquisa jurídica desta Faculdade Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, a partir de onde se origina o presente *Anuário 2018* da Faculdade de Direito. Com esta publicação inicia-se um novo tempo no Curso de Direito de Lagoa Vermelha, oportunizando-se aos professores e alunos a apresentação dos resultados de suas pesquisas científicas e trabalhos de conclusão de curso. O fortalecimento da pesquisa jurídica passa, sem dúvidas, pela viabilização dos seus resultados, porquanto, não há ciência longe do foro público da razão.

Por fim, cabe registrar o agradecimento aos autores e autoras que contribuíram para esta primeira edição, os quais não hesitaram em atender ao chamado desta Coordenação de Pesquisa e também da Direção da Faculdade, a fim de que a execução da proposta se realizasse. Com desejo de uma ótima leitura, a todos(as), muito obrigado!

A desjudicialização da usucapião e o papel dos cartórios extrajudiciais no desfogamento do poder judiciário

Roberto Carlos Gradin¹

Raquel Dalberto²

1. Introdução

A propriedade da terra é um instituto que remonta ao início da civilização, e desde a sua origem visava a proteção do proprietário sobre a sua gleba. A usucapião, como instituto de legitimação da propriedade, existiu desde o direito romano. Já no Brasil, em que pese a preocupação com a produtividade das terras, a usucapião como se conhece, atualmente, passou a existir a partir do código civil de 1916.

O estatuto da terra, também, é um marco no que tange a utilização racional da terra e é a primeira vez que a legislação brasileira se preocupa, com o conceito de função social na qualificação da propriedade. Ademais, neste mesmo diploma,

¹ Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul na linha de pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo. Especialista em Direito Civil pelo Cesusc. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Professor da Universidade de Passo Fundo na área de Processo Civil. E-mail: gradin@upf.br.

²Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: raqueldalberto@hotmail.com.

trabalha-se a questão da reforma agrária, com base principal na produtividade da terra.

No ordenamento jurídico brasileiro, o aperfeiçoamento e ampliação do instituto da usucapião se dá juntamente com o conceito da função social da propriedade, se no início a preocupação maior era com a produtividade das terras, posteriormente a preocupação é que a área atenda a sua função social. Esse conceito se consolida, definitivamente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que dá especial destaque a função social condicionado o exercício do direito à propriedade ao atendimento dos interesses sociais.

A carta magna re-introduziu usucapião especial urbana e a especial rural, pois esta modalidade já havia sido prevista na Constituição Federal de 1934, no qual denominava-se usucapião “pro-labore”, tudo com objetivo a atender os fins sociais da propriedade. A entrada em vigor do Código Civil em 2002, manteve as modalidades já existentes de usucapião, no entanto, reduziu os prazos anteriormente estabelecidos.

Com o decurso do tempo, o crescimento desordenado das cidades e a falta de planejamento, fez com que o número de loteamentos clandestinos e irregulares crescesse de forma assustadora. Dessa forma o legislador se viu obrigado a encontrar soluções para estes problemas de ordem social, que passam da esfera particular de uso da propriedade, tornando-se um problema de ordem pública.

Consequentemente no ano de 2007 surgiu a lei nº 10.257 denominado Estatuto das Cidades, e posteriormente no ano de 2009 a lei nº 11.977 do Programa Minha Casa Minha Vida. Neste aspecto novos avanços também aconteceram quanto ao instituto da usucapião, como forma de prestigiar a função social da propriedade e atingir os fins da regularização fundiária, introduzindo a usucapião especial coletiva de imóvel urbano e a usucapião administrativa. O legislador traz a

preocupação do uso e ocupação do solo de forma racional e atendendo os fins sociais.

Como pode-se perceber a usucapião é um instituto que sem dúvidas tem grande relevância quando se trata de direito à propriedade, tanto que ao longo do tempo foi se aperfeiçoando e ampliando suas modalidades. Por outro lado, cumpre ressaltar que este procedimento sempre dependeu do ingresso de ação judicial para o reconhecimento do direito à propriedade. Não é de hoje que se sabe que o poder judiciário cada vez mais está abarrotado de processos de toda a ordem, o que torna o trâmite dos mesmos extremamente moroso.

Em alternativa a judicialização, eis que o legislador busca nos cartórios extrajudiciais a possibilidade de simplificar, dar agilidade, celeridade e também garantir a segurança jurídica a procedimentos que até então eram de competência exclusiva do poder judiciário. Nesta perspectiva é que o novo código de processo civil apresentou a usucapião extrajudicial, cujo procedimento será tratado neste trabalho.

2. Da posse, da propriedade e sua função social

Para possibilitar o entendimento do instituto da usucapião se faz necessária a abordagem de temas como a posse, a propriedade e a função social. Conceitos esses que permeiam o direito civil e o constitucional e que estão interligados no que tange ao uso e ocupação do solo de forma racional e atendendo os fins sociais da terra.

O conceito de posse, no código civil de 2002, está no art. 1.196, o qual refere que possuidor é aquele que exerce de fato, alguns dos atributos relativos ao direito de propriedade, independente da plenitude ou não do exercício. A posse trata-se em verdade do exercício dos poderes relativos a propriedade, o possuidor age como se proprietário fosse da coisa, deixando a ideia de que a posse está interligada diretamente com a propriedade.

Silvio de Salvo Venosa, doutrinador civilista clássico, refere que a posse trata-se, em verdade, de um estado de aparência juridicamente relevante:

A doutrina tradicional enuncia ser a posse relação de fato entre a pessoa e a coisa. A nós parece mais acertado afirmar que a posse trata de estado de aparência juridicamente relevante, ou seja, estado de fato protegido pelo direito. Se o Direito protege a posse como tal, desaparece a razão prática, que tanto incomoda os doutrinadores, em qualificar a posse como simples fato ou como direito. (2016, p. 27)

Cabe frisar que a posse é um fato existente entre a pessoa e a coisa, fato este que o direito tem o dever de proteção, ou preocupou-se em ver protegido. Para explicar o conceito de posse, em regra, tomam-se por base duas teorias, a teoria subjetiva de Friedrich Carl Von Savigny e a teoria objetiva de Rudolf Von Ihering. (VIANA, 2013, p. 209)

O Brasil adota a teoria de Rudolf Von Ihering, quanto a posse, segundo este estudioso para entender o conceito de posse precisa-se distingui-lo do conceito de propriedade, eis que muitas vezes os mesmos se confundem. Segundo os ensinamentos de Orlando Gomes, sobre a teoria de Ihering, quando faz a distinção entre posse e propriedade, conceitua os mesmos afirmando que:

De um lado, o direito; do outro, o fato; tal é, segundo Ihering, a antítese a que se reduz a distinção entre a posse e a propriedade. A posse é o poder de fato; a propriedade, o poder de direito sobre a coisa. Esses dois poderes se enfeixam geralmente nas mãos do proprietário, mas também se separam por forma a que o poder de fato não esteja com o proprietário. (2012, p. 33)

Quando o proprietário possui o domínio sobre a coisa, ou seja, tem a propriedade plena sobre ela, fica difícil fazer a distinção entre posse e propriedade, dessa forma o conceito trazido pelo autor dissipa esta dúvida, quando destaca que uma é o poder de fato e outra é o poder de direito sobre a coisa.

A posse está ligada aos fatos e a propriedade ao direito, a posse é informal, a propriedade é formal, conseqüentemente várias distinções podem ser feitas, no entanto, estes conceitos sempre estarão interligados no que tange ao direito a propriedade e institutos como a usucapião.

Para Carlos Roberto Gonçalves o possuidor conserva a conduta de dono, age como se dono fosse da coisa, é a forma de manifestação da posse, neste sentido narra em seu livro:

A conduta de dono pode ser analisada objetivamente, sem a necessidade de pesquisar-se a intenção do agente. A posse, então, é a exteriorização da propriedade, a visibilidade do domínio, o uso econômico da coisa. Ela é protegida, em resumo, porque representa a forma como o domínio se manifesta. (2015, p. 51)

De fato a posse é o exercício contínuo, é o uso do bem, o possuidor é visto como proprietário da coisa, neste sentido é que o direito visa proteger a posse, como elemento necessário ao exercício da propriedade.

O direito à propriedade, por sua vez, está tratado no código civil brasileiro, no título que se refere aos direitos reais. No entanto o conceito de propriedade não se extraí daí, trata-se em verdade de uma construção doutrinária, por se tratar de um conceito complexo, um conceito que por si só não alcança a amplitude deste direito que o proprietário possui sobre a coisa. (TARTUCE, 2014, p. 72)

Dessa forma, para compreender o conceito há a necessidade de conhecer os elementos constitutivos da propriedade. O caráter absoluto do direito à propriedade não se extraí somente do fato de ser oponível a todos (*erga omnes*), mas também em razão de sua plenitude, tratando-se em verdade do mais completo e extenso de todos os direitos reais. Os demais direitos reais têm dependência com relação ao direito à propriedade por se tratarem de modificações ou limitações a este direito, enquanto o direito à

propriedade existe independentemente dos demais. (MONTEIRO, p. 100)

O direito à propriedade é considerado o direito real mais amplo, o direito real por excelência. Uma vez adquirida a propriedade, o proprietário possui o livre arbítrio sobre a utilização, a destinação que dará coisa, atendidos a finalidade econômica, e os fins sociais a que se destina a propriedade. Todos os demais direitos reais elencados na legislação civilista de uma forma ou outra estão atrelados ao direito de propriedade, e dependem dele para existir. (PACHECO, 1998, p. 119)

O artigo 1.228³ do Código Civil, traz os atributos, as faculdades conferidas ao proprietário da coisa, que são usar, gozar e dispor da coisa, além da possibilidade de reaver o seu bem, que estiver no poder de quem injustamente a possui ou detenha. Quando o proprietário possui todas estas faculdades reunidas, diz-se que possui a propriedade plena. Neste sentido ensina Orlando Gomes, que:

Considerada na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. O proprietário tem a faculdade de servir-se da

³Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver. Exerce poderes jurídicos tão extensos que a sua enumeração seria impossível. (2012, p. 105)

Em que pese tratar o *caput*, do artigo 1.228, de conceitos puramente privados, o legislador preocupou-se em limitar o direito à propriedade, nos parágrafos e nos demais artigos que se seguem sobre o assunto, especificando e limitando os poderes do proprietário sobre a coisa. Tanto que o conceito de propriedade deixa de ser puramente civilista e privado, para tornar-se um direito de ordem pública.

A Constituição Federal preocupou-se em proteger a propriedade como um direito e garantia fundamental, e a elencou entre os princípios gerais da atividade econômica, assegurando o direito à propriedade privada, objetivando atender sua função social.

Do texto constitucional pode-se extrair que o legislador constituinte trouxe um novo viés ao direito de propriedade, se anteriormente era tratada somente como direito privado, separada dos interesses sociais, ou seja, a partir da Constituição Federal de 1988 a garantia da propriedade passa a ter íntima ligação com a função social, tanto que atualmente, fica difícil falar de um conceito separado do outro. (PEREIRA, 2017, p. 94)

Neste contexto, afirma Carlos Frederico Marés que a Constituição Federal trata da propriedade, insere como sua irmã gêmea, a função social, isto é, a Constituição não aplica a função social apenas para a propriedade da terra, mas para qualquer propriedade estão diretamente relacionados e indissociáveis. (2017, p.13-14).

Quanto a função social da propriedade podemos destacar que ela surge no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente, ligada a ideia de produtividade. Somente com o advento do estatuto da terra é que a função social passa a ter uma nova conotação, além da produtividade, do melhor aproveitamento dos recursos

naturais e a proteção de meio ambiente. O estatuto da terra, também, é um marco no que tange a utilização racional da terra, vez que a legislação brasileira passa a se preocupar, verdadeiramente, com o conceito de função social na qualificação da propriedade.

A Constituição Federal, por sua vez, consolida definitivamente a função social como uma obrigação, um direito e uma garantia fundamental, baseado no princípio da atividade econômica, interligado com o direito à propriedade. Com essa nova conotação, segundo Marco Aurélio S. Viana “o que se pretende é evitar que a propriedade tenha uma utilização que se volte apenas ao egoísmo do proprietário, e prejudique sua destinação econômica e social”. (2013, p. 45)

A função social não retira os direitos do proprietário sobre a terra, pelo contrário, é uma proteção com vistas a utilização econômica racional. O conceito mais amplo e conciso encontra amparo legal na carta magna, no artigo 186⁴ e seus incisos, ao estabelecer o aproveitamento racional e adequado da terra e dos recursos naturais, observância das leis do trabalho, enfim a exploração que atenda o bem-estar do proprietário e de quem trabalha sobre a terra.

O referido artigo faz menção aos critérios e exigências que a propriedade rural deve cumprir para atender a sua função social, no entanto, este rol não é taxativo, abrangendo outras garantias, como a dignidade da pessoa humana, quando a sobrevivência de milhões de brasileiros depender dos frutos que são tirados da terra. Nesse contexto a função social pressupõe a utilização da propriedade com vistas ao bem comum, com o emprego do

⁴Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

potencial da terra em prol de toda a sociedade. (BARRANCOS, 2015, p. 239-250)

Cumprir destacar que a função social não diz respeito somente a propriedade rural, mas também, a propriedade urbana. O estatuto das cidades, por sua vez, é um marco no que tange a necessidade de dar a propriedade urbana uma destinação mais racional e atendendo aos interesses coletivos. A cidade tem de atender a finalidade social, os interesses sociais, para isso o referido estatuto veio regular as questões fundiárias urbanas, e o grave problema do crescimento desordenado das cidades, que fazem parte do presente estudo. (GAMA, 2016, p. 84)

O estatuto das cidades evidenciam uma clara preocupação com a função social, ao referir que o diploma legal traz normas de ordem pública e interesse social. Além da preocupação com a diretrizes da política urbana para o desenvolvimento das cidades, regulando o uso da propriedade urbana com vistas ao bem coletivo, a segurança, o bem-estar dos cidadãos e o equilíbrio ambiental.

A importância de se explicar sobre a posse, a propriedade e a função social, para o presente estudo, encontra-se no fato de que a união dos três institutos se dá quando se fala em usucapião, em todas as suas modalidades. A posse na usucapião é requisito básico para o surgimento do direito. A propriedade é o título que se busca para consolidar o direito, por isso, a usucapião é um instituto que privilegia, que efetiva a função social da propriedade. (OPTIZ e OPTIZ, 2016, p. 139)

3. A evolução histórica, conceito e as espécies de usucapião no direito brasileiro

A usucapião como um instituto de legitimação da propriedade já é consagrada a muito, desde o direito romano, no Brasil, passou a existir a partir do Código Civil de 1916. O instituto tomou força a partir da constituição de 1934, com a usucapião pró-labore, e seguiu sua evolução com a criação de novas formas de

aquisição por usucapião, até chegar ao presente momento, com o novo procedimento extrajudicial. (PACHECO, 1998, p. 51)

Em seu livro, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, mencionam que a usucapião restou consagrada na Lei das Doze Tábuas, datada de 455 a.c., como forma de aquisição de coisas móveis e imóveis pela posse continuada por um ou dois anos (2008, p. 257). Tal direito de aquisição possuía características diversas do modelo atualmente adotado pelo direito brasileiro, no entanto a essência desta forma de aquisição originária da propriedade permanece, que é a proteção da propriedade, seja ela móvel ou imóvel.

No direito brasileiro, a lei de terras, de 1850, apesar de não dar o nome de usucapião, deixou claras as peculiaridades do usucapião especial, a cultura e a morada habitual conforme estabelecido no artigo 5º, da referida lei (OPTIZ e OPTIZ, 2016, p. 101). Já com o Código Civil de 1916, inaugura-se o então chamado instituto da usucapião, colocado ao lado da transcrição e do registro como modo de aquisição da propriedade. A constituição de 1934, por sua vez, trouxe a usucapião pró-labore, trazendo a conotação social do instituto, uma vez que o requisito básico é a moradia do possuidor sobre a terra. (PACHECO, 1998, p. 44)

A usucapião é uma forma originária de aquisição da propriedade, que se dá através a posse da coisa prolongada no tempo e o *animus* de dono. Assim, define José Ernani de Carvalho Pacheco:

Conceitua-se a usucapião como uma forma originária de aquisição da propriedade, ou de outros direitos reais suscetíveis de apropriação material, através da posse continuada, durante certo espaço de tempo, com a observação dos requisitos em lei estabelecidos. (1998, p. 11)

Cada modalidade de usucapião possui suas especificidades, entretanto alguns requisitos são a base de existência do instituto - a posse, o tempo e o *animus domini*. O objetivo é a proteção do

possuidor que recebeu a posse da coisa, estabelecer, passar a propriedade com as formalidades legais a que faz jus o possuidor de fato, desde que cumpridos os critérios estabelecidos em lei. (GAMA, 2016, p. 151)

O possuidor já exerce os atributos da propriedade como se dono fosse, o que lhe falta é o título de propriedade, para isso a usucapião vem facilitar essa forma de aquisição originária da propriedade, dentro das modalidades existentes no direito brasileiro.

Carlos Roberto Gonçalves, dentro dos critérios necessários para a usucapião, traz a posse como elemento essencial, mencionando que a posse *ad usucapionem* é a que se prolonga por determinado lapso de tempo estabelecido na lei, deferindo a seu titular a aquisição do domínio. É, em suma, aquela capaz de gerar o direito de propriedade. (2015, p. 104). No entanto, não se trata de qualquer posse, e sim da posse contínua e prolongada no tempo, demonstrando que a conduta do possuidor é a de dono da coisa.

Outro elemento essencial é o tempo, o lapso temporal, o qual dentre outros critérios diferencia as espécies de usucapião. Quando se fala no tempo para usucapir, a posse há de durar, para que se converta em propriedade, ou seja, para que se realize a aquisição por usucapião, torna-se necessário que à posse venha associado ao fator tempo – *continuatiopossessionis* (PEREIRA, 2017, p. 116). Os dois fatores estão aliados para a concretização do instituto da usucapião.

A legislação deixa claro que não se trata de simples posse, mas uma posse ininterrupta e sem oposição, de forma mansa e pacífica, livre de vícios. No que diz respeito ao *animus domini*, tal requisito passa do campo formal, para o campo psíquico, eis que trata-se de um estado de espírito do possuidor, uma vontade interna que é exteriorizada quando exerce os atributos da propriedade, como se dono fosse. (GONÇALVES, 2015, p. 217)

Plácido e Silva conceitua, em seu livro de vocabulário jurídico, que o *animus domini* é “a consciência do senhor da coisa de que está lhe pertence de pleno direito, e, por isso, juridicamente,

a pode deter em sua posse”. E a posse que resulta daí é do próprio direito, porque indica a posse do domínio, é o comportamento que o possuidor adota diante da coisa, ou seja, a ação de possuir como sua a propriedade, essa é a caracterização do instituto, que é essencial, juntamente com a posse e o tempo para possibilitar a aquisição da propriedade mediante a usucapião..(2016, p. 109-110)

A usucapião, trata-se, ao mesmo tempo, de uma causa aquisitiva e extintiva de direitos, já que para o possuidor obter a propriedade, o proprietário anterior tem que perdê-la (SERPA LOPES, 1961, p. 98). O que ocorre é a uma espécie de inércia do proprietário originário, que com o decurso do tempo faz com que o possuidor tenha a coisa como sua, desta forma, o possuidor passa a exercer os direitos inerentes a propriedade, de maneira ininterrupta e incontestável, desde que mansa e pacífica, livre de vícios.(PEREIRA, 2017, p. 132)

No direito brasileiro atual, podemos destacar algumas espécies de usucapião: a usucapião ordinária/comum, a usucapião ordinária pró-labore, a usucapião extraordinária, a usucapião extraordinária habitacional, a usucapião de servidões, a usucapião especial rural, a usucapião especial urbana e a usucapião especial urbana coletiva, elencadas na Constituição Federal, Código Civil e no estatuto das cidades (PAIVA, 2016, p. 37). Cada espécie possui peculiaridades específicas, disciplinadas nos artigos de lei indicados e com o respectivo prazo para sua aquisição.

A usucapião ordinária comum possui dois requisitos que a distingue das demais modalidades, dentre as quais o justo título e a boa-fé, previsto de forma expressa no artigo 1.242, *caput*, do Código Civil, declarando que adquire a propriedade, aquele que tendo justo título e boa-fé, de forma contínua e incontestada, possuir o imóvel por dez anos.

Configura-se justo título aquele que está amparado pelo ordenamento jurídico, de alguma forma o possuidor adquiriu a posse e, por algum motivo não efetivou a transferência da

propriedade, sendo que a boa-fé está intrínseca nesta relação. Rui Rosado de Aguiar Júnior, diz que:

Justo é o título que está de acordo com a ordem jurídica. O possuidor que exerce a posse mediante uma relação admitida pela ordem jurídica, como acontece com aquele que recebe a posse do proprietário com a promessa de transferência da propriedade, exerce posse justa e tem título para isso. (2014, p. 129)

Percebe-se que o justo título faz com que o possuidor exerça os atributos da propriedade de forma incontestada e de forma contínua, pois o proprietário de alguma forma lhe transferiu a posse, apenas não se formalizou a transferência da propriedade. Por outro lado, o possuidor supõe ser de fato o proprietário, desconhecendo os vícios que lhe impedem de ser proprietário, de acordo com a boa-fé.

A boa-fé é o estado subjetivo de ignorância do possuidor quanto ao vício ou obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa (art. 1.201 do CC). Para fins de usucapião, resulta da convicção de que o bem possuído lhe pertence. (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 281)

O artigo 1.238, do Código Civil insere uma nova espécie no ordenamento jurídico denominado usucapião ordinária pro-labore, cujo prazo será diminuído para cinco (5) anos:

[...]o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelado posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. Em resumo, a usucapião é possível, com prazo reduzido, havendo a posse qualificada pelo cumprimento de uma função social. (TARTUCE, 2014, p. 698)

A função social da propriedade possui íntima ligação com a usucapião, com o objetivo de que a propriedade seja utilizada e dela sejam gerados frutos, que na modalidade de usucapião

ordinária pró-labore está caracterizada pela moradia ou pelos investimentos sociais e econômicos. (TARTUCE, 2014, p. 704)

Já para a usucapião extraordinária, que está em nosso ordenamento jurídico no artigo 1.238⁵, do código civil, os requisitos de justo título e boa-fé não se mostram necessários, aqui o elemento essencial é a posse mansa e pacífica, exercida de forma ininterrupta e sem oposição, pelo prazo de quinze anos.

Esse modelo de usucapião difere dos demais quanto aos requisitos, que à primeira vista parecem ser em menor número, no entanto o fator tempo, que aqui é de quinze anos, sem que qualquer pessoa tenha manifestado a vontade de reaver a propriedade, faz com que se presumam os requisitos como a boa-fé, e também a posse mansa e pacífica.

Benedito Silvério Ribeiro, ao falar sobre a usucapião extraordinária, ensina que:

O característico principal da modalidade aqui tratada perfaz-se pela maior duração da posse e dispensa de justo título e de boa-fé. [...]A longa duração da posse supre a falta de justo título, podendo-se adquirir a coisa, possuída em sua totalidade – *tantum praescriptum quantum possessum*, [...] (2010, p. 263)

A legislação pátria procurou contemplar várias formas de aquisição mediante o procedimento de usucapião, no intuito de possibilitar que o possuidor perfectibilize sua posse em propriedade, com o decurso do tempo.

Mais uma vez preocupado com a função social da propriedade, o legislador contempla, no parágrafo único, do artigo 1.238, a usucapião extraordinária habitacional, com a diminuição

⁵Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

do lapso temporal para dez anos, quando no imóvel estiver estabelecido a sua moradia habitual, ou ainda ter realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Da mesma forma que na espécie ordinária pró-labore, a usucapião extraordinária habitacional, tem a finalidade social como objetivo, diferentemente da outra modalidade, além da moradia habitual, nesta modalidade a realização de obras ou serviços de caráter produtivo, possibilitam o encurtamento do prazo. A produtividade sempre foi preocupação do legislador, quando se fala em direito a propriedade, no entanto aqui também a função social tem papel fundamental. (RIBEIRO, 2010, p. 287)

Outra modalidade é a usucapião de servidões, a qual possui o maior prazo, atualmente, previsto para a usucapião, e está diplomada no artigo 1.379⁶, do Código Civil, que no seu parágrafo único estabelece o prazo de 20 anos, se não houver título. Em análise ao mencionado diploma, pode-se extrair que a usucapião de servidões, comporta, no *caput*, a modalidade de usucapião ordinária, que é aquela que exige o justo título e a boa-fé. E, em seu parágrafo único, a espécie de usucapião extraordinária quando não houver título, no entanto com um prazo maior, que é de vinte anos.

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se em dar especial atenção a função social da propriedade, e para isso inovou trazendo institutos de regularização fundiária como a usucapião especial rural e a usucapião especial urbana. Ambos os institutos estão elencados no título da ordem econômica e financeira, como políticas públicas de desenvolvimento urbano e rural. Estas mesmas modalidades foram reproduzidas para o código civil em 2002, e encontram seu fundamento nos artigos 1.239⁷ e 1.240⁸.

⁶ Art. 1.379. O exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião.

Parágrafo único. Se o possuidor não tiver título, o prazo da usucapião será de vinte anos.

⁷ Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta

O artigo 191⁹, da Constituição Federal, traz a usucapião especial rural, no qual o requisito moradia, mais uma vez, vem expresso como necessário para configurar a usucapião, além da produtividade, através do trabalho próprio ou da família, porém outros dois pressupostos são necessários, o primeiro é o fato de o possuidor não ser proprietário de imóveis urbanos ou rurais e o segundo, que a área do imóvel usucapido não seja maior do que cinquenta hectares, nesta espécie o principal objetivo é o desenvolvimento agrícola, tornando a terra produtiva pela força de trabalho ou da família do possuidor, além de dar uma destinação econômica. (BRANDELLI, 2016, p. 53)

A modalidade de usucapião especial urbana, está prevista na Constituição Federal no artigo 183¹⁰, e também encontra guarida no artigo 9^o, do estatuto das cidades. A regulação pelo estatuto, desta espécie de usucapião, ampliou os bens que podem ser

hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

⁸Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1^o O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2^o O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

⁹Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

¹⁰Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1^o O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2^o Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3^o Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

usucapidos, já que a constituição fala apenas em área urbana e o estatuto refere, também a edificação

O estatuto das cidades trouxe consigo a possibilidade da usucapião especial coletiva, em seu artigo 10, com o intuito de regular áreas ocupadas por pessoas de baixa renda, onde o crescimento urbano é irregular, com o objetivo de que essas pessoas possam usufruir de benefícios, inerentes a propriedade. Menciona, Cássio Augusto Barros Brant, que:

No art. 10 da Lei 10.257/2001 é prevista uma modalidade de usucapião coletivo em áreas superiores a 250m² ocupados por população de baixa renda com finalidade de moradia, desde que não seja possível identificar o terreno de cada ocupante. Na verdade tal modalidade trata-se de uma composesse, onde vários ocupantes estão dentro de uma mesma área sem limites específicos. (2011, p.219)

É inegável o avanço que o instituto da usucapião teve com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e também com diplomas como o estatuto das cidades, que cuidaram de aperfeiçoar o instituto e dar uma conotação social, atendendo a função social, dando destinação econômica a propriedade. Além de propiciar mecanismos para regularização fundiária de áreas especiais de interesse social. Agora, com a possibilidade de realização do procedimento pela via extrajudicial, o instituto passará a uma nova fase a ser analisada no próximo tópico.

4. A nova sistemática da usucapião extrajudicial comparada com institutos do direito imobiliário e o papel dos cartórios extrajudiciais no desfogamento do poder judiciário.

O procedimento de usucapião pela via administrativa foi inaugurado pela lei do programa minha casa minha vida, lei nº 11.977/2009. Seus principais reflexos diziam respeito a regularização fundiária urbana, abarcando a modalidade de

usucapião especial constitucional, com a legitimação da posse após cinco (5) anos, diretamente no cartório de registro de imóveis, sem precisar de intervenção judicial.

Com o advento do novo código de processo civil, em 2015, a usucapião administrativa ou extrajudicial toma nova forma e abarca todas as modalidades de usucapião, tornando-se a regra e excepcionando a via judicial para os casos litigiosos. Evidentemente, que a legislação possibilita ao interessado decidir qual a via adotar para legitimação do seu direito.

O novo código de processo civil, em seu artigo 1.071, dispõe sobre o acréscimo do artigo 216-A à lei de registros públicos, lei nº 6.015/73. O referido artigo é que dá conta do reconhecimento extrajudicial da usucapião, entabulando em seus incisos e parágrafos todo o procedimento a ser adotado para tanto.

A competência relativa a imóveis sempre é a do local do imóvel, de acordo com a legislação civilista, não seria diferente na usucapião extrajudicial, pois compete ao oficial de registro de imóveis a condução do processo administrativo que levará ao registro da aquisição do direito real mediante posse prolongada, se os pressupostos estiverem preenchidos e não houver conflito. (WAMBIER, 2015, p. 231)

Dessa forma o registrador de imóveis profissional dotado de fé pública será o responsável por conduzir o processo, porquanto o detentor de maior conhecimento em matéria imobiliária, atrelado a própria função que exerce. Cabe ao interessado, representado por procurador constituído, apresentar o requerimento da usucapião extrajudicial, assim como no processo judicial, cabe ao possuidor o impulso oficial do procedimento.

Além do requerimento especificando o pedido, será indispensável a apresentação de ata notarial. Ao tabelião de notas, cabe a lavratura desta ata notarial para atestar o tempo de posse do requerente, analisando o caso concreto e suas circunstâncias. É importante referir que a ata notarial trata-se de prova pré-constituída, cumpre ao tabelião conhecer as hipóteses legais de

usucapião e lavrar a ata de acordo com os requisitos estabelecidos para a modalidade. (ASSUMPÇÃO, 2017, p. 44)

Seguindo a orientação do artigo 216-A se faz necessária a apresentação de documentação técnica, planta, memorial descrito e anotação de responsabilidade técnica, como a concordância dos confrontantes. Tais requisitos já eram exigidos no procedimento judicial. Outra preocupação do legislador foi a solicitação de certidões judiciais, com o intuito de preservar as demandas que porventura já existiam com relação ao imóvel objeto da usucapião, bem como as certidões pessoais dos envolvidos.

No que tange a apresentação de certidões, a exemplo do que é exigido no procedimento judicial, embora não contida na norma, é necessário que seja apresentada certidão positiva ou negativa de registro do imóvel. O próprio registrador de imóveis é quem faz a busca em seus arquivos, de indicador real, ou quando for o caso de imóvel anteriormente registrado em outro cartório a solicitação de certidões que possam comprovar o registro. (MEZZARI, 2017, p. 105)

A importância da identificação do imóvel, mediante certidão, é inegável pois além de dar mais segurança ao processo, com a identificação dos proprietários anteriores, traz segurança ao registro pois evita a chamada duplicidade de matrículas, ou seja, um mesmo imóvel registrado duas vezes.

Importante destacar a disciplina do inciso IV, do artigo 216-A, da lei de registros públicos, que refere a apresentação de justo título ou outros documentos que possam comprovar a continuidade da posse, o lapso temporal, origem e natureza da posse pelo requerente. Mister referir que o justo título somente é exigido nas modalidades que a lei prevê, não seria plausível se exigir no caso da usucapião extraordinária. (BRANDELLI, 2016, p. 82-83)

Instaurado o procedimento no registro de imóveis, cabe ao registrador dar andamento do pedido, respeitando a publicidade necessária ao ato. O registrador dará ciência às fazendas federal, estadual e municipal, bem como fará a notificação dos confinantes que não houverem anuindo na planta do imóvel. Far-se-á

comunicação mediante edital, em jornal de grande circulação, para ciência de eventuais interessados. Estando conforme, respeitando-se os devidos prazos, realizar-se-á o registro da usucapião em nome do usucapiente, mediante abertura de matrícula.

Se não atendidas as exigências legais ou ante a impossibilidade do pedido, o registrador rejeitará o pedido por meio de nota de impugnação, na qual explicará os motivos e apontará soluções. A rejeição não faz coisa julgada e portanto nada impede que se ingresse na via judicial solicitando a usucapião. De outra forma se algum dos titulares de direitos, fazenda ou outros interessados impugnarem o pedido, caberá ao registrador remeter o processo ao judiciário da comarca onde está situado o imóvel para solução da controvérsia. (PAIVA, 2017, p. 17-18)

A usucapião extrajudicial se assemelha em alguns pontos com a retificação extrajudicial, constante no artigo 213, II, da lei de registros públicos. O referido procedimento também era realizado somente pela via judicial, e em 2004, possibilitou-se que o procedimento fosse totalmente administrativo, em pouquíssimos casos se judicializa a demanda. É um exemplo prático de desjudicialização no âmbito dos registros públicos que deu certo.

A exigência de documentação técnica com a concordância dos confrontantes é ponto comum dos institutos. Por outro lado, segundo Lamana Paiva, outro ponto comum entre ambos é a celeridade do procedimento, neste sentido refere que:

A característica diferencial desse novo procedimento será, entretanto, o da *celeridade*, sendo possível estimar que terá uma duração aproximada de 90 a 120 dias, uma vez que se assemelha à retificação consensual prevista nos artigos 212 e 213 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973). (2017, p. 21)

Não há dúvidas que um dos maiores benefícios da desjudicialização é a celeridade dos processos, além é claro do desafogamento do poder judiciário. Esse fenômeno vem ao encontro dos anseios da sociedade, pois a demora nos processos

judiciais põem em cheque a efetiva prestação jurisdicional do direito e o próprio acesso à justiça. De nada adianta termos uma gama enorme de direitos estampados em leis se a razoável duração dos processos não for efetiva para a concretização dos mesmos.

Os cartórios extrajudiciais e tabelionatos como instituições respeitadas pela população, transmitindo confiança e credibilidade em seus atos, dotadas de fé pública, são agentes capazes de tornar efetiva a desjudicialização de direitos. Neste seguimento, alude Luiz Juarez Nogueira de Azevedo que:

A desjudicialização, tal como se fez com as retificações, os inventários, os divórcios, as alienações fiduciárias, e agora com a usucapião, é uma das vias para a construção de um novo modelo de Justiça, menos formal, menos burocratizada, mais célere e mais efetiva, capaz de concretizar o princípio da razoável duração do processo, proclamado na Constituição e no novo CPC. (2017, p. 73)

Cada dia mais o legislador e a sociedade estão em busca de novas alternativas, formas de resolução de conflitos que não demandam a intervenção judicial. Conforme já citado vários são os exemplos concretos da efetividade de procedimentos que foram desjudicializados, desburocratizando seu trâmite, concretizando direitos em menor tempo, de fato atingindo a efetividade que se espera, através das vias administrativas.

A formatação dada ao novo processo civil permite concluir que buscou-se uma maior aproximação do processo com a constituição, permitindo novas formas de acesso à justiça, com agilidade, segurança e mais próxima da realidade social. No entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o que se busca é uma atuação do sistema de justiça mais sintonizado com as demandas sociais, econômicas, culturais e políticas, na busca da efetividade da solução das demandas em tempo razoável. (2016, p. 133)

Neste contexto os cartórios extrajudiciais desempenham papel fundamental no processo de desjudicialização e na garantia de efetividade e segurança jurídica necessária. No momento em

que se impulsiona tanto o judiciário quanto os titulares de serventias extrajudiciais se procura a efetividade e estabilidade dos direitos, efeitos estes que auferem segurança jurídica as relações.

Os registradores e notários dotados de fé pública conferem aos interessados segurança jurídica em seus atos, dessa forma expôs em seu trabalho, Lúcia Arlé Ribeiro de Souza:

A segurança jurídica que se faz presente nos cartórios extrajudiciais baseia-se na independência e imparcialidade do notário e do registrador. [...] Esta independência impede que qualquer pressão externa contamine uma das funções mais importantes desses profissionais, que é a de impedir a injustiça.(2016, p. 59)

Sem dúvidas os cartórios extrajudiciais exercem suas funções garantindo segurança jurídica, entregando serviços de qualidade e em menor tempo. Instituições com credibilidade junto à sociedade, que acabam sendo uma alternativa viável e segura de desjudicialização de processos como a usucapião.

O fenômeno da desjudicialização trata-se de um anseio social, ante a morosidade do judiciário, que com demandas infundáveis acaba não tendo a efetividade que lhe é atribuída. Considerando essa necessidade, as alterações trazidas pelo novo código de processo civil, prestigiando a mediação e a conciliação na resolução de conflitos, demonstram a vontade do legislador em mudar esta realidade.

Neste contexto é seguro afirmar que os serviços registrares e notariais encontram-se capacitados para receber procedimentos como a usucapião extrajudicial. Cabe, agora, a sociedade rever seus conceitos e buscar a esfera administrativa, através dos cartórios extrajudiciais, que realizam inúmeros serviços e lhes conferem toda a segurança jurídica esperada.(DORNELLES e CASSEL JUNIOR, 2017, p. 28-29)

Os cartórios extrajudiciais representam uma extensão do estado, como delegatários de serviços públicos, e neste contexto

tornam-se aliados indispensáveis ao bom exercício da atividade estatal. Desta forma é que o papel dos cartórios extrajudiciais ganham destaque no que tange ao desafogamento do judiciário, mediante a desjudicialização de institutos como a usucapião.

A desjudicialização da usucapião representa um avanço tanto em matéria de acesso à justiça, pois o andamento mais célere permite que as pessoas tenham a efetividade de seus direitos garantida, além de um maior acesso ao procedimento, se tornado mais viável economicamente. Quanto ao que se refere a regularização fundiária, permitindo que soluções mais práticas concretizem o exercício da função social da propriedade, através do uso e ocupação do solo de forma mais racional e adequada.

5. Conclusão

A legislação mais do que nunca tem que acompanhar a evolução da sociedade, cada dia mais as pessoas procuram solução rápida dos conflitos e com a máxima efetividade. Neste sentido o novo código de processo civil trouxe inovações no sentido de agilizar as demandas, desafogar o poder judiciário e atender os anseios sociais, dentre as medidas adotadas está a desjudicialização do procedimento de usucapião.

Este procedimento é adotado a muito tempo no que diz respeito ao direito à propriedade, instituto consagrado com a finalidade de dar a propriedade uma destinação útil e produtiva, com vistas a atender sua função social. Neste sentido o papel de grande relevância dos cartórios extrajudiciais que ao praticarem seus serviços garantem com formas alternativas ao poder judiciário, o acesso à justiça, a celeridade e segurança jurídica gerando um impacto positivo ao fenômeno da desjudicialização.

É certo que para que os processos administrativos, substitutos aliados do desafogamento judicial, possam de fato ter a efetividade que deles se espera, cabe a sociedade mudar conceitos e paradigmas que parecem impregnados em nossa cultura, de que

toda e qualquer demanda deve ser solucionada pela esfera judicial. Trata-se mais do que uma alteração de procedimento, mas também de cultura social.

Hoje os registradores e tabeliães estão preparados para proporcionar a entrega do direito através de instrumentos mais céleres, acessíveis e mais viáveis economicamente, prestando seus serviços a sociedade, que já os reconhece como instituições confiáveis.

Através deste estudo pode-se reconhecer a inegável força da usucapião, sua relevância social na solução de demandas relativas a regularização fundiária, reconhecimento de direitos e sobre a efetiva utilização social e econômica da propriedade. A usucapião é um instrumento pelo qual a propriedade atinge sua função social, eis que a efetivação da posse em propriedade, permite o exercício pleno de seus atributos e confere segurança jurídica ao possuidor.

A alteração, ainda, é recente e pode ser aperfeiçoada, no entanto a pesquisa realizada demonstra que trata-se de um avanço, um grande passo que aflora a importância dos ofícios registrais, como aliados do judiciário e da sociedade. Assim como, do papel de destaque que merece a usucapião em no ordenamento jurídico.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. **O usucapião ordinário e o justo título**. Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 2 - Out / Dez 2014.
- ASSUMPÇÃO, Leticia Franco Maculan. **A Ata Notarial e a Usucapião Extrajudicial - Considerações amadurecidas**. Disponível em: <<http://www2.colegioregistrals.org.br/publicacoes/paginaPrint?idPagina>>. Acesso em 07/08/2017.
- AZEVEDO, Luiz Juarez Nogueira de. **A usucapião através do Registro de Imóveis e a tendência à desjudicialização**. Disponível em: <www.colegioregistrals.org.br/publicacoes/paginaPrint?idPagina=31879>. Acesso em 07/08/2017.

BARRANCOS, Luciana Rossi. **A realização da função social da propriedade do agronegócio**. Revista de Direito Empresarial | vol. 8/2015 | p. 239 - 250 | Mar - Abr / 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em 10/07/2017.

BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião administrativa: De acordo com o novo código de processo civil**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637009/>>. Acesso em 31/07/2017.

BRANT, Cássio Augusto Barros. **Das modalidades de usucapião a valorização da posse -Trabalho como meio de aquisição da propriedade imobiliária**. Revista de Direito Privado | vol. 45/2011 | p. 219 - 238 | Jan - Mar / 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?>>. Acesso em 31/07/2017.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 20/06/2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 07/08/2017.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 10/07/2017.

BRASIL. **Estatuto das cidades**. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 10/07/2017.

BRASIL. **Estatuto da Terra**. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm>. Acesso em 10/07/2017.

BRASIL. **Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida**. Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em 07/08/2017.

- BRASIL. **Lei dos Registros Públicos**. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015/consolidado.htm>. Acesso em 07/08/2017.
- DORNELLES, Daniëlle; e, CASSEL JÚNIOR, Flávio. **A viabilidade da usucapião extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/>>. Acesso em: 07/08/2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Reconhecimento extrajudicial da usucapião e o novo código de processo civil**. Revista de Processo. vol. 259/2016, p. 371 – 402. Set / 2016. Disponível em: <<http://www.revista.distribunais.com.br/maf/app/delivery/offload>>. Acesso em 07/08/2017.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4392-9/>>. Acesso em: 29/06/2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro 5: **Direito das coisas**, 11ª edição*. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637276/>> Acesso em 05/07/2017.
- MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de direito Civil: direito das coisas, 44ª edição. Editora Saraiva, São Paulo: 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502627130/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 29/06/2017.
- OPTIZ, Sílvia C.B; OPITZ, Oswaldo. **Curso Completo de Direito Agrário**. 10ª edição. Saraiva, São Paulo: 2016.
- PACHECO, José Ernani de Carvalho. **USUCAPIÃO: Prática, Processo e Jurisprudência**. 8ª ed. Curitiba: Juruá, 1998.
- PAIVA, João Pedro Lamana. **A Usucapião Extrajudicial e Outros Temas Importantes no Novo CPC**. Disponível em: < <http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/a-usucapiao-extrajudicial-e-outros-temas-importantes-no-novo-cpc>>. Acesso em 20/06/2017.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo CPC introduz a usucapião extrajudicial no país**. Disponível em: <www.irib.org.br/files/obra/Versa7710_correta_Artigo_Lamana_Paiva_Usucapiao.pdf>. Acesso em 20/06/2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil - Vol. IV - **Direitos Reais**, 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974596/>>. Acesso em 28/07/2017.

RIBEIRO, Benedito Silvério. Tratado de Usucapião: volume 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502151918/>>. Acesso em 28/07/2017.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Tratado dos Registos Públicos. Volume IV. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SILVA, e, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**, 32ª edição. Atualizado por: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972592/>>. Acesso em 28/07/2017.

SOUZA, Lígia Arlé Ribeiro de. **A importância das serventias extrajudiciais no processo de desjudicialização**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/>>. Acesso em 07/08/2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil - Vol. V - **Direitos Reais**, 16ª edição, Atlas, São Paulo: 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005158/>> Acesso em: 20/06/2017.

VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao Novo Código Civil** - Vol. XVI, 4ª edição. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Editora Forense, Rio de Janeiro: 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5015-6/>> Acesso em 10/07/2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil** [livro eletrônico]. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A inconstitucionalidade do estatuto do desarmamento: lei nº 10.826/03¹

Daniel Franco Mendes²

Introdução

O artigo propõe pesquisar e provar as inconstitucionalidades da Lei nº 10.826 de 2003, que se refere ao Estatuto do Desarmamento, baseando-se em alguns artigos que já foram declarados inconstitucionais pelos tribunais superiores da suprema corte brasileira. O Estatuto do Desarmamento não protegeu e respeitou as garantias constitucionais, sendo que nenhuma norma infraconstitucional deve ser contrária às determinações e princípios da Constituição Federal de 1988 do Estado democrático de direito.

A proposta do artigo demonstra que o Projeto de Lei nº 3.722 de 2012 é muito mais benéfica e justa que a atual Lei nº 10.826 que foi publicada em 2003, pelo ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a qual estabeleceu regras, que somente multiplicou o número de violência e homicídios no país e aumentou o número de

¹Artigo produzido da pesquisa do Trabalho de Conclusão de Curso – TCC/Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo- UPF, Campus Lagoa Vermelha - RS.

² Graduando em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF - RS. *E-mail:* mendestche@hotmail.com.

invasões pelos membros do *MST* que é conhecido como o *Movimento dos Sem Terra*, criado e controlado pelo ex presidente. As regras estabelecidas nesse estatuto aumentou o número de abigeatos no interior das fazendas rurais, ou seja, a atual lei foi um regresso para a nação brasileira. Em se tratando dos crimes de roubos e furtos ocorridos nas grandes metrópoles, o Brasil é classificando como o país que mais matam pessoas.

A pesquisa do artigo demonstra que as leis que não estão de acordo com a Constituição Federal de 1988, ou seja, contrário a ela, devem ser declarados inconstitucionais como algumas pesquisas demonstradas neste trabalho. Também, evidencia que devem ser desvendados os erros cometidos pelo atual Estatuto do Desarmamento, para não contrariar a Constituição Federal de 1988, os usos e bons costumes, não deixando de criar um ordenamento precário e irregular. Desse modo, a pesquisa do artigo propõe não deixar de fazer justiça que seja realmente justa, honesta e adequada para o desenvolvimento da nação.

1. Declarações diretas de inconstitucionalidades

Com a elaboração e publicação da nova Lei nº 10.826 de 2003, trouxe em alguns de seus artigos algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidades (Adin) dentro da seguinte redação:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (Vide Adin 3.112-1) (BRASIL, 2003).

Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática

de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável. (Vide Adin 3.112-1) (BRASIL, 2003).

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato; II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz; III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado; V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo. (Vide Adin 3.112-1) (BRASIL, 2003).

Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência. (Vide Adin 3.112-1) (BRASIL, 2003).

Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente: Pena – reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Vide Adin 3.112-1) (BRASIL, 2003).

Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória. (Vide Adin 3.112-1) (BRASIL, 2003).

Como se percebe, o artigo 14 em seu parágrafo único da lei do Estatuto do Desarmamento propôs um absurdo na norma estabelecendo que se alguém estivesse simplesmente portando ou estivesse mantendo de alguma forma a arma de fogo em sua posse, e se por acaso a referida arma de fogo não estivesse nem se quer registrada no Departamento da Polícia Federal, o indivíduo seria preso em flagrante sem ter o direito a fiança. Pior ainda, o mesmo ocorreria se o indivíduo estivesse portando ou mantendo em sua posse, acessório e munição.

No artigo 15 em seu parágrafo único da lei do Estatuto do Desarmamento, penalizou com prisão de 2 a 4 anos, caso o indivíduo estivesse feito ou fazendo algum disparo com a referida arma de fogo em lugares habitados, e estando mesmo em vias públicas, assim penalizando como sendo crime inafiançável.

No artigo 16, a penalização também não foi de modo diferente, pois penalizou quem estivesse mantendo em sua posse, acessórios e munições de uso proibido ou restrito das forças armadas. Penalizou em seus incisos do mesmo artigo, quem estivesse em sua posse ou portando armas de fogo com a numeração raspada ou alterada, assim aumentando a pena de 3 a 6 anos de reclusão, sem o direito do arbitramento de fiança.

Com relação ao artigo 17 penalizou quem adquirir, ocultar, transportar, utilizar na atividade comercial ou industrial, e pior ainda inclusive em sua residência para benefício próprio, penalizando de modo mais injusto, com reclusão de 4 a 8 anos, mais uma vez sem ter o direito de arbitramento de fiança.

No artigo 18, penalizou quem estivesse importando ou exportando armas de fogo, acessórios ou munições, como forma de favorecer o comércio ilegal, com penalidades de 4 a 8 anos em regime fechado de reclusão, sem o direito de ter o arbitramento de fiança.

Por fim o artigo 21 determinou que os artigos 16, 17 e 18 seriam vedados com relação ao arbitramento de fiança para conseguir a liberdade provisória.

Finalmente, todos estes artigos da Lei 1.0826 de 2003, foram declarados inconstitucionais, sendo assim se prevê que a atual lei do Estatuto do Desarmamento foi mal elaborada, está ilegal, está errada, e está cometendo injustiça desde o início da elaboração e de sua publicação.

2. O desrespeito às garantias constitucionais

A Lei nº 10.826 de 2003, traz em seus fundamentos jurídicos, dentro de seus artigos, incisos e parágrafos, normas que colidem com a atual Constituição Federal de 1988. Pois esta é a ordem máxima da República Federativa do Brasil, onde jamais uma norma infraconstitucional deve contraria-la, nem mesmo às súmulas jurisprudenciais da Suprema Corte Federal. O artigo 5º e seus incisos da carta magna dizem que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de

autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

A Constituição Federal de 1988 fundamenta inúmeros princípios constitucionais como o do direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, presunção da inocência, devido processo legal, convencimento motivado, contraditório, proporcionalidade da lei, isonomia, simetria, ampla defesa, liberdade, igualdade, legalidade e muitos outros que foram eternizados na atual Constituição Federal de 1988, onde jamais um dia deverão ser desrespeitados e desconhecidos.

Com relação à lei do Estatuto do Desarmamento, por exemplo, punir alguém que apenas estivesse utilizando em sua posse uma arma de fogo ou algum acessório, que o mesmo indivíduo não estivesse com o referido Certificado de Registro de Arma de Fogo, este seria preso em flagrante, sem ter o direito ao arbitramento da fiança. Este ordenamento jurídico contraria enormemente o *princípio da proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, sem contar que os crimes que realmente eram previstos nos artigos 14, 15, 16, 17, 18 e 21 eram insuscetíveis do arbitramento de fiança e de liberdade provisória, seriam comparados com os crimes que estão dentro do rol dos crimes hediondos.

Com relação ao *princípio da proporcionalidade* que é sinônimo do *princípio da razoabilidade*, Bonfim *apud* Távora (2015, p. 94) define que:

É a *proibição de infraproteção* ou *proibição de proteção deficiente*. O campo de proteção do cidadão deve ser visto de forma ampla. Existe a “proteção vertical”, contra os arbítrios do próprio Estado, evitando-se assim excessos, como visto acima, e a “proteção horizontal”, que é a garantia contra a agressão de terceiros, “no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões”.

Como se nota o *princípio da proporcionalidade* define que Estado é limitado para agir com relação ao cidadão, pois este não tem o total arbítrio em fazer o que bem entender com relação a dispor leis injustas, precárias, que até mesmo contrarie a Constituição Federal de 1988, moral e os bons costumes. As normas não podem ser deficientes em deixar lacunas que se contradigam com a carta magna, entretanto, o cidadão deve ser visto de forma ampla dentro de qualquer litígio, coisa que não tem acontecido com relação ao Estatuto do Desarmamento.

Mesmo depois do início de sua publicação, em ter declarado alguns artigos inconstitucionais pela *Adin 3.112-1*, o Estatuto do Desarmamento continua precário, desde quando o legislador estabeleceu no seu artigo da Lei 10.826 de 2003, em punir alguém que estivesse efetuado um disparo de arma de fogo na via pública, ou pior ainda, em sua própria residência onde é o asilo do indivíduo. Sendo assim, a jurisprudência mudou o regramento do Estatuto do Desarmamento dizendo que:

TJ-RJ - Inteiro Teor. APELAÇÃO: APL 71049720088190021 RIO DE JANEIRO DUQUE DE CAXIAS 3ª VARA CRIMINAL Data de publicação: 30/10/2013 Decisão: artigo 15 do Estatuto do Desarmamento restou, sobejamente, comprovado. Portanto, não há de se falar... constitucional da presunção de inocência. Precedentes do TJRJ. CAUSA DE AUMENTO - A Magistrada de piso... e materialidade do crime previsto no artigo 15 do Estatuto do Desarmamento restaram, sobejamente, comprovadas...

Sendo assim, antes dizia o Estatuto do Desarmamento, que este cidadão não poderia efetuar um disparo com a referida arma para nem se quer se defender ou defender o seu patrimônio e a sua família? Caso o fizesse iria responder, sem nem se quer ter ferido algum bem jurídico penalmente tutelado, enorme absurdo do legislador, ter antes concordado com essa definição jurídica.

Penalizar quem estivesse mantendo em sua posse de acessórios e munições de uso permitido ou até mesmo restrito, não

tem o menor cabimento, pois a jurisprudência é bem clara com relação à atipicidade da posse ou do transporte de munições e acessórios, quando não estão acoplados na arma de fogo:

TJ-SP - Apelação: APL 23783620098260511 Data de publicação: 02/05/2012 Decisão: na Lei n. 11.706, de 2008). ABSOLVIÇÃO DA ACUSADA COM FULCRO NO ARTIGO 386, III, DO CPP . APELAÇÃO.... O depósito e posse de arma de fogo, de uso permitido ou restrito, ou de acessório ou munição, de uso... ou dependência desta, configura abolitio criminis. De fato, o artigo 32 do Estatuto do Desarmamento...

Com esse entendimento jurisprudencial, se torna bem claro, que acessórios e munições são inúteis e inofensivos por si só, pois um precisa do outro para conseguir algum resultado que se consume com o *princípio da ofensividade* e o *princípio da consumação*. Assim se estes acessórios estiverem na guarda do indivíduo, serão atípicos de criminalização.

Acrescentando mais um reforço para este entendimento jurídico, baseado em regras universais do direito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aderida pelo Brasil e faz parte do acordo internacional de 1948, o qual trouxe no artigo 11, bases e ideias que defendem e fundamentam o *princípio da presunção da inocência*, dizendo que:

Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas (DUDH, 1948, p. 03).

A carta magna de 1988, já trazia a mesma linha de pensamento com relação ao *princípio da presunção da inocência* onde defendia em seu artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, dizendo que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, p.

o4), assim, pode ser notado, que este inciso tem a mesma linha de pensamento jurídico para um ordenamento justo e adequado.

Pois as pessoas que respondem por processos e inquéritos policiais, em que ainda estão em andamento, que ainda não foram condenados, ou seja, que não passaram ainda pelo devido processo legal, e pela sentença penal condenatória como prevê o Estatuto do Desarmamento no artigo 4º, no inciso I, da Lei nº 10.826/03, esta já são declaradas impedidas de comprarem uma arma de fogo ou até mesmo de fazer a renovação das mesmas:

Comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos (BRASIL, 2003, p. 08).

Para Távora (2016, p. 72), com relação ao *princípio da presunção da inocência* diz que:

Do princípio da presunção da inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora têm o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e na oeste de provar sua inocência – e a regra de tratamento segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois da sentença com o trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação di juízo condenatório ou de culpabilidade.

Com esse entendimento, mais do que nunca se entende e se comprova que nenhum indivíduo deve ser condenado antes da sentença penal condenatória. Com isso não se entende porque o precário e inconstitucional Estatuto do Desarmamento penaliza antecipadamente o cidadão, sendo que em alguns casos, até mesmo em maioria das vezes, o indivíduo foi absolvido, nem se quer recebendo nada de valores indenizatórios pelo constrangimento injusto e ilegal da prisão antecipada sobre o indivíduo.

Esses entendimentos e pensamentos garantistas com relação ao *princípio da presunção da inocência*, está sendo reconhecido e fundamentado desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, se alguém estiver sendo acusado por um ato ou se quer por um delito, antes de ser publicada a sentença penal condenatória com relação ao réu, até o trânsito final da sentença penal. Por tanto, presume-se que o acusado é inocente, até que se prove em contrário, com relação a persecução penal dos fatos que lhe é imputado.

De repente, surge uma lei infraconstitucional como é o caso do precário Estatuto do Desarmamento, em seus artigos 14, 15, 16, 17 e 21, tentando discutir, e impor a proibição da liberdade provisória, de forma injusta, precária e ilegal, imposta pelo legislador de modo muito precipitado, pior ainda, sendo comparado como crimes hediondos.

Desse modo, uma pessoa não pode ser presa antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, quando se faz isso, esta decisão contraria a carta magna de 1988, ainda mais, pelo fato do indivíduo ser considerado presumidamente inocente, pois, como pode uma pessoa ser presa antecipadamente, sem antes verificar se ela é culpada ou não? Sendo através dessas medidas previstas como inconstitucionais e injustas, o Estatuto do Desarmamento, faz as pessoas sofrerem consequências bárbaras de forma injusta e ilegal.

Com relação ao caso da não concessão de fiança, em que ainda estaria sendo discutido sobre um suposto crime de porte e da posse ilegal de uma determinada arma de fogo, vindo a encarcerar o indivíduo, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória da persecução penal, pois se trata de uma norma infraconstitucional absurda, uma política de pura inconstitucionalidade para o país. Com isso se entende que pelo menos a norma do atual Estatuto do Desarmamento deveria constituir pelo menos um valor indenizatório pela prisão ilegal e não somente o relaxamento de prisão, pois toda a pessoa que

passar por uma situação dessas, mesmo sendo absolvida, ela será vítima de grandes constrangimentos com decepções pela incompetência estatal.

No posicionamento de Capez (2012, p. 469), com relação às armas de fogo, acessórios e munições, confirmando sobre o desrespeito da Lei nº 10.826/03 com relação as normas constitucionais que foram reconhecidas pela Constituição Federal de 1988, estabelecendo que:

Se uma pessoa, presumivelmente inocente, encontra-se presa antes mesmo da formação de sua culpa e sem que haja necessidade da prisão para o processo, está, na verdade, cumprindo antecipadamente a pena que lhe poderia ser imposta ao final. Nessa hipótese, se Le já está cumprindo a pena, não se poderia dizer que há presunção de inocência, mas sim, ao contrário, presunção de culpa. Estar-se-ia executando a pena sem certeza da responsabilidade do agente. Diante do exposto, sustentávamos que o artigo 21 da lei 10.826/2003 seria inconstitucional, colidindo com o princípio do estado de inocência (CAPEZ, 2012, p. 469).

Segundo a carta magna, e o posicionamento de Capez, ninguém pode ser preso antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, pelo fato do indivíduo ser considerado presumidamente inocente antes de ser proferida a sentença, pois, não pode uma pessoa ser presa antecipadamente, sem antes verificar se ela é culpada ou não? Se isso acontecer, estas decisões judiciais serão entendidas e julgadas como normas inconstitucionais e precárias, como tem acontecido com o Estatuto do Desarmamento, pois às pessoas vem sofrendo consequências bárbaras, de forma ilegal e injusta.

Com relação à proibição de fiança e de liberdade provisória, diz Thums (2005, p. 13-14):

Uma lei draconiana como é o Estatuto do Desarmamento, que estabelece normas processuais, indevidamente, proibindo fiança e liberdade provisória, não pode ser aceita pelo juiz tal como está

escrita. O magistrado deve “*filtrar*” os excessos e adequar a lei, estabelecendo níveis de razoabilidade, levando em conta o bem jurídico sob tutela e o grau de lesividade da conduta.

Esta lei do Estatuto do Desarmamento é inconstitucional e precária desde a sua publicação, pois sempre trouxe proibições absurdas, sem visualizar e respeitar o princípio da proporcionalidade de da razoabilidade, não observa o grau de lesividade do ato e da infração em que o indivíduo consumou, para aplicar a dosimetria da pena, por isso, que alguns artigos já foram declarados inconstitucionais desde o início de sua publicação.

Dallari (2007, p. 01), manifestou-se sobre o ordenamento absurdo que é o Estatuto do Desarmamento, com relação à renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo, que exige-se de forma periódica, e de inconstitucionalidades, justificou que:

A obtenção do registro já é onerosa, mas a exigência de renovação periódica desse mesmo registro multiplica os custos dessa licença, criando uma inaceitável (e inconstitucional) diferença entre pobres e ricos. Convém esclarecer que para a renovação do registro o interessado deve pagar as taxas correspondentes, obter um sem número de certidões, apresentar um laudo profissional atestando sua aptidão psicológica para ter uma arma e, ainda, um documento oficial comprobatório de sua aptidão para o uso de arma de fogo. Tudo isso custa muito caro. Fazendo uso do deplorável jargão político atualmente em moda, as elites podem ter arma, o cidadão comum não pode. O efeito mais absurdo e mais perverso da temporariedade da licença é transformar alguém em criminoso “*ex lege*”, contrariando a garantia constitucional no sentido de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (DALLARI, 2007, p. 01).

Para a jurisprudência não foi diferente o seu posicionamento com relação a posse de arma de fogo com o seu respectivo registro vencido:

TJ-RS - Apelação Crime: ACR 70076111780 RS (TJ-RS) Data de publicação: 23/04/2018. Ementa: APELAÇÃO-CRIME. PORTE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. ART. 14, DA LEI Nº. 10.826/03. ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. AFASTAMENTO. REGISTRO VENCIDO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. INTERVENÇÃO MÍNIMA. CARÁTER FRAGMENTÁRIO DO DIREITO PENAL. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE MATERIAL. I - Atipicidade da conduta não configurada, pois no crime de perigo abstrato, a comprovação acerca do mero cometimento da conduta é suficiente a ensejar a tipicidade do crime, não vingando a tese de ausência de lesividade. II - Embora o acusado tenha sido dado como incurso nas sanções do art. 14, da Lei nº 10.826/03, as provas produzidas dão conta de que a arma de fogo foi encontrada dentro do automóvel, que estava no pátio do estabelecimento comercial do réu, o que configura a conduta do art. 12, da Lei nº 10.826/03. Sendo assim, o fato de possuir arma de fogo com a devida autorização do SINARM sem, contudo, o registro da arma em dia, é infração meramente administrativa, pois a falta de renovação por parte do acusado não impossibilitou o controle estatal, restando descaracterizada a tipicidade material do delito previsto no art. 12, da Lei nº 10.826/03. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70076111780, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS,... Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 08/02/2018).

Por tanto, em se tratando de Certificado de Registro de Arma de Fogo, já foi considerado atípico pelos tribunais superiores, não está mais gerando crime de posse irregular de arma de fogo, pois com certeza a norma do Estatuto do Desarmamento se excedeu, o Certificado de Registro de Arma de Fogo, deve ser permanente, que caso não fosse cumprida a sua renovação periódica era considerado criminoso, sendo que registro deve ser permanente, e não temporário como se refere o estatuto, deve ser como acontece com veículos, imóveis e outros tipos de bens. Por outro lado, uma norma não pode considerar criminoso um indivíduo que não passou pela persecução penal, onde se observa todas as fases e

garantias do devido processo legal, onde contraria o princípio do devido processo legal e da presunção da inocência.

No mesmo posicionamento defende Dallari (2007, p. 01), baseando-se em suas teses doutrinárias, e discordando com a temporariedade e a validade do Certificado de Registro de Arma de Fogo, em que deve ter validade permanente, onde diz que:

O que não tem qualquer sentido é desconstituir a licença, pelo decurso de tempo. Cabe perguntar: quem foi a uma loja e comprou legalmente uma determinada arma, passados os três anos, o que deve fazer? "Descomprar" a arma? O Direito não se agride com o bom senso. Quando a lei agride o bom senso, é porque lhe foi dada uma interpretação equivocada ou tem alguma inconsistência ou incompatibilidade com a ordem jurídica. No caso em exame, há uma pluralidade de inconstitucionalidades. (DALLARI, 2007, p. 01).

Outro posicionamento precário do atual Estatuto do Desarmamento, é a questão do transporte da arma de fogo desmuniada, de um domicílio para o outro, onde alguns doutrinadores entendem e defendem que haverá casos impossíveis de vislumbrar a conduta do agente como fato típico de crime, assim, preservando o princípio da ofensividade e do princípio de perigo abstrato. Para Capez (2012, p. 337), o entendimento com relação ao transporte de armas fogo desmuniada, vem afirmando que:

Haverá casos, no entanto, em que será impossível vislumbrar perigo na conduta do agente, como no caso de alguém que leve uma espingarda, da qual tem registro, de uma fazenda para a outra próxima, transportando-a descarregada e dentro de uma caixa trancada. O bom senso, traduzido até mesmo o princípio constitucional da Administração Pública, sob o pálio da razoabilidade (Constituição Estadual de São Paulo, Artigo 111), entretanto, até para que não se vulnere o princípio constitucional da proporcionalidade das penas, deve ser sempre empregado, a fim de buscar equilíbrio e Justiça na solução do caso concreto (CAPEZ, 2012, p. 337).

Com relação à jurisprudência o entendimento é o mesmo entendimento com relação a atipicidade do transporte de arma de fogo desmuniçada, pois a conduta típica se torna ausente:

TJ-ES – Apelação Criminal ACR: 24060141736 ES 024060141736 (TJ-ES) Data de Publicação: 14/08/2007. Ementa: PELAÇÃO CRIMINAL. ART. 16,CAPUT, DA LEI 10.826/03. 1. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. REJEITADA. 2. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE CONDUTA ATÍPICA. INOCORRÊNCIA. TRANSPORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNIÇADA. IRRELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 3. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. POSSIBILIDADE. 4. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. 5. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.1. A presença do Réu na audiência de interrogatório, em especial acompanhado de seu defensor, supre por completo as supostas irregularidades suscitadas, nos termos do art. 570 do Código de Processo Penal, segundo o qual a falta ou a nulidade da citação estará sanada desde que o interessado compareça antes de o ato consumarse. 2. Dessume-se do conjunto fático-probatório elencado nos autos a comprovação dos elementos de autoria e de materialidade do delito condizente ao "Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito", com espeque no art. 16 da Lei nº 10.826/03, sendo irrelevante o muniçamento ou não da referida arma.3. É possível a isenção do pagamento das custas, quando o Réu encontrar-se assistido pela Defensoria Pública, encartando-se no art. 3º da Lei 1.060/50.4. A pena de multa deve ser mantida, desde que o preceito secundário do tipo no qual se encontra incurso o Réu preveja expressamente sua cominação.5. Recurso a que dá provimento parcial, à unanimidade.

Pois como a própria jurisprudência esta definindo, transportar uma arma descarregada, não oferece nenhum perigo para a incolumidade pública, sendo que armas de fogo e munição sem estarem acoplados uns ao outro se tronam inúteis e inofensivos, não prevendo nenhum risco ou perigo para algum ser vivo.

Com isso se entende que, por parte da Justiça Pública, policiais e delegados de polícia, deve ter para alguns casos o entendimento do *bom senso*, assim entendendo que às vezes não é necessário conduzir um cidadão até a delegacia de polícia, desde que a arma ou munição que esteja na sua posse esteja com o devido registro em seu próprio nome, não se vê nenhuma ilegalidade nesta ação. Pois prender um indivíduo que apenas esteja transportando uma arma de fogo de um local para o outro e provando que a referida arma ou munição é de sua propriedade, os servidores públicos não estariam fazendo uma ação útil para a segurança pública, e sim somente prejudicando o cidadão, aquele que é honesto e trabalhador, que de alguma forma legal, precisa se proteger e dar segurança a sua família e seu patrimônio.

Todo o indivíduo que se sentir ameaçado de injusta e iminente agressão, tem a garantia constitucional e infraconstitucional de se proteger. Com os fundamentos do artigo 23 do Código Penal em que foi publicado de 1940, que se refere das excludentes de ilicitude, onde diz que:

Artigo 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Estas são as excludentes de ilicitude, que são compatíveis com relação aos ditames constitucionais e próprios princípios e regras. É claro, que não pode ser desrespeitado o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, onde condena o excesso, com relação aos litígios e conflitos.

Quando se tratar de algum homicídio, onde todo mundo pode se defender de uma injusta agressão, e para isso nada mais adequado que uma arma de fogo para se defender de um delinquente, que este sempre anda armado, independente de ter

registro ou porte, e muito menos se preocupa com a lei infraconstitucional e a própria Constituição Federal. A Constituição Federal não foi reconhecida pela Lei nº 10.826 de 2003, e não respeitou o direito a vida, o direito a segurança, o direito de liberdade de ir e de vir, provando por total ser inconstitucional.

Para Capez (2012, p. 469) no seu entendimento jurídico, o Estatuto do Desarmamento, trouxe uma forma comparativa da lei das armas de fogo, com o rol de crimes hediondos:

Com efeito, o constituinte exigiu tratamento penal mais severo para os crimes definidos em lei como hediondos: a tortura, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes. Em tais casos, poder-se-ia até discutir a possibilidade de proibição de liberdade provisória, ante a disciplina mais severa imposta pelo legislador ao dispor sobre tais infrações. Agora nos crimes do Estatuto do Desarmamento não haveria nenhum fundamento constitucional para tão drástica disposição (CAPEZ, 2012, p. 469).

Porém, mais absurdo foi o legislador concordar desde o início da elaboração da precária norma do Estatuto do Desarmamento, em deixar a possibilidade de proibição da liberdade provisória e até mesmo da fiança. Para se concretizar a prisão preventiva contra um indivíduo, precisam ser preenchidos alguns requisitos dos artigos 311, 312, 314 e 315 do Código de Processo Penal, dado pela Lei 12.403 de 2011, onde diz que:

Artigo 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (NR)

Artigo 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (artigo 282, § 4º). (NR)

Artigo 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente

praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II, e III do caput do artigo 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. (NR)

Artigo 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. (NR)

Percebe-se que para poder decretar uma prisão preventiva já não é tão fácil assim, para conseguir se encaixar dentro dos requisitos dos artigos acima citados. Imagine então, querer o legislador impedir o arbitramento de fiança para um crime de mera conduta o se quer que seja de perigo abstrato, a norma mais do que nunca se excedeu, por isso já de início foi declarado inconstitucionalidade nesta norma e assim sendo revogada. Um ponto muito interessante a ser discutido, é com relação dos valores elevados das taxas, que Thums (2005, p. 19) demonstra o seu posicionamento dizendo que:

Quero deixar bem claro que não sou a favor do desarmamento da população civil. É inadmissível desarmar o cidadão em sua casa e o Estatuto do Desarmamento tem este claro objetivo, estabelecendo taxas que configuram confisco, pois o oneram o proprietário de tal modo que superam o valor da própria arma. Ao exigir a renovação periódica do registro de propriedade da arma mediante o pagamento de levada taxa, a população ordeira não vai cumprir a determinação legal, por considerá-la injusta e inconstitucional, mas está sujeita a ameaça penal. (THUMS, 2005, p. 19).

Com isso, está muito correto e justo, o entendimento da finalidade do Estatuto do Desarmamento, que era de desarmar o cidadão de bem, aquele que é honesto e trabalhador para deixar somente o delinquente armado. Pior ainda, que estabelecer taxas de renovações periódicas com relação ao Certificado de Registro de Arma de Fogo, onde este deve ter a validade permanente e não temporária, um exemplo próprio, são os registro dos imóveis e dos veículos, que uma vez pagos e adquiridos, se consagra definitivo. Pois caso o proprietário da arma de fogo deixe ou não consiga renovar tal certificado, sua arma é confiscada pelo poder público,

mais uma vez demonstra que o Estatuto do Desarmamento continua sendo inconstitucional.

Nesse sentido, sobre a temporariedade da validade do Certificado de Registro de Arma de Fogo, com fundamentos de seu artigo 12 da Lei nº 10.826/03, traz uma norma absurda, precária e injusta, afirmando que:

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

No entendimento de Dallari (2007, p. 01):

O efeito mais absurdo e mais perverso da temporariedade da licença é transformar alguém em criminoso *ex lege*, contrariando a garantia constitucional no sentido de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse mesmo posicionamento Thums (2005, p. 78), defende a definição da aquisição do Certificado de Registro de Arma de Fogo ter validade permanente:

Disfarçadamente o legislador instituiu taxa de renovação de registro, ao invés de imposto sobre propriedade. É inconstitucional exigir taxa para renovar direito de propriedade sobre bem móvel. O segundo aspecto do vício de inconstitucionalidade refere-se ao valor da taxa, que apresenta evidente intuito confiscatório (THUMS, 2005, p. 78).

Com isso se percebe que além de inconstitucional o Estatuto do Desarmamento está atuando de forma ilegal e errada, pois como pode um registro estando vencido levar o indivíduo a ser condenado criminalmente? Pois se entende que para alguém ser

declarado criminoso, é somente após a sentença penal condenatória, e pelo simples vencimento de um documento de uma norma infraconstitucional e precária entender tipificar crime em uma ação de mera conduta, que não ofereceu nenhum perigo para a incolumidade pública. No inciso LVII da Constituição Federal de 1988, estabelece que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988, p. 04), assim, na mesma linha de raciocínio, também se refere ao *princípio do devido processo legal*, onde afirma Távora (2015, p. 87):

O devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim os ditames constitucionais. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento dos atos essenciais [...] A pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

Este Estatuto cada vez mais contrariou as garantias constitucionais, As garantias constitucionais foram desvirtuadas pela Lei 10.826/03, as pretensões punitivas estatais foram e estão sendo realizadas de modo irregular, sem se utilizar de um meio probatório legal.

Em se tratando da tipicidade de algum tipo de crime, segundo o doutrinador Bitencourt (2012, p. 16), acredita mais uma vez ser uma norma inconstitucional, pois os crimes de perigo abstrato, onde o Estatuto do Desarmamento condena o cidadão nos artigos 12 e 18 da Lei nº 10.826/03, veja que:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo

concreto a um bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal e de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado.

Assim, se entende que aonde existem crimes de perigo abstrato, não existe ainda nada crime concreto, que se tenha tentado ou consumado pelo menos. Pois o Estatuto do Desarmamento tipifica tal conduta, tentando criar uma punição para um crime que ainda não aconteceu e, muito menos ainda se consumou, este ordenamento é inconstitucional e injusto, pelo fato de não trazer nenhum sentido material na conduta das armas, acessórios e munições. Para poder existir alguma intervenção estatal, tem que existir alguma conduta que venha a se concretizar e não somente ser abstrato, para não se tornar uma conduta atípica, e ser punido por uma norma ilegal e injusta, como tem feito o Estatuto do Desarmamento.

Pois para Thums (2005, p. 42), não é diferente o seu entendimento com relação aos acessórios e munições de uma arma de fogo, de não oferecer nenhum perigo ao cidadão:

Foi um erro de o legislador equiparar o acessório de arma e à munição à própria arma. Houve excesso de incriminação e beira à inconstitucionalidade a utilização do objeto para tipificar a conduta, na medida em que a munição, isoladamente, é absolutamente incapaz de colocar em perigo, ainda que de forma remota, a segurança pública (THUMS, 2005, p. 42).

Grande hipocrisia foi o legislador entender e acreditar que acessórios e munições das armas de fogo é fato típico de crime, pois ambas as ideias, e separadas da arma de fogo, se tornam coisas inofensivas, que não oferece perigo nenhum ao bem jurídico, punir esta ação é desrespeitar o *princípio da ofensividade* e o *princípio da consumação*, mais uma vez provando que o

Estatuto do Desarmamento é ilegal e precário, criando absurdos para o ordenamento jurídico brasileiro.

3. A irregularidade do ato discricionário dos agentes públicos

Na Lei nº 10.826 de 2003, atual lei do Estatuto do Desarmamento, trouxe diversas irregularidades, em que tornaram o ordenamento jurídico das armas de fogo precário para proteger o cidadão do delinquent. Pois as pessoas que sofrem de abusos de atos discricionários dos servidores públicos a serviço do Estado, estas mesmas devem ser indenizadas e exigirem que os agentes públicos sejam punidos por tais infrações.

Por outro lado, os atos destes servidores, como os delegados de polícia não são absolutos, ou seja, não são protegidos pelo direito de imutabilidade, sem nenhum rigor procedimental, cabendo recursos administrativos, e em alguns casos até direitos indenizatórios, advindo de abuso de autoridade ou abuso de poder. Segundo entende Távora (2015, p. 136) em relação de discricionariedade:

A fase pré-processual não tem o rigor procedimental da persecução em juízo. O delegado de polícia conduz as investigações de forma que melhor lhe aprouver [...] pelo que se pode afirmar que a discricionariedade do inquirido não é absoluta. Havendo denegação da diligência requerida, nada impede que seja apresentado recurso administrativo ao Chefe de Polícia, por analogia ao art. 5º, § 2º, CPP.

O mesmo entendimento traz Rangel (2015, p. 102) dizendo que:

O Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social, tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Ora, é incompatível com este fundamento a realização dos atos da administração

pública sem um prévio controle da legalidade dos mesmos. Motivo pelo qual, em se tratando de atos administrativos (inquérito policial), a intervenção do Ministério Público, controlando a realização dos mesmos, faz-se mister.

Por fim, Gomes e Gouveia (2018, p. 01), defendem o posicionamento de que os atos discricionários da administração pública não são absolutos:

Ocorre que muito diferente do todos pensam, a discricionariedade conferida pela lei não é absoluta, e sim relativa, já que agente público não pode escolher como bem entender. O agente público tem que agir com a finalidade do interesse público, ou seja, escolher de forma coerente e adequada para o momento, jamais violando os princípios inerentes a Administração Pública, caso contrário o ato será imoral [...] o Poder Discricionário é a liberdade de ação conferida a Administração Pública, porém, possui limites previstos no ordenamento jurídico (GOMES; GOUVEIA, 2018, p. 01).

A jurisprudência é pacífica no entendimento de apreciar e anular os atos que forem entendidos como ilegais e inconstitucionais para o ordenamento jurídico brasileiro, em se tratando da discricionariedade dos atos dos servidores públicos.

TJ-PA - Agravo de Instrumento AI 00017747920148140076 BELÉM (TJ-PA) Data de publicação: 28/07/2014. Ementa: ALEGADA OFENSA AO ART. 2º DA CF. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Matéria pacificada nesta Corte possibilita ao relator julgá-la monocraticamente, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil e da jurisprudência interativa do Supremo Tribunal Federal. 2. A apreciação do Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes. 3. É incabível o Recurso Extraordinário nos casos em que se impõe o reexame do quadro fático- probatório para apreciar a apontada ofensa à Constituição Federal. Incidência da Súmula STF 279. 4. Agravo

regimental improvido (AI 777.502-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25.10.2010). Nestes termos, não deve prosperar o argumento do agravante, haja vista que cabe ao judiciário, como alhures mencionado, a análise da legalidade dos atos mencionados, não havendo em que se falar em impossibilidade jurídica da pretensão, a qual não se reserva a apreciação do mérito administrativo, mas se propõe tão somente a analisar se os fundamentos que revestiram o ato impugnado, estão corroborados com o Princípio da Legalidade Administrativa. Numa análise tangencial, de cognição sumária, não vislumbro a presença dos requisitos necessários a garantir a concessão do efeito suspensivo pretendido. Com efeito, cumpre salientar que é dever do recorrente, no momento da interposição do agravo de instrumento, demonstrar de forma cabal e pacífica, segundo as circunstâncias do caso concreto, o perigo de lesão grave e de difícil reparação, requisito indispensável para justificar a interposição do recurso, o que observo não ocorre no presente caso em exame. Ademais, em suas razões recursais, o Agravante não afirmou a verdadeira motivação da relação do Agravado. Verifico, então, que os atos administrativos em questão não foram devidamente motivados, como preceitua...

Percebe-se que os atos administrativos, o inquérito policial, e principalmente os atos discricionários do delegado de polícia não são absolutos, cabendo recurso, sob pena de nulidade, ou até mesmo valores indenizatórios de danos morais sofridos pelo indivíduo advindo da incompetência dos agentes públicos. Com isso, referindo-se as leis das armas de fogo, percebe-se um absurdo de inconstitucionalidade na lei do Estatuto do Desarmamento, como no caso do delegado de polícia estiver negando o direito de o cidadão adquirir o porte, assim negando de ofício.

Em alguns outros casos, a lei do Estatuto do Desarmamento declara condenada uma pessoa que ainda está respondendo pela ação penal, em que ainda não se fez transitada em julgada, porque se uma pessoa já esta impedida para praticar algum ato, é porque já tem um ônus de impedimento advindo de uma condenação.

Com esse sistema em vigência, para se adquirir ou renovar o Certificado de Registro de Arma de Fogo e o porte, se devem comprovar idoneidade com todas as certidões negativas, mas agora de inquérito policial, esta norma é totalmente ilegal e injusta, pois o inquérito não é peça do processo e não pode ser utilizado como meio de prova, somente se usa como base para se extrair indícios de algum caso ou notícia crime.

Outra norma do Estatuto do Desarmamento que se fez ilegal e incoerente com ralação a Constituição Federal de 1988, foi o inciso I do § 1º do artigo 10 da Lei nº 10.826/03, no qual o Estatuto do Desarmamento já definia ser um ato discricionário e irregular, que causou muita polêmica e muita repercussão em todo o país, foi quando se tratar de um indivíduo querer adquirir o porte de uma determinada arma de fogo de uso portátil para o seu direito de autodefesa, esta se tornou quase impossível pelo ato discricionário do Delegado de Polícia Federal, onde a norma diz que o adquirente do porte deve, “demonstrar a sua efetiva necessidade para o exercício da atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física” (EA, 2003, p. 12). Assim, a lei do Estatuto do Desarmamento, somente concede o porte quando o indivíduo conseguir provar a extrema necessidade de correr muito risco ou de ter sofrido alguma ameaça, em que conseguisse convencer o delegado de polícia para usufruir de tal direito aquisitivo.

Com relação a esse entendimento a jurisprudência é pacífica em conceder o porte ao cidadão em que não apresentou nenhuma causa que por si só, gerasse o entendimento para o Delegado de Polícia Federal ou a Suprema Corte negar a concessão ou a renovação do porte de arma de fogo para o civil:

[TJ-MS - Inteiro Teor. Embargos de Declaração em Apelação Cível ED 19798 MS 2009.019798-4/0001.00 \(TJMS\)](#) Data de publicação: 28/01/2010 Decisão: - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA PEDIDO DE RENOVAÇÃO DE PORTE DE ARMA DE FOGO FORMULADO... condutor entendeu

terem sido violados com a não concessão da renovação do porte de arma de fogo... A - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ACÓRDÃO QUE GARANTIU AO EMBARGADO O DIREITO DE OBTER O PORTE DE ARMA DE FOGO...

[TRF-4 - Inteiro Teor. RECURSO CÍVEL: 50327990520144047200 SC 5032799-05.2014.404.7200](#) Data de publicação: 24/05/2016 chefe do SINARME onde se faz registro de requisição de armas de fogo, porte... INQUIRIDA PELO JUÍZO MONOCRÁTICO. RECURSO PROVIDO IV - ACÓRDÃO Visto, relatado e discutido... a condição médica do servidor, avaliada na data de hoje, há restrição ao Porte de Armas e o servidor deve...

Assim, entende-se que o ato discricionário para a maioria dos casos de concessão e renovação do porte, este é totalmente precário para o regramento das armas de fogo. Todas as normas devem seguir e respeitar a Constituição Federal de 1988, ou simplesmente se revoga a mesma, pois se um direito existe e está descrito em lei, este direito deve ser deferido ao cidadão, em contrário deve ser indeferido por autoridade competente para decidir, que é através do Poder Judiciário, o juiz *a quo*, ou até mesmo o órgão colegiado, não devendo ser decidido pela autoridade policial.

Com isso, compreende-se que o Estatuto do Desarmamento traz uma ideia que tenta dificultar a aquisição do registro e do porte, de tentar pelo confisco das armas de fogo, tentando dissuadir os direitos do cidadão, de um modo totalmente ilegal e incoerente.

Conclusão

O artigo determina que em alguns artigos da Lei nº 10.826 de 2003, atual lei do Estatuto do Desarmamento, foram declarados inconstitucionais, situações de alguns casos que foram denunciados pelo Ministério Público e discutidos em juízo, sendo que posteriormente chegaram aos tribunais da suprema corte, onde

entenderam que seriam ilegais, pois contrariavam a Constituição Federal de 1988.

Diante disso, se definiu que alguns litígios, conseguiram absolvição pelos tribunais superiores, porque estes estavam sendo mal resolvidos na fase preliminar de inquérito policial e sendo denunciados pelo Ministério Público de modo injusto e incorreto, contrários a carta magna. Por isso, para chegar a uma resolução de mérito justa, correta e adequada, com o propósito de se conseguir declarar uma sentença de forma mais justa possível dentro do litígio, é necessário e útil que sejam revogados ou declarados inconstitucionais alguns artigos da lei do Estatuto do Desarmamento.

Mas, existem algumas situações que podem ser ainda melhor para o ordenamento jurídico brasileiro com relação às armas de fogo, que seria revogar a Lei nº 10.826 publicada no ano de 2003, e sancionar a nova proposta do Projeto de Lei nº 3.722 elaborada no ano de 2012.

Por fim, enquanto não se resolve a questão de revogar o Estatuto do Desarmamento e publicar a nova proposta do Projeto de Lei nº 3.722/12, deve-se continuar fazer as correções da atual Lei nº 10.826/03, e trazer como proposta, abolição do poder discricionário do Delegado de Polícia Federal, em ter o livre arbítrio de conceder ou não o porte ao cidadão que não tem condenações criminais pendentes no Poder Judiciário. Também, pelo menos conseguir buscar algumas melhorias mais justas e adequadas no ordenamento vigente das armas de fogo.

O Estatuto do Desarmamento condena antecipadamente o indivíduo, de modo que não pode e nem se quer estar respondendo inquérito policial ou processo no Poder Judiciário, pois as normas jurídicas devem ser elaboradas de modo que não contrariem a atual Constituição Federal de 1988 e não traga os mais desagradáveis prejuízos para o cidadão brasileiro. Por tanto, as correções do atual Estatuto do Desarmamento ajudaria a chegar a uma sentença mais justa possível dentro do Poder Judiciário.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 de abril de 2018.

BRASIL. CÓDIGO PENAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07 de maio de 2018.

BRASIL. CODIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 16 de abril de 2018.

BRASIL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. Lei nº 10.826/03. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/10.826.htm. Acesso em: 07 de maio de 2018.

BRASIL. JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380253317/apelacao-apl-71049720088190021-rio-de-janeiro-duque-de-caxias-3-vara-criminal/inteiro-teor-380253321>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

BRASIL. JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21657677/apelacao-apl-23783620098260511-sp-0002378-3620098260511-tjsp/inteiro-teor-110418976>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

BRASIL. JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569800745/apelacao-crime-acr-70076111780-rs>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

BRASIL. JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8254493/apelacao-criminal-acr-24060141736-es-024060141736-tjes>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

BRASIL. JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4061768/embargos-de-declaracao-em-apelacao-civel-ed-16086/inteiro-teor-12182956?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 de julho de 2018.

BRASIL. JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112548121/apelacaocivelac171933520124049999-rs-0017193-3520124049999/inteiro-teor-112548162>. Acesso em: 10 de julho de 2018.

BRASIL. JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342690310/agravodeinstrumentoai17747920148140076-belem>. Acesso em: 20 de julho de 2018.

BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 3.722/12. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=541857>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Estatuto do Desarmamento**. Comentários á Lei nº 10.826. 4. ed. Saraiva, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. Renovação do Registro de Armas de Fogo, **Migalhas**, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI40623.51045-Renovacao+do+registro+de+armas+de+fogo>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

DUDH. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

GOMES, Kamila Gabriely de Souza; GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. Os limites do poder discricionário. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 157, fev. 2017. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18448&revista_caderno=4. Acesso em: 20 de julho 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

THUMS, Guilherme. **Estatuto do Desarmamento: Fronteiras entre racionalidade e razoabilidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Aspectos jurídicos da reprodução artificial humana *post mortem*¹

*Eduarda Ransolin*²

Introdução

No último século, a medicina desenvolveu inúmeros medicamentos e tratamentos para doenças e males que eram considerados insanáveis. Prova disso foi o surgimento das maneiras de reprodução artificial, as quais possibilitaram que casais pudessem ter filhos, apesar de fatores biológicos que impedissem a geração de uma forma biologicamente natural.

No âmbito dos tratamentos médicos disponíveis para a geração de filhos para casais com dificuldade de engravidar, consolidaram-se as técnicas de reprodução assistida, também chamada de reprodução artificial ou inseminação artificial. As técnicas foram se dividindo entre aquelas que utilizam o material genético exclusivamente do casal, chamada de reprodução humana assistida homóloga; de outro lado, existem as técnicas que utilizam o gameta de terceiro doador, chamada de reprodução humana assistida heteróloga.

¹ Artigo produzido da pesquisa do Trabalho de Conclusão de Curso – TCC/Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo- UPF, Campus Lagoa Vermelha.

² Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF - RS. *E-mail*:

Em pouco tempo, tais técnicas se disseminaram pela sociedade, sem que as legislações tivessem a eficiência e a velocidade para regular seus usos, limites, reflexos e consequências. Como consequência natural da evolução de tais técnicas surgiu à possibilidade e, após, a realidade de gerar filhos através de reprodução artificial assistida homóloga utilizando o material genético crio preservado do genitor já falecido, o que ficou conhecido na doutrina e na legislação como Reprodução Humana Assistida *Post Mortem*.

O trabalho busca, portanto, analisar o conceito e a utilização desta técnica na geração de filhos logo após o falecimento do genitor, englobando o impacto e a complexidade que tal fato ocasiona no mundo legal e jurídico, especialmente na esfera do direito sucessório que, porventura, tal filho póstumo teria na herança de seu procriador pré-morto.

Para tanto, buscou-se mencionar a evolução do procedimento de tal meio de reprodução, história e medicamento. Bem como as espécies de técnicas utilizadas, suas diferenças e complexidades, diferenciando a reprodução artificial homóloga e a reprodução artificial heteróloga, e adentrando nos aspectos da reprodução artificial *post mortem*. Esse novo modelo, na sociedade, tem gerado inúmeros posicionamentos, alguns favoráveis e outros contrários, ainda mais por interferir nas questões éticas e pessoais. Assim, busca analisar também alguns enfoques éticos referentes à geração da vida através de técnicas artificiais e como a doutrina e a legislação vêm tentando disciplinar a questão.

Também, buscou enfatizar a recepção do procedimento pelo conjunto de normas jurídicas. Explicar os princípios constitucionais e supraconstitucionais que decorrem da aplicação da técnica no ordenamento jurídico brasileiro, buscando proteger os interesses da criança, os valores sociais, e a proteção da instituição familiar na forma ampla e complexa que a Constituição Federal veio a proteger.

1 Reprodução artificial humana assistida: aspectos médicos e espécies

Durante toda sua evolução sobre a Terra, a sociedade tem demonstrado instintos básicos, em especial buscando sua sobrevivência, mas também buscando a perpetuação de sua linhagem e da própria espécie humana, em última instância. Nesse aspecto, a busca pela geração de uma prole biológica sempre foi uma ambição natural do indivíduo, no passado primitivo e distante esse instinto/desejo se manifestava de forma inconsciente na busca de parceiros sexuais que pudessem gerar filhos.

Com o decorrer dos anos, a humanidade criou instrumentos culturais jurídicos e sociais que modificaram o conceito e a dinâmica das relações sexuais e da própria noção de família, contudo, o instinto de gerar filhos e gerar uma prole que carregasse os genes e o nome dos antepassados continuou forte no consciente dos humanos.

No passado, a incapacidade de gerar filhos biologicamente, frente ao desejo inescapável dos casais de gerar uma prole, fez com que as civilizações criassem o instituto jurídico-legal da adoção de forma a substituir a necessidade de gerar herdeiros nos casos de casais inférteis. A adoção era a alternativa ao filho gerado biologicamente entre o casal: geralmente era o filho de outro casal, conhecido ou desconhecido pelo casal adotante, que era recebido no seio deste casal, passando a ser reconhecido como filho biológico, ainda que as legislações criassem distinções entre filhos biológicos e adotados, discriminação que perdurou por décadas, citando como paradigma, a legislação brasileira até que fosse abolida pela Constituição Cidadã de 1988.

Durante milênios a adoção era a única alternativa que casais inférteis dispunham para possuir uma prole que carregasse seu nome e herdasse seu patrimônio, contudo, o crescimento da ciência como fonte de conhecimento e subsídio de novas técnicas

médicas veio modificar essa situação que teve início na metade do século passado.

1.1 Evolução das técnicas de reprodução artificial humana assistida: questões éticas e início da personalidade humana

A concepção humana sempre foi realizada pela forma natural, por intermédio de relação sexual entre os genitores. Ocorre que, com o avanço tecnológico e a capacidade humana de criar e inovar nos campos das ciências biológicas, químicas e físicas, que é virtualmente ilimitada, evidenciando-se diariamente no uso de novas descobertas que auxiliam a humanidade em diferentes aspectos, seja na comunicação, alimentação, transporte ou saúde. No último século, na medicina, desenvolveu inúmeros medicamentos e tratamentos para males que eram considerados insanáveis.

Prova disso foi o surgimento das técnicas de reprodução artificial humana assistida, as quais possibilitaram que casais pudessem ter filhos, apesar de possuírem fatores biológicos que impedisse a procriação de forma biologicamente natural: “Somente a partir da década de 70 é que surgem as descobertas decisivas que garantem a possibilidade e evolução das procriações artificiais” (MACHADO, 2012, p. 31).

Em pouco tempo, e com o desenvolvimento das técnicas e dos equipamentos, a inseminação foi se incorporando aos instrumentos médicos usuais de tratamento da infertilidade, de tal maneira que “a partir de 1980 o nascimento de bebês inseminados artificialmente deixou de se constituir em acontecimento raro e passou a fazer parte” (MACHADO, 2012, p. 32).

Essa rapidez na absorção de novas técnicas e instrumentos quase miraculosos, contudo, impacta diretamente na vida cotidiana e nas relações humanas, sem que a Ciência Jurídica consiga acompanhar e normatizar as novas relações que decorrem da

expansão vertiginosa das pesquisas e tratamentos nas Ciências Médicas e Biológicas em Geral.

É fato notório que as mudanças legislativas ocorrem de maneira lenta e gradual, e, na imensa maioria das vezes, apenas após um fato ou acontecimento já estar consolidado e usual na sociedade. Além de muitas vezes o fato se modificar tão rapidamente que a própria previsão legal se torna antiquada e incompleta antes de ser aprovada por todas as etapas da criação legislativa.

No âmbito do Direito de Família essa defasagem legislativa se torna muito evidente, e em alguns casos chocante, quando se recapitula os casos da inserção no sistema de normas brasileiro da possibilidade do pedido de divórcio pelos cônjuges. A geração de seres humanos de um modo artificial e medicamente assistido não é uma exceção quanto à incapacidade da legislação em acompanhar o desenvolvimento científico humano. Durante muito tempo coube a doutrinadores e decisões jurisprudenciais analisar e tentar normatizar as garantias do concepturo, assim chamado àquele que ainda não foi concebido, mas que pode vir a ser concebido e nascido; ao contrário do nascituro, que já foi concebido, mas ainda não nasceu. Esse desenvolvimento de técnicas artificiais tem causado inúmeros questionamentos éticos e morais. Todavia, menciona Janice Bonfiglio Santos Souza (2018, p. 45) a respeito do tema:

Ainda que tenha cessado a discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, ao serem compreendidos no amplo conceito de família, mantêm-se distintas as relações matrimonializadas das não matrimonializadas, e seus respectivos filhos, sem que disso resulte ofensa ao princípio da igualdade, eis que provém de diferentes realidades sociológicas (SOUZA, 2018, p. 45).

A matéria do direito à formação de família é um exemplo básico disso, em casos já não considerados tão raros, como a infertilidade, que versa sobre uma incapacidade para a concepção

que não é definitiva, e a esterilidade, que ao oposto, expõe a incapacidade irreversível para conceber. Vale ressaltar que para ambos, existe tratamento. Guilherme Frederico Hernandez Denz (2018, p.48) explica que “afora as causas biológicas e físicas apontadas, que ensejam eventualmente a infertilidade no homem e na mulher, fatores culturais e econômicos também vêm interferindo na capacidade reprodutiva das pessoas”. Acerca de diversas dificuldades na reprodução de forma natural, cada vez mais são utilizadas as técnicas de reprodução assistida, por se tratar de um meio, uma “válvula de escape” para a questão da infertilidade humana.

Referem-se a uma inovação tecnológica que trabalha na “criação de vidas” e na manipulação dos gametas reprodutivos humanos, os trabalhos de reprodução humana artificial ataçaram debates e controvérsias no tocante à ética e a regulamentação jurídica de seu uso pelos cientistas. Não demorou muito para que um ramo da filosofia se ocupasse de estudar os limites da atuação dos avanços biológicos sobre a vida humana, tal ramo ficou sendo conhecido como Bioética. Conforme relata Ana Cláudia Brandão de Barros Correia (2011, p. 23):

Não se pode deixar de citar o marco inicial da bioética como sendo o Código de Nuremberg, de 1947, elaborado no intuito de não mais permitir que se repetissem as atrocidades praticadas, na época do nazismo, por médicos que realizavam as mais degradantes experiências com seres humanos.

Dentro da bioética busca-se abordar e tentar estabelecer as normas morais que, de forma pluralista e multidisciplinar, apliquem a ética às questões decorrentes da reprodução humana artificial, destacando-se a sua novidade, imprevisibilidade e impacto nos conceitos, até então milenares, de maternidade e paternidade. É a ética aplicada à vida humana biológica, sua saúde física e as interferências médicas que podem ser realizadas nela,

inclusive para melhorar ou modificar sua reprodução. Como diz Maria Helena Machado (2012, p. 28):

A Bioética, utilizando um discurso pluralista em que deverão estar presentes todos os elos da corrente do pensamento humano (a Filosofia, a Teologia, o Direito, a Sociologia, a Psicologia, a Biologia), procura desenvolver e compreender estes princípios norteando sua forma de aplicação e, através deles questionar as relações da conduta humana na área das ciências naturais.

A Bioética vai, portanto, tornando-se uma espécie de “filtro”, pelo qual as inovações das ciências biomédicas passam para ser analisadas em seus amplos aspectos frente ao impacto, positivo ou negativo, que terão sobre a vida humana. Em analogia ao tema ora em estudo, a reprodução assistida *post mortem*, levantando, em geral, pontos como: qual a razoabilidade e a justiça de permitir que alguém já nasça órfão e se existe a probabilidade de causar um prejuízo para a personalidade dessa futura criança.

O biodireito apresenta-se, então, como um ramo do Direito que se ocupa das normas jurídicas positivadas que buscam disciplinar, impor ou coibir condutas médicas-científicas, de forma que a atuação e manipulação no âmbito da pesquisa, terapia/engenharia genética e da medicina reprodutiva não resultem em lesões aos direitos fundamentais humanos, tais como saúde, dignidade, integridade física e intimidade. Com o rápido desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, o biodireito encontra terreno fértil de questões e controvérsias a serem disciplinadas.

Historicamente a vontade de procriar e trazer descendentes ao mundo acompanha a humanidade desde seus primórdios de civilização, representando não apenas a continuidade da prole, mas, na maioria dos casos, se revestia de um aspecto místico-religioso. Obviamente o aspecto religioso misturava-se ao pavor dos povos antigos temendo que a esterilidade do casal resultasse no desaparecimento da sua linhagem. Assim, a crença no culto aos

familiares mortos exigia que os descendentes tivessem filhos para perpetuar o culto e as oferendas aos antepassados já falecidos. Nesse sentido:

Este conceito constituiu o princípio fundamental do direito doméstico entre os antigos. Daí derivou a regra de que cada família deveria se perpetuar para todo o sempre. Os mortos precisavam que a sua descendência não se extinguisse. No túmulo, onde viviam só isso os inquietava (COULANGES, 2004, p. 72).

Tendo o casamento, portanto, a finalidade principal de perpetuar a família, uma eventual esterilidade era causa de degradação familiar e rompimento dos laços matrimoniais. Não surpreende que o divórcio nos casos de esterilidade da mulher fosse considerado mais que um direito, mas uma obrigação entre tais povos antigos erigidos em uma cultura extremamente patriarcal. Cita-se, como exemplo, conforme Fustel de Coulanges (2004, p. 73):

O divórcio de Carvilius Ruga, conforme registrado nos antigos anais romanos: “Carvilius Ruga, homem de família importante, separou-se da mulher pelo divórcio porque dela não podia ter filhos. Amava-a e só tinha a louvar a conduta. Mas sacrificou o amor à religião porque jurara (na fórmula do casamento) tomá-la por esposa a fim de ter filhos.

No decorrer dos séculos a situação não demonstrava mudanças: até o término do século XV a inviabilidade de procriar do casal era: “Sempre associado à infertilidade na mulher; não se admitia, sequer era cogitado, que pudesse ocorrer a esterilidade masculina” (MACHADO, 2012, p. 69). É semelhante aos casos do passado, de forma mais branda, mas ainda assim traumática, a esterilidade provocava desagregação familiar e sentimento de culpa entre os casais. Conforme a medicina evoluía e com o avanço das descobertas no campo da genética, foi-se abrindo espaço para

novos estudos e a terapêutica científica das causas e tratamento e alternativas para o obstáculo que é a esterilidade. Cada vez mais se busca soluções para esses problemas, que repercutem na sociedade como um todo, além de afetar diretamente o psicológico das pessoas portadoras de tal restrição.

Parte da reunião de ideias doutrinárias, por exemplo, ao falar da Reprodução Assistida Homóloga *Post Mortem*, defende o pensamento de que o filho nasce já dentro de uma família que leva em conta apenas uma linha, por ser reproduzido após a morte do genitor, sendo considerado um filho órfão. Nesse sentido, portanto, a circunstância de que o filho gerado através da mencionada técnica, já nasce sem a figura paterna, o que para alguns doutrinadores seria uma lacuna na estrutura familiar, e acarretaria ao filho, graves problemas psicológicos.

No entanto, para outra parte, leva em consideração, que a genitora pode ter ao seu lado uma base familiar sólida, capaz de dar o apoio necessário e suprir a falta da figura paterna, ressaltando ainda o fato de que, por ter condições de aderir a tal técnica, presume-se que a família viva em uma boa condição financeira. Sobre a técnica de reprodução, Eduardo Oliveira Leite (2003, p. 97) menciona que: “uma vida originada posterior ao falecimento dos pais biológicos, através de sêmen congelado, a situação torna-se anômala, pois o plano do estabelecimento da filiação no do direito das sucessões”. Nessa linha de pensamento, a viúva estaria agindo de forma egoísta, para de certa forma, compensar a perda do marido.

1.2 reprodução artificial humana heteróloga

O assunto, diz respeito a um dos meios de reprodução assistida pelo qual acontece a doação de material biológico por uma terceira pessoa desconhecida ou também, a doação de embrião por um casal anônimo. Em razão de ser terceira pessoa estranha ao casal que irá reproduzir, Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 97),

entende que a inseminação artificial heteróloga deve ter como princípio reitor e inquestionável que a receptora não deve conhecer a identidade do doador do sêmen e óvulo e vice-versa.

Alessandro Brandão Marques (2017, p. 3) refere que “esta medida visa garantir uma completa inserção da criança na família, evitando possíveis perturbações psicológicas”. A Fertilização *in vitro* heteróloga, acontece em casos, quando há a infertilidade do esposo e também nos casos de infertilidade da esposa, ou incompatibilidade do sangue provocada pelo fator Rh, e a inseminação é realizada com o sêmen de outro que não ele, ou seja, a inseminação artificial será heteróloga quando o espermatozoide ou o óvulo utilizado vier de um doador estranho ao casal: é denominada doação de gametas, quando uma terceira pessoa faz a doação.

Desse modo, não se pode confundir a figura do doador dentro da questão familiar, devendo se fazer uma distinção, considerando que o doador aparece nesse meio apenas como um depositário do material, não tendo o intuito de criar laços afetivos, nem mesmo constituir uma família, o que se justifica por essa doação acontecer de uma forma totalmente anônima.

A inseminação heteróloga pressupõe, então, a doação de gametas, por um terceiro, estranho a relação familiar. Essa prática adotada deve obedecer a três requisitos essenciais: Lícitude, Gratuidade e Anonimato de doador e receptor. A Gratuidade e a Lícitude devem estar entrelaçadas, considerando que para a conduta ser considerada lícita, não é possível que se obtenha lucro em cima da doação, nem que a conduta tenha algum intuito comercial. Nesse sentido, Deborah Ciocci Alvarez de Oliveira e Edson Borges Júnior (200, p. 33) explicam:

[...] a venda de gametas geraria um comércio imoral, calcado na dor das pessoas que não podem ter filhos e certamente representaria outro obstáculo ao tratamento que, pela complexidade das técnicas normalmente, normalmente apresenta altos custos.

Assim, conforme observado, a venda de gametas geraria um comércio imoral, baseado na dor das pessoas que não podem ter filhos, representando empecilhos nos tratamentos.

1.3 reprodução artificial humana homóloga

A Reprodução Artificial Humana Homóloga, segundo Deborah Ciocci Alvarez de Oliveira e Edson Borges Júnior (2000, p. 34):

É a técnica indicada em casos de fertilidade deficiente, ou seja, esterilidade causada após um tratamento esterilizante ou até mesmo por transtornos nas relações sexuais, onde o material a ser coletado será o do homem e depositado através de uma inseminação intravaginal, na cavidade do útero da mulher [...].

Aqui, é possível visualizar que está diante de uma coleta de material do homem, o qual faz parte da relação, seja por prevenção para que possa vir a reproduzir, seja através de uma esterilidade causada por diversos fatores, e não de uma terceira pessoa estranha à relação, como nos casos de Reprodução Artificial Humana Heteróloga. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos (2018, p. 258), refere que:

As células germinais a serem empregadas serão aquelas pertencentes ao marido da própria paciente. No caso da mulher, esta será submetida, antes do início do tratamento de fecundação *In Vitro*, a um tratamento hormonal, para se obter uma superovulação.

Por vários motivos, a fertilização *in vitro* homóloga, se dá quando o sêmen é do esposo, e este cede para que, através de técnicas cirúrgicas, da medicina atual, seja implantado no ovário da mulher, entrando em contato com os óvulos, seja possível que se gere o embrião, para então, desenvolver-se dentro do período normal, de nove meses.

Essa espécie de inseminação geralmente acontece nos casos em que o homem tem problemas em fecundar a mulher, o que pode ser por pouca quantidade de espermatozoides, os quais não avançam ao encontro dos óvulos, ou também por alguns problemas apresentados pela mulher, sendo nessa situação, necessário que haja uma intervenção cirúrgica.

Nesse método, utiliza-se o material genético do próprio casal, como já abordado, em situações nas quais é impossível a fecundação pelo meio normal, que é o ato sexual. É necessário que seja utilizado material genético do marido, ou parceiro, com quem a mulher tenha um vínculo afetivo, por adentrar nesses casos, a questão da paternidade presumida, que será destinada ao cônjuge ou companheiro.

Para a doutrina majoritária, não se discute a responsabilidade do cônjuge ou companheiro doador do material genético, sendo, inclusive, desnecessário que haja aquiescência expressa para efetuar-se o procedimento de reprodução, no diz respeito à presunção de paternidade, quando realizado na constância da união, por presumir que por ter realizado o procedimento de mantimento do material, o cônjuge/companheiro, desejava mais tarde que esse procedimento fosse realizado.

Em situações como essa, onde na constância da união é realizado o procedimento, não existem grandes divergências e discussões no que concerne à filiação, ou direitos do nascituro gerado pelo método de inseminação artificial homóloga. No entanto, surgem grandes polêmicas quando o procedimento se realiza com o aproveitamento do material do marido já falecido, principalmente, quando em vida, não foi realizada a implantação, e o esposo/companheiro não deixou autorização expressa para o procedimento acontecer, por incorporarem esse procedimento o direito à presunção da paternidade, e ainda, o direito a suceder do nascituro.

O ordenamento jurídico, no que diz respeito à inseminação artificial homóloga, não vem acompanhando os progressos tecnológicos e médicos/científicos, tampouco regulamentam essas questões, fazendo gerar inúmeras polêmicas em referência ao assunto. Maria Helena Diniz (2018, p. 385) menciona que: “diante dessa polêmica, o atual Código Civil, para solucioná-la, passou a produzir ideado no casamento filho vindo de inseminação homóloga”. Conforme o entendimento da autora, o Código Civil, regulamenta que para solucionar a polêmica, a concepção na constância do casamento de filho oriundo de inseminação artificial mesmo que o esposo já tenha falecido, só seria possível com a anuência escrita, por meio de um instrumento público ou testamento.

2 Reprodução artificial humana *post mortem*

Ao falar da reprodução artificial humana *Post Mortem*, é necessário e indispensável atribuí-la aos princípios constitucionais aplicáveis, por tratar-se de um tema novo mencionado nos códigos brasileiros e ser superficialmente abordado. Os princípios são o baldrame para todas as questões jurídicas que não tem regulamentação específica, e que em seu contexto ainda não encontram todas as respostas para os questionamentos existentes acerca do assunto.

2.1 Princípios aplicáveis à reprodução artificial post mortem

Faz-se necessário buscar uma complementariedade no assunto, através de princípios que devem servir como um fundamento para todas as questões jurídicas ainda não regulamentadas.

2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Amparado pelo Código Civil e pela Constituição Federal, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem como função

primordial, garantir os direitos fundamentais da Constituição Federal. Trata-se de membro fundamental de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, Daniel Veríssimo de Lima Júnior (2018, p. 9), diz que:

Nesse contexto, pode-se asseverar que há forte união entre a apreciação de dignidade da pessoa humana e outros princípios e direitos fundamentais. De alguma forma, este princípio dá sustentação às diretrizes estabelecidas na Constituição Federal para todo o ordenamento.

Sob esse aspecto, o princípio da dignidade da pessoa humana, serve como base aos demais princípios. No âmbito do direito de família e sucessório, tem enorme influência, destacando-se em casos da reprodução humana assistida após a morte, por motivo de no ordenamento jurídico brasileiro, ainda, embora tenha acontecido o avanço com o novo código civil brasileiro, não regulamentar determinado questões polêmicas.

Referente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Gerson Faustino Rosa e Lucidalva Maiostre (2018, p. 11), tratam do assunto: “O preceito da dignidade da pessoa humana abarca em seu bojo os direitos fundamentais, os individuais clássicos e os de fundo econômico e social”. Portanto, esse princípio visa assegurar os direitos fundamentais das pessoas, contudo, também visa, além de direitos, limitações no que concerne aos avanços tecnológicos e científicos, fazendo com que sirva como fundamento, sem deixar que a dignidade da pessoa humana seja ferida de algum modo.

2.1.2. Princípio da autonomia da vontade

A autonomia da vontade traz a liberdade de posicionamento frente às diversas relações de interesse pessoal. Ao explicar esse princípio, cabe relatar: “A Autonomia da Vontade, um dos princípios fundamentais do sistema jurídico” (QUEIROZ, 2015, p. 170). Significa dizer que, nesse pensamento, o Princípio da

Autonomia da Vontade, deixa livre o indivíduo para determinar como vai agir como quer agir, do modo que bem entender. Sua relação ao direito de família é ampla, pois abrange que o método para reprodução utilizado será de livre escolha do indivíduo, com a viabilidade de criação e extinção de relações jurídicas.

Ao mesmo tempo em que esse princípio traz liberdades naturais de escolha às pessoas, traz limitações, estabelecidas pelo próprio ordenamento jurídico. Trata-se da facultatividade de usar ou não da própria vontade, tornando possível que seja um ato humano transformado em jurídico. Emmanuel Kant (2018, p. 8), define o Princípio como:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei involuntariamente de como consistir em constituídos os objetos do querer. O princípio é, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal.

Portanto, a autonomia da vontade consiste em o indivíduo deliberar livremente acerca de seus objetivos, escolhas, vontades, assegurado pela Constituição Federal, sendo possível inclusive, utilizar-se desse princípio como norte, nas questões de reprodução assistida.

2.1.3 Princípio da liberdade do planejamento familiar

A sociedade moderna brasileira, nos últimos tempos, desenvolveu diversos avanços, está em constante evolução e foi alvo de uma mudança enorme nas estruturas familiares. Neste entendimento:

A queda genérica da fecundidade facilitou a mudança de paradigma do planejamento familiar que envolvia, basicamente, o controle de natalidade, para uma abordagem inclusiva que incorpora saúde e os direitos sexuais e reprodutivos. (QUEIROZ, 2015, p.12).

Portanto, à medida que a humanidade vem evoluindo, e modificando seu modelo de constituição de família, o princípio do livre planejamento vem dando o amparo necessário para tais modificações, servindo como base para o direito de escolher como, quando e de que forma tiver filhos da forma como cada um bem entender. Sobre a Dignidade da Pessoa Humana, Míria Soares e Majoriê de Souza Pereira (2018, p. 15) referem que:

À luz de tais considerações, verifica-se que o planejamento familiar encontra limitações na dignidade da pessoa humana, na paternidade responsável e no melhor interesse da criança, implicando uma análise prévia quando se tratar dos métodos de reprodução assistida, para que esses direitos possam ser realmente efetivados.

Dessa forma, o livre planejamento familiar reflete na livre escolha de ter ou não filhos, a quantidade e o tempo em que se pretende ter. É uma liberdade no momento da constituição de uma família, contudo, devem-se levar em conta os demais princípios, como exemplo, o da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança entre outras garantias constitucionais, a exemplo de que toda a regra possui limites e exceções.

2.1.4 Princípio da igualdade entre os filhos

Trata-se de um princípio assegurado por meio da Constituição Federal de 1988 ao passo que visa garantir aos filhos igual tratamento, direitos e qualificações. Portanto, não se pode diferenciar um filho concebido de forma artificial, nem mesmo admitir que a constituição limite os seus direitos, com base nesse princípio. Para tanto, parte da doutrina que defende o direito a suceder do concebido por meio de tais técnicas, mesmo após a morte do genitor, acredita que, por ser admitida a presunção de filiação nesses casos pelo direito de família, conseqüentemente, por

intermédio do princípio da igualdade, sendo filho, logo, deverá receber também tratamentos iguais quanto ao direito a suceder.

Nesta linha de pensamento, imaginando que um casal já possua um filho e programou seu segundo, porém, tiveram que recorrer aos meios artificiais por certas dificuldades de tê-lo através do meio natural, e nesse caso, ambos tendo autorizado de forma expressa o procedimento, o marido vem a falecer, anterior ao procedimento. Pressupondo, nesse caso, que a mulher desejou prosseguir com o desejo do casal.

À luz do Princípio da Igualdade não seria correto somente o primogênito receber a herança, pois o concepturo, por ser reconhecido como filho, também deve ter garantidos seus direitos à sucessão. Neste sentido, Míria Soares e Majoriê de Souza Pereira (2018, p. 16) mencionam que: “Desta forma, não há mais que distinguir os filhos em legítimos, ilegítimos, naturais, adotados, ou qualquer outra denominação que seja dada”. Ao defender que esse princípio seja aplicado aos embriões, Gabriela Bresciani Rigo (2018, p. 6), dispõe, com fundamento na Declaração de Direitos Humanos:

Para muitos autores, o princípio da igualdade estende-se a todos os seres humanos, aos já nascidos, ou aos apenas concebidos [...]. Uma explanação literal do art. 1º da Declaração dos Direitos Humanos pode ensejar dúvida quanto aos seres humanos já concebidos, mas ainda não nascidos.

Portanto, esse princípio visa garantir que não sejam postas diferenças no âmbito familiar, no que diz respeito aos filhos, mesmo que sejam naturais, ou concebidos por técnicas artificiais, todos devem ser considerados iguais e receber igual tratamento jurídico.

3.2. O filho concebido post mortem e seu direito sucessório à luz do código civil

Diante das doutrinas e questões discutidas é inequívoca a necessidade de uma normatização legislativa da totalidade dos

aspectos que envolvem a reprodução humana assistida *post mortem*, não apenas no que concerne às técnicas e peculiaridades dos procedimentos da geração da vida, mas, principalmente, quanto aos desdobramentos dessa nova vida gerada após a morte do doador no mundo jurídico e seus reflexos nos demais membros da família e da sociedade. Em referência às inovações técnicas de inseminação artificial, compreende-se que:

As inovações possibilitam a ocorrência material de filiação biológica após a morte do autor da sucessão, de modo que o homem ou a mulher que houver conservado material genético proporciona que terceiro especialmente o cônjuge ou companheiro, utilize o ainda após sua morte (FILHO, 2018, p. 258).

Nas últimas décadas assistimos à chegada de mudanças evidentes e críticas que vem acontecendo na sociedade, no que condiz às relações familiares, e o ordenamento jurídico pátrio buscou, ainda que de forma tímida, contemplar e regular tal novidade. Assim, na esteira da constitucionalização dos direitos, influenciado fortemente pela Constituição, o Código buscou abolir os conceitos antigos e discriminatórios do Código de 1916 referentes à família, filiação, sucessão, entre outros, trazendo para a regulação jurídica modelos de família e filiação que há muito já se faziam presente na sociedade, mas que careciam de normas jurídicas que os abrangessem.

O Direito Civil, portanto, baseado na Constituição Federal, acolheu e protegeu a união estável como entidade familiar tal como o casamento, inclusive com previsão sucessória dos companheiros; estabeleceu o exercício do poder familiar como obrigação de ambos os genitores; eliminou a distinção entre os filhos quanto à sua origem, entre outras inovações.

Assim que, em relação às questões de filiação e direitos sucessórios, o Código Civil buscou dar alguns passos em direção a regulação do concebido por inseminação *post mortem*, contudo sem muito sucesso. Realmente, este não regulamenta, de forma

clara, o direito ao suceder do concebido *post mortem*. É necessário reconhecer, contudo, que o Código Civil de 2002 foi relativamente exitoso no plano da determinação da filiação decorrente da inseminação *post mortem*, ao discipliná-la no artigo 1597, incisos III, IV e V c/c 1596, tanto quanto ao nascido da inseminação assistida *post mortem* homólogo, quanto ao concebido através da inseminação assistida *post mortem* heteróloga.

A primeira decorrência lógica que deflui da simples leitura de tais artigos da lei é que, para o filho gerado através de inseminação artificial *post mortem* ser reconhecido como concebido ao longo do casamento é necessário que seja por fecundação artificial homóloga. Dessa forma, o eventual filho deverá ser gerado pelo cônjuge sobrevivente com o uso do sêmen doado pelo seu próprio falecido esposo/companheiro, não se admitindo no caso de o doador ser terceiro estranho à relação conjugal.

Da mesma forma, especialmente em relação ao inciso IV do artigo 1.597, fica estabelecido que seja respeitado como nascido na vigência do casamento o filho concebido, a qualquer tempo, através do uso de embriões excedentários derivados de concepção artificial homóloga, ou seja, o embrião a ser implantado para gerar o novo filho deverá ser resultado da inseminação entre óvulo e espermatozoide pertencentes ao casal/companheiros, não se admitindo, neste caso, óvulo ou espermatozoide doado por terceiro.

A utilização e implantação de tais embriões para levar a frente uma gravidez poderá ser realizada após a morte do esposo/companheiro. Por definição a sucessão *causa mortis* constitui na transferência total ou parcial dos bens, direitos, patrimônio e obrigações do falecido aos herdeiros, passando estes a responder em nome daquele, cabendo aos herdeiros, “ao final, o saldo resultante da subtração do ativo e do passivo que conservar-se após o evento morte do autor da herança” (RIZZARDO, 2011, p. 11).

A lei civil, tratando da legitimidade a suceder, no artigo 1.798, dispõe que: “legitimam-se a suceder as pessoas que nasceram ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”,

por meio disso, subentende-se que, exclui o nascido por meio de inseminação artificial depois da morte do autor da herança, quando inexistente prévia concepção, à participação na sucessão.

Nesse sentido, a lei civil em seu artigo 1.597, presume o emprego das técnicas de Reprodução Assistida, reconhecendo a reprodução artificial *post mortem* e heteróloga, traz à tona novas hipóteses de filiação, no entanto, não traz respostas para alguns questionamentos com maior complexidade. Assim, foram grandes os avanços do Código Civil por, ao menos, abordar o conteúdo do biodireito em seu texto, todavia, há um longo caminho a ser percorridos e muitas questões a serem aprofundadas nesse âmbito, como, por exemplo, o tempo de conservação, e o destino de tais embriões excedentes. Como menciona Rolf Madaleno (2013, p. 44):

Realmente, a abordagem acerca da reprodução assistida no Código Civil é superficial, só sendo referida por decorrência da filiação conjugal presumida, e a normatização da matéria deve ser estabelecida por leis, por que são devotadas e eficazes as mudanças nessa seara de infindas desvendadas no campo da engenharia genética [...].

Rolf Madaleno defende que há a necessidade de que possa existir uma lei específica para regulamentar o assunto, considerando que, ao passo que a medicina vem avançando, a legislação poderá acompanhá-la, regulamentando tais questões e tornando possível dessa forma, haver maior amparo nas questões de reprodução assistida, por ter como função principal do Código Civil bem como a de qualquer outro código ser a estabilidade das leis.

3.3 Direito sucessório do filho concebido post mortem à luz da constituição federal

A Constituição Federal de 1988 é lei maior e fundamental dentro de um Estado, consagrada, inclusive, na pirâmide de Hans Kelsen a supremacia da norma constitucional. É a base, portanto,

do ordenamento jurídico brasileiro, e por intermédio de seus princípios constitucionais, deve ser observada toda a vez que um fato novo, ainda não previsto em lei, surgir.

O instituto sofreu grandes mudanças ao decorrer dos anos, visto que, um de seus maiores avanços foi à evolução médica e biológica, a qual deu início ao biodireito, o qual, é um novo ramo do Direito. Dentro disso, as tecnologias de reprodução merecem grande destaque, visto que, trazem grande problemática ao direito de família e sucessões, quando realizadas após a morte do doador, por adentrarem na questão da paternidade e direito ao suceder do filho reproduzido através de tal técnica. Referente ao direito de suceder, Carolina Eloá Stumpf Reis (2018, p. 18) diz que:

Essa realidade ainda não encontra amparo legal satisfatório no nosso ordenamento jurídico, contudo, vem se tornando uma prática cada vez mais recorrente. Faz-se mister, então, pautar essas técnicas através de princípios e deveres éticos presentes na Constituição, dentre os quais destaca-se a dignidade da pessoa humana.

Nesta vertente, depreende-se que os princípios constitucionais, sendo fonte do direito, servem para amparar a resolução de tais conflitos, estruturando normas vinculantes, são aptos a orientar as decisões acerca do assunto, diante da inexistência de legislação específica sobre o tema.

Dessa forma, o referido princípio constitui-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o qual visa buscar igual proteção à dignidade, pelo simples fato de serem pessoas humanas. Portanto, deve ser observado em questões como a reprodução humana assistida a fim de evitar um afronta aos direitos humanos e proteções constitucionais. Referente ao princípio da dignidade da pessoa humana, Maria Berenice Dias (2013, p. 65) afirma que “cuida-se, do princípio mais soberano de todos, do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia

privada, igualdade, cidadania e solidariedade, pois representa o epicentro axiológico da ordem constitucional”.

Esse princípio é assegurado a todos, desde o momento do nascimento, até a sua morte, trata-se de um direito que coloca o ser humano em uma ideia maior de segurança jurídica. A ideia de Dignidade da Pessoa Humana faz surgir o exercício do planejamento familiar, o direito de fundar uma família, de modo que cabe ao Estado dispor de recursos para que esse direito possa ser exercido. Esse direito de planejamento familiar, está estabelecido na Lei nº 9.263/96, na qual prevê que sejam oferecidos todos os métodos e técnicas necessários e também cientificamente aceitos por parte do estado, desde que não coloquem em risco a saúde e a vida das pessoas. Também, sobre a dignidade da pessoa humana, Lourival Serejo (2004, p. 145) refere que:

O destaque, como um dos fins do Estado Democrático de Direito, reflete a ideia de reverência aos direitos fundamentais do cidadão, não só em referência ao Estado, mas, além disso, em suas relações pessoais, como o direito de ser reconhecido como uma pessoa humana.

O filho por ser gerado através de técnica de reprodução artificial, não significa que é mais ou menos do que qualquer outro, portanto, deve prevalecer o Princípio da Dignidade, a fim de proporcionar ao nascituro igualdade, no tocante aos direitos básicos para garantia de sua sobrevivência, em defesa de que também é um indivíduo que possui direitos.

A Constituição traz em seu texto, princípios básicos, os quais são decorrentes da Dignidade da Pessoa Humana, portanto, à Luz da Constituição, na reprodução, no que diz respeito aos aspectos jurídicos e sucessórios. Dessa maneira, toda e qualquer decisão deve ser proferida, fazendo-se valer desses princípios, por não ser regulamentada de uma forma específica, e por ser justamente essa a função dos princípios, dar suporte às decisões judiciais. Portanto,

visa assegurar a proteção da criança gerada através dessa técnica, utilizando-se da interpretação de princípios constitucionais, que priorizam garantir os direitos básicos e fundamentais, para que o filho seja protegido juridicamente.

Conclusão

Vive-se em um mundo de constante evolução, e se tratando do conceito família, pode-se afirmar que muitas mudanças ocorreram no passar dos anos, onde o conceito tradicional de família foi substituído por outro modelo moderno, no qual prevalece a liberdade de escolha de cada indivíduo ao formar seu modelo de família. No entanto, nem sempre depende da vontade e da escolha do indivíduo, ressaltando então, os casos em que o desejo de ter filho de forma natural não acontece por questões alheias à vontade dos pais, restando desse modo, optarem por alternativas, como exemplo, a concepção artificial.

Diante disso, algo que antes ninguém se quer imaginou que pudesse existir, passou a ser algo que acontece de forma frequente em nosso meio social, a exemplo da reprodução humana *post mortem*, que trouxe muitos problemas jurídicos que tem ampla relação com o direito de família e sucessões.

No presente trabalho, constatou-se que, embora o ordenamento jurídico brasileiro trate do assunto da reprodução humana assistida, regula apenas a questão de filiação, deixando de tratar especificamente a questão sucessória do filho gerado após a morte do genitor. Faz se necessário o estudo desse tema, por ter enorme influência na vida das pessoas, também para dar maior facilidade aos legisladores, por inexistir ainda, uma regulamentação específica acerca do assunto, uma legislação que acompanhe os avanços médicos e tecnológicos, e assegure ao nascido por meio dessa técnica as garantias constitucionais, destacando-se a dignidade da pessoa humana.

No entanto, em todas as fases desse trabalho, constatou-se a necessidade da regulamentação do assunto. Muitos projetos de lei que estão em andamento, não deram a especificidade da qual a matéria precisava ao ser tratada, deixando muitas lacunas e muitos questionamentos, como exemplo, a necessidade ou não de um consentimento expresso do depositário do material genético.

Buscou-se então, por meio do presente trabalho mostrar que diante do mundo moderno em que se vive, as evoluções e mudanças ocorrem de forma tão frequente que o ordenamento jurídico deixa a desejar no que diz respeito a acompanhar e regulamentar todos os novos questionamentos que vem surgindo, buscando-se analisar as possibilidades, restrições e dificuldades que o concebido por intermédio de tal artifício possui, bem como, como o sistema jurídico brasileiro vem amparando-se na doutrina para decisão dessas questões.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2018.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga (La CitéAntique)**. Tradução de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.
- CORREIA, Ana Cláudia Brandão de Barros. **Reprodução humana assistida e suas consequências**. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2011.
- DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. **Fertilização, causas biológicas**. Disponível em: <<http://livroso1.livrosgratis.com.br/cpo47779.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA JÚNIOR, Daniel Veríssimo de. **Princípios e o direito**. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cjo41943.pdf>> Acesso em: 05 mai. 2018.

_____. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARQUES, Alessandro Brandão. Questões polêmicas derivadas da concessão de gametas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4267>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JÚNIOR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar?**São Paulo: Gaia, 2000.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Reprodução assistida**. Curitiba: Editora da UFPR, 2015.

REIS, Eloá Stumpf. **Biodireito**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reproducao_assistida_homologa_post_mortem_aspectos_eticos_e_legais.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.

RIGO, Gabriela Bresciani. O status de filho concebido após a morte perante o direito sucessório. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 08 jul. 2009. Disponível em: <www.investidura.com.br/bibliobras/monografias/>. Acesso em: 15 mai. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2004.

SOARES, Míria; PEREIRA, Majorie de Souza. **Patriarca**. Disponível em: <http://imepac.edu.br/oPatriarca/v4trabalhos/ARTIGO04MIRIA.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2018.

SOUZA, Janice Bonfiglio Santos. **A Reprodução Humana Assistida frente ao Direito de Família e Sucessão**. Monografia (Bacharel em Direito no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=os_leitura&artigo_id=9192&revista_caderno=9#_ftn28. Acesso em: 22 mai. 2018.

A possibilidade da concessão de auxílio-doença parental em caso de risco social

Adriana Minozzo Fich de Almeida¹
Edimara Sachet Risso²

Introdução

Dentre os direitos fundamentais, há os que dependam de prestações positivas por parte do Estado para sua concretização. Um deles é o direito da seguridade social, previsto nos artigos 6º e disciplinado nos artigos 194 a 204 da Constituição Federal de 1988.

Os benefícios por incapacidade configuram um direito fundamental social, sendo que esta proteção é estendida ao cidadão que tem a sua capacidade laboral reduzida ficando assim privado de seu trabalho e de garantir seu sustento bem como o de toda sua família.

Assim sendo, este trabalho visa a aprofundar a questão do uso dos costumes, da analogia e dos princípios gerais do direito de forma a sanar uma lacuna no atual ordenamento jurídico, no que tange aos riscos abrangidos pela Previdência Social.

A possibilidade de concessão do auxílio-doença parental é defendida a partir do princípio da proteção e da dignidade da criança que está acometida de uma grave doença e não deve ser

¹ debascontabilidade@hotmail.com

² edimara@upf.br

privada do convívio familiar durante seu tratamento. Ao mesmo tempo, investiga-se a possibilidade de o segurado, ao ausentar-se da atividade laboral para acompanhamento do filho, poder ser privado de sua fonte de renda.

Para tanto, parte-se de um conceito de risco social e dos reflexos destes dentro de um grupo familiar decorrente do fato de um segurado, tutor legal de uma criança de até 12 anos de idade, portadora uma grave doença.

O auxílio-doença é um benefício concedido pela Previdência Social, em virtude de incapacidade de caráter temporário, demodo que este poderá ser renovado ou restabelecido todas as vezes que o segurado não estiver em condições para realizar uma atividade que garanta o seu sustento.

A partir daí, é analisada a possibilidade da concessão de auxílio-doença parental nos casos em que o segurado necessita se afastar do trabalho, de modo que estará incapacitado a realizar suas atividades, porém não por uma doença própria, mas para estar presente no tratamento de doença de seu dependente e ainda, baseia-se no abalo que esse segurado sofre com a notícia de que seu dependente está acometido de grave doença. Associado a isso, ao se afastar do trabalho, o segurado terá abdicado de sua renda, ficando desamparado financeiramente em um período que devido ao tratamento da doença de seu dependente, a renda é indispensável, não apenas para a subsistência.

1 Seguridade social e proteção social

A preocupação com o sustento existe desde o início da civilização. Com o passar do tempo, devido ao fato de ainda não existir proteção do Estado porém, existindo certa cautela e preocupação com os doentes e idosos, cabia as famílias esse cuidado de forma a manter o sustento destes, sendo que para isso era necessário que os mais jovens trabalhassem resultando assim na primeira manifestação de proteção social.

Assim de acordo com Castro e Lazzari “o ser humano, desde os primórdios da civilização tem vivido em sociedade [...]”(2017, p.3) e desta forma começa-se formar uma ideia de proteção social.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 surge o que se chama de Seguridade Social no Brasil. A preocupação com o assistencialismo para com as pessoas sempre foi uma das preocupações do Estado, porém esta, não estava organizada da forma que se tem hoje.

Nos dias atuais somam-se as iniciativas privadas e públicas com um objetivo comum que é assegurar a população o direito à assistência social, a saúde e a Previdência Social, conforme disposto no art. 6º da Constituição Federal.

A Previdência Social é a responsável por amparar os indivíduos que de forma facultativa ou obrigatória contribuíram para se valer de tal amparo por meio da prestação dos benefícios aos seus beneficiários, que são os segurados ou os seus dependentes.

Os destinatários da Previdência Social podem ser chamados de beneficiários, ou seja, todo aquele que se torna vinculado à Previdência faz parte dos que estão protegidos pelo sistema, de forma que compõem uma parte da sociedade que se denominam segurados e dependentes. Partindo desta premissa, faz-se necessário diferenciar quem são os segurados e quem são os dependentes da Previdência Social.

Para definir quem são os segurados deve-se ter em mente algumas questões relevantes, como o fato de que o segurado não é apenas aquele que exerce uma atividade remunerada, também não é apenas aquele que recebe um benefício. Desta forma, pode-se dizer que segurado é todo aquele que de maneira obrigatória ou facultativa contribui de modo a ter o seu direito resguardado de usufruir de um benefício previdenciário.

Assim sendo, segurados da Previdência Social as pessoas físicas que exercem ou não atividade remunerada, com ou sem vínculo empregatício, que estão ou não estão na ativa, tendo em

vista que os aposentados também podem continuar contribuindo, assim como os estudantes, por exemplo, que mesmo sem ter uma atividade remunerada pode pagar suas contribuições, vindo assim a adquirir a qualidade de segurado da Previdência Social (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 152).

Dessa forma, é estabelecida uma divisão dos segurados em segurados obrigatórios e segurados facultativos, sendo esta estabelecida pela Lei n.8.212/91 uma diferenciação de modo a nos deixar claro quem se enquadra nestas qualidades.

Um dos princípios da Previdência Social é o princípio da filiação obrigatória, de modo que aquele que exerce uma atividade remunerada automaticamente está filiado a um regime previdenciário. O Regime da Previdência Social (RGPS) é o que abrange os trabalhadores da iniciativa privada, excluídos, portanto, os servidores públicos efetivos.

Não é facultado ao indivíduo optar se deseja ou não contribuir para o RGPS. A Lei n. 8.212/91, em seu art. 12, estabelece um rol daqueles que automaticamente ao exercerem uma atividade encontram-se filiados e, portanto, sendo segurados do regime previdenciário.

Por sua vez, o art. 16 da Lei n. 8.213/91 refere quais são os beneficiários na condição de dependentes. Pela previsão, dependentes são aqueles que mesmo não sendo contribuintes da Previdência Social, devido ao vínculo que possuem com o segurado (contribuinte da Previdência) tornam-se dependentes diretos dos direitos do segurado.

De conformidade com o art. 16 da Lei n. 8.213/91 os dependentes são divididos em três classes:

- a) 1ª classe: dependentes presumidos: 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 que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

- b) 2ª classe e 3ª classe: dependentes comprovados: pais, o irmão não emancipado, menor de vinte e um anos, bem como o irmão inválido de qualquer idade. Esta classe precisa sempre comprovar a dependência em relação ao segurado.

Filiação é o elo entre os segurados e o INSS, que se origina, por exemplo, no caso dos segurados obrigatórios, do exercício de atividade remunerada. Em relação ao segurado facultativo, em decorrência da faculdade de filiar-se ou não perante a Previdência Social, a filiação só se dará a partir da sua primeira contribuição.

Já a inscrição efetiva-se quando o segurado ou o dependente se cadastra junto ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS). Para a efetivação da inscrição, o segurado ou o dependente deve apresentar todos seus dados pessoais, bem como qualquer outro necessário para a sua identificação, nos termos do art. 18 do Decreto n. 3.048/99.

É importante ressaltar que as obrigações, bem como os direitos, são decorrentes da filiação perante a Previdência Social, e não da inscrição.

Por fim, em relação ao dependente, o momento adequado para sua inscrição é quando através do requerimento administrativo de benefício, pleitear benefício que faça jus, por estar devidamente habilitado, para essa inscrição é necessário a apresentação de diversos documentos também listados pelo RPS.

2 Incapacidade e auxílio-doença

A incapacidade pode originar-se de diversas situações, sendo que estas podem ser desde o nascimento, bem como decorrentes de um acidente de trabalho ou não e ainda dentre outras situações podem se originar ao longo do tempo, de modo que todas afetam a capacidade laboral do segurado.

A incapacidade laboral ocorre quando a capacidade para o trabalho, não importando ser ele intelectual ou de serviço braçal, fica interrompida até a recuperação da capacidade laborativa ou a

transformação do benefício em aposentadoria por invalidez caso a incapacidade se demonstre permanente.

A Previdência Social tem como característica própria amparar os necessitados com auxílio financeiro de modo a suprir uma necessidade financeira. O auxílio-doença é um benefício “não programado” (IBRAHIM, 2005, p. 491) que efetiva este objetivo nos momentos de incapacidade laborativa. Martinez assim se refere:

O auxílio-doença é benefício próprio de todos os segurados, historicamente o primeiro a ser instituído, podendo ser comum (derivado de doenças ou enfermidades) ou decorrer de acidente, do trabalho ou não. Ausente expressamente na CF, todavia é sinalizado no art. 201, I, quando a Carta Magna fala em cobertura da doença (2013, p. 839).

Quando o indivíduo, segurado da Previdência Social, não estiver em condições de exercer suas tarefas de modo a garantir seu sustento devido ao fato de estar acometido por uma doença, faz jus ao benefício de auxílio-doença. Como se trata de uma incapacidade de caráter temporário, quando o segurado está apto a voltar às suas atividades, normalmente cessará o benefício e este passará a prover seu próprio sustento. O auxílio-doença se diferencia da aposentadoria por invalidez pelo caráter temporário da incapacidade.

A Lei n. 8.213, em seu art. 59, prevê:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

A incapacidade, passível de recuperação, deve ser superior ao período de 15 dias consecutivos e desde que o segurado não tenha condições de permanecer em suas atividades normalmente.

Nos casos em que a incapacidade seja permanente, porém considerada imparcial, será possível a readequação do segurado em outra atividade que vise à garantia do seu sustento e de seus dependentes. De forma contrária, se a incapacidade for total, porém passageira, o segurado deverá, após o retorno de sua capacidade, voltar às suas atividades, momento em que cessará o recebimento do benefício de auxílio-doença.

O evento que dá direito ao auxílio-doença é previsto na Constituição Federal, em seu art. 201, inciso I, garantindo a efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ao garantir um mínimo existencial. A disciplina infraconstitucional está na Lei. n. 8.213/91, em seus art. 59 a 63, assim como no Decreto Lei n. 3.048/99.

Se ocorrer de o segurado exercer mais de uma atividade e ficar incapacitado para apenas uma delas, poderá requerer o benefício de auxílio-doença para esta atividade mesmo que para a realização da outra atividade esteja completamente capacitado. E o valor do benefício a ser recebido deverá ser correspondente à proporção da contribuição.

Ao se estudar o auxílio-doença, é necessário ter em mente que háduas espécies: o auxílio-doença acidentário (espécie B-91) e o auxílio-previdenciário (espécie B-31).

O auxílio-doença acidentário, é aquele em que se faz necessário a comunicação de acidente de trabalho (CAT) e é observado no art. 19 da LBPS, será concedido apenas ao segurados considerados empregados, trabalhadores avulsos e segurados especiais. Neste caso, é importante salientar que este benefício gera estabilidade ao segurado em seu emprego pelo período de doze meses, conforme rege o art. 118 da Lei n. 8.213/91.

O auxílio-doença previdenciário é o benefício comum, sendo concedido a qualquer segurado impedido de trabalhar quer seja

por doença ou quer seja em decorrência de acidente, porém este acidente não pode estar de forma alguma relacionado com o trabalho. Por este benefício, o segurado não tem direito à estabilidade.

As espécies acima citadas se diferenciam também pela carência, pois, no acidentário, não há, enquanto que no caso do auxílio-doença previdenciário comum, é necessário que o segurado possua doze contribuições mensais pelos segurados que podem ser abrangidos por uma ou outra espécie e ainda por conta da estabilidade que o acidentário gera nos efeitos trabalhistas do empregado segurado pelo período de doze meses após cessar a incapacidade.

Os requisitos para a concessão do benefício são quatro. Primeiramente, deve ser analisado se, no momento do surgimento da incapacidade, existia a qualidade de segurado, o que se faz necessário para a percepção do benefício previdenciário. Devem ser ainda analisadas as contribuições mínimas necessárias para o cumprimento da carência exigida, no caso do auxílio-doença, 12 contribuições. Estar incapacitado para realizar as funções que habitualmente eram exercidas é o terceiro requisito. E a incapacidade deve ser passageira, ou seja, que seja passível de recuperação.

Assim, é de suma importância saber que em algumas situações não é necessário que se cumpra a carência, sendo estas as que se enquadram nas doenças descritas no art. 151 da Lei n. 8.213/91, além da hematopatiagrave que foi incluída posteriormente pela Interministerial entre o Ministério da Previdência Social e o da Saúde.

Ainda neste sentido uma grande crítica é feita por Castro e Lazzari pela não atualização do rol de doenças que vem sendo o mesmo desde 2001, além de não haver previsão dos casos em que o segurado se depara em situações inusitadas, como por exemplo, a realização de uma cirurgia de urgência, conforme segue:

Portanto, de forma nada razoável, o legislador estabelece que o segurado que sofra um acidente de qualquer natureza – não ligado ao trabalho, até mesmo tendo sido o próprio culpado pelo infortúnio – terá direito ao benefício sem qualquer exigência de carência. Entretanto, o segurado vítima de doenças graves como a do caso antes citado (apendicite) ficará sem qualquer proteção social (2017, p. 778).

Assim sendo, tem-se a carência de doze para o auxílio-doença, mas devem sempre ser observadas as exceções que a Lei de Benefícios prevê no artigo 26.

No caso de se tratar de segurado empregado, a partir do 16º dia do afastamento de suas atividades é que será devido o auxílio-doença. Para os demais segurados, a data de início do pagamento do benefício é a partir do início da incapacidade, ou seja, para os casos dos trabalhadores avulsos, empregados domésticos, contribuinte individual, facultativo e especial a data do início do benefício é o primeiro dia a partir da incapacidade ou caso o requerimento seja encaminhado depois de já transcorridos 30 dias a partir da incapacidade a data do início do benefício será a data do requerimento.

Nesse sentido Tavares, disserta sobre o assunto:

É devido a partir do décimo sexto dia de afastamento para os empregados e desde a data do início da incapacidade para os segurados empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso, especial ou facultativo. No entanto quando requerido após trinta dias da incapacidade, em qualquer caso, o pagamento ocorrerá a contar do requerimento, a não ser que fique comprovado que a previdência social encontrava-se ciente da internação hospitalar ou do tratamento ambulatorial do segurado. Isto porque a previdência social pode processar de ofício o benefício, quando tiver ciência da incapacidade (2008, p.114).

Nos casos de segurado empregado, cabe ressaltar que a responsabilidade do pagamento dos quinze dias que antecedem o

requerimento do auxílio-doença é da empresa, sendo que esta deverá pagar integralmente o salário ao funcionário neste período conforme disposição do art. 60, §3º da Lei n. 8.213/91.

Nos casos em que o início da incapacidade coincidir com uma competência que já foi paga a contribuição previdenciária, cabe ao INSS restituí-la. Neste sentido trata Martinez:

Nos termos do subitem 3.1.1 da Ordem de Serviço INSS/DSS n. 120/1993: A fixação da DIB do auxílio-doença para os segurados facultativo, trabalhador autônomo ou a ele equiparado e segurado especial, quando o contribuinte individual, será de acordo com a DII, podendo estas coincidir, ou não, com a última competência paga, cabendo neste caso a restituição das contribuições efetuadas (2013, p. 840).

Assim, caso o segurado já tenha pago a competência em que se iniciou a incapacidade, deverá buscar a restituição junto ao INSS.

Para se falar em valores pagos a título de benefício (renda mensal) é necessário que primeiro se saiba o que é salário de benefício: média aritmética dos maiores salários de contribuição que correspondam a 80% das maiores contribuições computados desde julho de 1994 (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 785).

Desta forma, conforme determina o art. 61 da Lei n. 8.213/91 o auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 91% do salário-de-benefício, de forma que o valor do benefício não poderá ser inferior a um salário mínimo assim como não poderá ser maior que o limite máximo do salário de contribuição.

Tratando-se de afastamento de apenas uma das atividades, quando o segurado é afastado desta, mas continua exercendo outra atividade é possível que o valor do benefício seja inferior a um salário mínimo desde que atendido o fato de que a soma dos valores ultrapasse a quantia mínima de um salário mínimo vigente.

O auxílio-doença permanece sendo concedido enquanto durar a incapacidade. Pode ocorrer de que o INSS solicite um processo de reabilitação do segurado para que este, estando inapto para a realização de determinada atividade possa realizar não aquela atividade que era exercida e para a qual se tornou incapaz, mas uma nova atividade que possa ser exercida e para a qual o segurado esteja capaz.

Enquanto o segurado não estiver totalmente apto para garantir a sua subsistência, não cessará o seu auxílio-doença. Deve-se levar em consideração que, quando uma incapacidade não for recuperável o segurado deve ser aposentado por invalidez conforme lecionam Castro e Lazzari:

Não se pode conceder a aposentadoria por invalidez, uma vez que o segurado, caso esteja exercendo outra atividade, não pode ser declarado totalmente incapaz. A saída legal é, portanto, o pagamento do auxílio-doença até que sobrevenha a incapacidade para todo e qualquer trabalho, ou o falecimento do segurado, quando então será paga a pensão aos eventuais beneficiários do segurado (2017, p. 786).

Também é importante que a data que marca o início da incapacidade não seja anterior à data de entrada do segurado no Regime Geral da Previdência social, de modo que, se assim o for, não fará jus ao benefício uma vez que ao ingressar no regime já havia a incapacidade, o que se chama de doença pré-existente.

Neste sentido, ensina Tavares sobre o assunto:

Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral da Previdência Social já portador da doença ou lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão (2008, p.116).

O art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.213/91, prevê uma exceção à regra ao determinar que o segurado terá direito ao

benefício nos casos em que a incapacidade decorrer de agravamento ou progressão dessa doença ou lesão.

Assim sendo, nos casos de agravamento de doença ou lesão preexistente é possível a concessão de benefício de auxílio-doença, porém sendo a doença preexistente e não sendo possível que ocorra o agravamento desta o direito a um benefício não existe.

O auxílio-doença cessará quando o segurado estiver em plenas condições de realizar suas atividades e com elas puder garantir sua própria subsistência. Além desta, pode ocorrer que o segurado não recupere a capacidade, caso em que será convertido em aposentadoria por invalidez, ou cessará ainda no caso de óbito.

Há de se levar em consideração o que desde 09 de agosto de 2005 chama-se de “Data Certa” (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 794), ou seja, desde então o benefício é concedido com base em quesitos avaliados pelos médicos peritos do INSS com uma data final, não se fazendo necessário que em determinados intervalos de tempo regulares o segurado, com sua capacidade laborativa reduzida, tenha que se dirigir até o INSS a fim de realizar novas perícias médicas.

Castro e Lazzari (2017, p. 794) complementam esta ideia ao tratar que através deste novo sistema, se na data final estipulada o segurado ainda contar com a sua capacidade reduzida é possível efetuar o pedido de prorrogação que poderá ser feito até 15 dias antes da cessação do benefício para pleitear um novo prazo de concessão deste.

Essa sistemática foi definitivamente adotada pela legislação com a promulgação da Lei n. 13.457, de 26 de junho de 2017, que introduziu o parágrafo 8º ao art. 27-A da Lei n. 8.213/91, que prevê a necessidade de que, “sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício;”.

Para que o sistema da Previdência Social seja efetivo, é necessário que exista uma forma de financiamento dos benefícios

que serão por ela pagos. No Brasil, de conformidade com o art. 195 da Constituição Federal fica claro esse financiamento, agrupando em um sistema tripartite toda a sociedade, de forma direta e indireta. A Lei n. 8.212/91 é que regulamenta esse sistema contributivo.

Em razão disso, haverá uma contribuição do segurado, das empresas e ainda do Estado a fim de que mais tarde essa contribuição retorne em forma de um benefício para os contribuintes segurados. Pelo princípio contributivo, previsto no caput do art. 201, só quem contribui pode adquirir a qualidade de segurado.

3 A possibilidade da concessão do auxílio-doença parental baseado na existência de um risco social

O Estado é guiado pela dignidade da pessoa humana, de modo que não se pode falar em dignidade quando não se garante o mínimo necessário para que um cidadão possa viver em boas condições.

A preocupação tutelada é com o ser humano e não importa se este deriva de uma família com mais ou menos condições; o que importa é a condição que esta pessoa está em um determinado momento de dificuldade. Pode ocorrer de um segurado necessitar se afastar de seu emprego, ausentar-se de suas atividades devido a uma doença que não ele, mas seu dependente esteja acometido. Conseqüentemente, ao ocorrer seu afastamento da atividade que exerce, poderá se deparar com uma alarmante diminuição de renda e, ao mesmo tempo, com uma também alarmante elevação de suas despesas frente a um tratamento de saúde.

Não há uma proteção do Estado, por meio da Previdência Social, a fim de sanar essa dificuldade e dar efetividade à Proteção Social, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que, frente a uma situação dessas, o segurado estará sem amparo e conseqüentemente, sem a sua renda mensal.

3.1 O risco social e a proteção previdenciária

Em meio a uma sociedade que vive em pleno século 21 é comum perceber que as pessoas correm cada dia mais em busca de seus objetivos, de seus ideais e principalmente de sua subsistência.

Com toda essa correria, alguns fatores importantes acabam por ser muitas vezes ignorados ou simplesmente deixados de lado, como por exemplo, o fato de que cada vez mais as crianças são entregues aos cuidados de terceiros que não são seus familiares para que estes possam ser educados e cuidados enquanto seus pais trabalham a fim de garantir renda para o sustento do lar.

Ao mesmo tempo, a sociedade tem-se deparado com um consequente aumento de doenças graves, como, por exemplo, o aumento exorbitante dos casos de câncer. Tomando por base apenas dados do Brasil, devem surgir 576.580 novos casos de câncer em 2014, como apavorantemente foi divulgado no Portal Brasil (2014).

Cabe salientar que em se tratando de doenças, estas podem atingir a todas as idades e camadas sociais, de modo que qualquer pessoa é uma vítima em potencial de uma doença pelo simples fato de existir e caso ela se manifeste pode levar a uma série de problemas dentro de um grupo familiar.

Neste ponto, uma desestruturação poderia ser provocada partindo do que diz respeito principalmente ao abalo psicológico de pais que se deparam com a situação de ter um filho ainda criança, por exemplo, com um câncer sem ter um preparo emocional prévio já que não é comum se ter uma espera para que determinada doença se manifeste em uma família e ainda um abalo financeiro devido à renda que se faz necessária para amparar o portador de determinada doença tentando e muitas vezes não obtendo êxito em garantir-lhe uma vida digna, devendo a família arcar com custos altíssimos para o tratamento o que pode levar a

uma grande dificuldade financeira de modo a colocar esta família a uma vivência em condições de mínima dignidade.

Frente a toda essa relevante necessidade, a sociedade está amparada por uma Constituição Federal que trata a dignidade da pessoa humana e da proteção da criança como princípios fundamentais, de modo a preservar e garantir que pessoas com problemas de saúde, com necessidades especiais, idosos, crianças e adolescentes, assim como vulneráveis possam ser amparados em uma situação de necessidade e em uma situação de risco social que leve a desestruturação familiar, entidade esta tão protegida pela Constituição Federal.

Acerca do risco social, assim lecionam Castro e Lazzari:

Os infortúnios causadores daperda, permanentemente ou temporária, da capacidade de trabalhar e auferir rendimentos foram objetos de várias formulações no sentido de estabelecer de quem seria a responsabilidade pelo dano patrimonial causado ao trabalhador, partindo da responsabilidade subjetiva e aquiliana do tomador dos seus serviços até chegar-se à responsabilidade da sociedade como um todo, pela teoria do risco social (2017, p. 26).

Hoje, é predominante que a sociedade seja a responsável pela cobertura de um risco social, de modo que esta responsabilidade se demonstra “materializada por meio das políticas públicas” (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 26) e assim o Estado passa a gerir essa responsabilidade por meio da Previdência Social.

Para se falar em risco social, primeiramente faz-se necessário uma análise tomando como exemplo uma situação hipotética: uma família de baixa renda, que possui quatro integrantes e se sustenta com uma renda de dois salários mínimos por mês, de modo que nesta, fazem parte um pai e uma mãe que trabalham em uma pequena empresa de prestação de serviços, além de um filho de 8 anos portador de câncer, outro filho de 10 anos, sendo que ambos os filhos permanecem em casa para que os

pais possam cumprir com suas atividades de empregados. Ocorre que, devido ao fato de que esses pais estariam passando por um forte abalo emocional e ainda mais por se encontrarem distante de seus filhos, é possível que tenham um baixo desempenho na empresa em que são funcionários gerando, assim, um grande risco de serem demitidos. Nestas situações, pode ocorrer um impacto emocional muito grande, devido ao fato de ter que deixar em casa, ou no hospital, seu filho com uma grave doença a ser enfrentada e ainda devido a rápidas mudanças em suas rotinas e devido à angústia de se deparar com uma situação inesperada. Por outro lado, não se pode prever que seja digna a vida de uma criança nessas condições, mesmo que estivesse em um hospital ou em cuidados de um terceiro, o simples fato de estar longe de seus pais, já lhe tira o que chamamos de vida digna de modo que é normal que uma criança queira estar acompanhada por seus genitores em um momento de grande dificuldade.

Não são poucos os casos semelhantes a esse descrito hipoteticamente que acabam por mães ou pais deixarem seus empregos a fim de passar mais tempo com os filhos que passam por um tratamento de saúde, principalmente nos casos de doenças graves em que é de suma importância a figura dos genitores de modo a transmitir para o doente uma certa tranquilidade e a segurança que os pais são capazes de transmitir visando uma rápida e eficaz melhora.

Para garantir o amparo aos indivíduos, cabe novamente estar frente ao já citado art. 201 da Constituição Federal de 1988, que, em seu inciso I, prevê a proteção social em caso de incapacidade laborativa.

Ocorrendo um risco social que atinge um determinado grupo, cabe ao Estado a cobertura dos riscos existentes e este, como demonstrado no artigo antes citado, repassa esta responsabilidade para a Previdência Social que, conforme disposto em lei, atenderá à cobertura dos eventos de doenças e demais casos conforme previsão constitucional.

Uma proteção social só será eficaz se as doenças não precisarem escolher a quem atingir. Fosse apenas os segurados, excluídos os dependentes, não haveria de fato a proteção. É que o rol de atingidos por doenças que geram incapacidade é algo muito amplo, envolvendo todos os indivíduos, incluindo as crianças, filhos de segurados. Assim sendo, para este estudo, restringe-se o debate à hipótese de concessão do auxílio-doença parental para um segurado que está incapacitado de trabalhar não em razão de sua doença, mas de filhos que contam com até 12 anos (crianças).

O corte justifica-se tendo em vista os casos de doença dos filhos que dependam diretamente dos cuidados dos pais, que necessitam deixar o seu emprego a fim de direcionar o seu tempo para o cuidado de um filho em condições de saúde debilitadas. Parte-se da premissa de que se trata de casos em que o risco social que merece proteção está presente neste grupo específico.

Ainda, tem-se como premissa que esse risco aumenta na ausência dos pais ou, ainda, estando os pais presentes durante o tratamento, o risco decorre da significativa diminuição de renda e, em contrapartida, do elevado aumento de custos, com valores que deverão ser desembolsados a fim de garantir um eficiente tratamento de saúde.

Trata-se de um risco social que não está acobertado pela Previdência Social, uma vez que esta acoberta como já visto anteriormente os riscos de doença, porém ao analisar todo o contexto ver-se-á que a doença amparada é aquela doença do segurado, decorrente de um acidente de trabalho ou aquela que se deu por motivo posterior à sua filiação junto à Previdência Social.

O risco social aqui defendido se dá no tocante à diminuição da renda que um grupo familiar necessita para a sua subsistência. Quando ambos os pais precisam trabalhar a fim de manter o sustento do lar, na medida em que um deles se vê obrigado a deixar seu emprego a fim de cuidar de um filho doente, é certo que a renda da família diminuirá significativamente.

Quando um empregado deixa sua atividade laboral, por sua própria iniciativa, ou quando é demitido, restará a este empregado um total desamparo financeiro pois o mesmo deixará de obter qualquer tipo de renda. Embora este deixe de receber salários, ainda por um curto período de tempo contar com o que se chama de período de graça.

O período de graça está baseado no princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, de modo que para que uma pessoa seja beneficiária do INSS é necessário que esta efetue contribuições para a Previdência a fim de adquirir a qualidade de segurado que será mantida enquanto estiver no exercício de atividade remunerada e, via de regra, caso ocorra o término da atividade remunerada ou cessem as contribuições ocasionará a perda da qualidade de segurado. A exceção a esta perda está no art. 15 da Lei n. 8.213/91.

Assim, após cessar suas contribuições o segurado contará apenas com um período em que mesmo sem contribuir continuará ainda na condição de segurado (sendo que neste período o mesmo ficará sem receber salário) valendo este para fins de pleitear para si um benefício da Previdência Social, porém a partir do encerramento deste período este segurado deixa de ter essa qualidade e passa a estar sem amparo previdenciário.

O tema aqui tratado sugere uma problemática jurídica: tem-se de um lado um dependente, que ainda é uma criança com uma grave doença e, de outro lado, um segurado que precisa trabalhar, a fim de obter renda para o sustento de um grupo familiar.

A proteção social, historicamente, sempre foi prestada pelo grupo familiar. Antes mesmo de haver qualquer forma de organização estatal, os componentes do grupo em que o indivíduo nascia já tratava de dar amparo aos seus. Essa forma de proteção ampliou-se, sem, contudo, deixar de existir – inclusive com previsão em lei.

Há quase três décadas, a Lei n. 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 2º prevê:

“Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Assim, tendo em vista que este trabalho é direcionado às crianças com doenças graves, observa-se que a lei assegura a elas condições de dignidade, atendendo assim o princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção primordial à criança.

Segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, o ser humano há de ser considerado de modo que não venha a ser privado dos meios necessários para a sua sobrevivência, bem como para a de sua família, tendo a proteção do Estado, a fim de que o indivíduo não seja visto como um mero objeto no mundo em que vive.

Em matéria previdenciária, a dignidade da pessoa humana é de suma relevância, de modo a servir de base para análises interpretativas, principalmente nos casos de concessão de benefícios por incapacidade de modo que, quando o segurado se dirige à Previdência para pleitear um benefício por incapacidade, deve ser considerado o fato de que, ficando um segurado incapacitado para o trabalho, o benefício por incapacidade será a fonte de renda que manterá sua subsistência e de sua família.

É pertinente a este assunto uma indagação: Teria uma vida digna uma criança acometida grave doença, impondo-se a ela viver distante de seus genitores ou responsáveis pelo motivo de que estes necessitam trabalhar a fim de prover o sustento da família? Nesta mesma linha de raciocínio, tem-se o art. 4º também da Lei n. 8.069/90, que prevê o princípio da prioridade absoluta da proteção à criança e ao adolescente. Esta disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) vem em consonância com a Constituição Federal em seu art. 227.

Para a criança, é de suma importância a convivência com a sua família, que tem não só o dever mas também o direito de lhe dar total amparo, principalmente quando se trata de um caso de grave doença fazendo assim cumprir o que dispõe os artigos acima

mencionados da Constituição Federal, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Descobrir que um familiar, principalmente em se tratando de uma criança, está com uma doença grave não é algo desejável entre as famílias. Em momentos como este, é de fundamental importância que os pais desempenhem uma função essencial ao tratamento da doença, principalmente pelo fato de que as crianças são mais frágeis e não possuem um desenvolvimento mental a ponto de entender a real situação em que se encontram e tenham maturidade suficiente para superar os desafios que se impõem durante o tratamento, como ingerir medicamentos, passar por exames, tratamentos curativos e reabilitantes.

Surge aí a fundamental importância da presença familiar no tratamento das crianças, em foco neste trabalho, principalmente dos genitores, de modo a dar-lhes amparo e a confiança de que, durante todo o tratamento, estarão presentes, a fim de dar apoio e fazer com que sejam minimizados os efeitos da doença e do próprio tratamento.

Merece destaque, neste trabalho, a campanha divulgada com grande força na mídia a partir do ano de 2014, e nas redes sociais até hoje, chamada “Vem cuidar de mim”. Nela, pais pedem aprovação de um projeto de lei para que empresas liberem funcionários para cuidar de filhos doentes. A base da campanha é o Projeto de Lei n. 3.011/11, do Deputado licenciado Aguinaldo Ribeiro (PP-PB), que permite o afastamento remunerado do empregado em caso de doença grave ou internação hospitalar de filho, ou dependente econômico, menor de idade. A proposta (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012) modifica o art. 473 da Consolidação das leis do Trabalho.

Cabe ressaltar que essa campanha visa ao afastamento dos pais do trabalho de modo que estes não venham a ser demitidos, mas sim que sejam afastados com direito ao auxílio-doença assim como nos casos de auxílio-doença decorrente de doença do segurado ou do auxílio-doença acidentário, de forma que estes

trabalhadores possam ter direito a um benefício previdenciário de maneira a permanecerem atendendo seu filho ou filha doente a fim de garantir-lhes um tratamento digno e mais célere.

Em 2014, a Senadora Ana Amélia Lemos propôs o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 284, que prevê o acréscimo de um artigo à Lei n. 8.213, justamente com o objetivo de criar o benefício de auxílio-doença parental. Em junho de 2015, após aprovação no Senado, o PLS foi enviado à Câmara dos Deputados, onde recebeu o n. 1.876. Desde então, o referido projeto encontra-se em tramitação (ou seja, há mais de três anos), ainda não tendo sido levado a votação pelo plenário (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

O projeto de lei leva em consideração que a Previdência Social visa ao amparo dos necessitados, desde que estejam filiados. Assim, tendo em vista que se está frente a um risco social e que este risco não está acobertado pela Previdência Social, o segurado, pai ou a mãe da criança, continua sem proteção financeira alguma, de modo que seu grupo familiar possivelmente ficará financeiramente desestruturado, devido à diminuição da renda recebida e ao grande montante de gastos com uma criança doente.

Entende-se como dever do Estado providenciar tal amparo e acobertar de igual forma como nos demais casos este risco social.

Como já mencionado, o auxílio-doença, em se tratando de benefício da Previdência Social, tem como característica o amparo financeiro aos necessitados de modo que assim visa a suprir uma necessidade não programada do segurado.

Assim sendo, o auxílio-doença é devido nos casos em que há a perda ou a diminuição da capacidade laborativa, de modo que, estando presentes tais pressupostos, caberá o pagamento do benefício. Contudo, para a legislação em vigor, o benefício é devido apenas ao contribuinte que está com o risco direto, ou seja, aquele que está passando por uma enfermidade ou aquele que sofreu o acidente.

Ora, oart. 59 da Lei n. 8.213/91 leva claramente à interpretação de que a cobertura do auxílio-doença se dá para

aquele que ficar incapacitado ao trabalho desde que antes desta condição já tenha se filiado na Previdência bem como que esta incapacidade seja pelo período superior a 15 dias. Assim, poderia, aqui, ser tratada a questão do abalo psicológico que os pais sofrem ao enfrentarem uma situação de ver um filho tão indefeso passar por sério problema de saúde e ter que ainda deixá-lo com outra pessoa para dirigir-se a seu trabalho a fim de garantir o sustento. O abalo psicológico é uma situação que acarreta perda da capacidade laborativa de modo que, se comprovada perante uma perícia médica, o segurado poderá certamente fazer jus a um benefício previdenciário. E, se assim ocorrer, será o próprio segurado o portador da doença.

Ocorre que não se pode ficar apenas à mercê de um abalo psicológico, devido ao fato de que é de difícil comprovação perante a perícia médica. É necessário um estudo mais amplo em torno de outros riscos apresentados e não se basear apenas na questão psicológica, por isso a proposta de ampliação para uma incapacidade que não resulte diretamente de doença ou acidente do segurado, mas também de seu dependente filho, quando for criança.

Algumas questões devem ser levadas em consideração como o fato de que o art. 59 da Lei n. 8.213/91 não traz uma definição de forma a restringir ou citar para quais as incapacidades devem ser concedidas o auxílio-doença e ainda o art. 226 da Constituição Federal assim descreve: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Deve-se levar em consideração, também, os métodos de integração do direito: a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, de modo a atender o disposto no art. 4º da LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Baseando-se na analogia, faz-se menção do art. 83 da Lei n. 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas

federais, e prevê a “licença ao servidor por motivo de doença de conjuge ou companheiro, pais, filhos, padrasto, madrasta, enteado e dependente que viva às suas expensas”.

Nota-se no referido dispositivo legal uma vasta lista de possibilidades em que um servidor público poderá fazer jus a um afastamento por doença de alguém da família que esteja sob sua dependência, de modo que tenha preservada a dignidade do doente, ao mesmo tempo em que, devido à doença, não haja uma desestruturação familiar.

Não se invocará o princípio da igualdade neste caso pois se trata de outro regime de previdência. Porém, resta demonstrado que os segurados do RGPS tem uma proteção garantida pelo Estado de forma insuficiente. Ou seja, a Previdência, ao cuidar da proteção social do indivíduo, sendo insuficiente, contraria o princípio da vedação da proteção insuficiente. Por este princípio, é garantida ao segurado uma compensação social, de modo a ter satisfação de seus direitos, visando a preservar a dignidade da pessoa humana de forma efetiva e não se demonstre insuficiente.

Observa-se, ao pesquisar jurisprudência que não há número significativo de decisões acerca do tema, por se tratar de matéria recente posta à apreciação do Poder Judiciário.

Tem-se, por exemplo, uma sentença sem resolução do mérito na a autora requer a concessão de aposentadoria social ou auxílio-doença parental. Devidamente intimada para esclarecer o pedido, nos termos do artigo 284 do CPC, a parte autora insiste no recebimento desses benefícios e não traz mais elementos sobre sua existência no ordenamento jurídico ou, ao menos, esclarece a tese jurídica que embasa o pedido, conforme segue na sentença:

Observo que falta, na petição inicial, causa de pedir e pedido certo, razão pela qual é de rigor o indeferimento da petição inicial e a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do disposto no artigo 267, inciso I c/c artigo 295, parágrafo único, inciso I. Defiro os benefícios da justiça gratuita (JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, 2012).

Por outro lado, encontra-se precedente no julgado da Turma Recursal de Santa Catarina sob o n.º 2006.72090007861, que por unanimidade concedeu o benefício de auxílio-doença de uma forma muito inovadora, para uma filha com poucas chances de vida que necessitava dos cuidados maternos, firmando assim a tese abordada neste estudo.

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região, com sede em Porto Alegre, recentemente julgou de forma legalista a questão, ficando o acórdão – que negou o benefício sob o fundamento de não ser o dependente segurado do INSS e não haver previsão legal de hipótese de concessão.

Considerações finais

O tema abordado neste estudo, demonstrando a compreensão dos princípios norteadores da Seguridade Social, bem como, dos benefícios por incapacidade e a proteção social, buscou demonstrar que embora a Previdência Social visa à proteção do segurado no que tange aos riscos que este pode vir a sofrer apresenta ainda lacunas em suas leis, assim como no atual ordenamento jurídico brasileiro.

No tocante à lacuna no ordenamento jurídico, resta claro que podem ser supridas pelo uso da analogia e dos princípios gerais do direito, a fim de que não deixe de ser apreciada, pelo Poder Judiciário, uma discussão que provavelmente seja a única alternativa plausível que um cidadão possui, ao menos até que o Projeto de Lei em trâmite no Poder Legislativo volte a merecer a atenção do legislador.

No Brasil, hoje há milhares de pessoas que possuem a qualidade de segurados da Previdência Social e estes esperam receber a proteção, o retorno de suas contribuições quando necessário. Dentre eles, encontram-se os casos de pessoas necessitadas que buscam um benefício por incapacidade em razão

de dependente, e esse lhe é negado. Ocorre que, em se tratando de pedido decorrente da incapacidade por motivos psicológicos, a avaliação pericial realizada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social é realizada de forma insuficiente a detectar o efetivo risco social a que o segurado está acometido.

Assim, não avaliando a situação do segurado como um todo, esta avaliação é fundada em provas e exames insuficientes, ocasionando em uma negativa de um benefício e provocando consequências que em alguns casos chegam a ser irreparáveis na vida e no grupo familiar do segurado, que se encontra incapacitado para a realização de atividade laborativa de forma a manter o seu sustento próprio e de seus dependentes.

A alternativa possível e defensável para manter a proteção social nesses casos é a concessão do auxílio-doença parental, que não é derivado de uma doença própria do segurado, mas de um filho seu de até 12 anos de idade. Nessa situação, o pai ou a mãe, incapacitado, não se submete à perícia, mas seu dependente. O segurado, nesse caso, é o beneficiário, mas a sua incapacidade de trabalho decorre da necessidade de acompanhamento de tratamento de seu filho.

A concessão do auxílio-doença parental é de suma importância, uma vez que atende aos direitos da criança, prezando por um tratamento de saúde com o acompanhamento de pelo menos um dos seus genitores ou responsáveis, de modo que, com essa presença garantida, a criança se sentirá mais segura, pois é de saber da sociedade que quase na totalidade dos casos, os pais passam essa segurança. Por outro lado tem-se a figura do segurado que em não lhe sendo concedido este benefício estaria afastado do convívio de seu dependente em um momento em que a sua presença é fundamental e, ainda, teria que, ao mesmo tempo em que inúmeros problemas surgem, estar produzindo em sua atividade laboral, a fim de continuar com a manutenção da renda familiar.

Conclui-se que há possibilidade de concessão do auxílio-doença parental, que deve ser analisada em conjunto com as previsões de todo o ordenamento jurídico existente, incluídos os princípios constitucionais, sem afastar os direitos que são estendidos às crianças de modo a lhes garantir, sobretudo, uma vida digna sob os cuidados de alguém tão próximo quanto são os pais ou os responsáveis, com os quais esta criança está habituada a conviver.

O benefício de auxílio-doença parental é mais do que admissível nos casos em que um dependente portador de uma grave doença necessita de integrais cuidados do segurado, aqui apresentado na figura dos pais ou responsáveis e estes necessitam da renda oriunda de suas atividades laborativas para colaborar com o sustento do grupo familiar em que vive.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 2018.

_____. *Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 2018.

_____. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 2018.

_____. *Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9876.htm>. Acesso em: 2018.

_____. *Portal Brasil, 2014*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2013/11/estudo-preve-cerca-de-580-mil-casos-de-cancer-no-pais-em-2014>>. Acesso em: 10 out. 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Notícias*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/409674-EMPREGADO-PELA-CLT-PODERA-SE-AFASTAR-PARA-CUIDAR-DO-FILHO-DOENTE.html>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. *Projeto de Lei n. 3011/2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=532250>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. *Projeto de Lei n. 1876, de 11 de junho de 2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1306679>>. Acesso em: 31ago. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n. 284, de 2014*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118676>>. Acesso em: 31ago. 2018.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social*. 10. ed., rev., ampl., e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO. Procedimento Comum do Juizado Especial Cível nº 2006.72.09.000786-1(SC)/0000786-89.2006.404.7209. Relator: JuizEmmerson Gazda. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal>>. Acesso em: 2018.

_____. *Recurso Cível n. 50062777320164047101RS*. Segunda Turma Recursal. Relator Juiz Gabriel de Jesus Tedesco Wedy. Julgado em 14/03/2017. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4>>. Acesso em: 2018.

A sustentabilidade econômica, social, ambiental e ecológica do reflorestamento de florestas nativas ou naturais¹

*Sonia Aparecida de Carvalho*²

Introdução

A sociedade começou a se preocupar com a proteção do meio ambiente, com a utilização sustentável de recursos naturais e com o desenvolvimento sustentável, somente após a década de 70. No período anterior a década de 70, houve o uso desordenado, desequilibrado e insustentável dos recursos naturais. A utilização desequilibrada e insustentável dos recursos naturais causou o esgotamento de recursos naturais e da floresta³, e de diversas espécies, entre elas, as espécies arbóreas⁴ ou florestais. A conservação e a proteção das florestas são questões fundamentais para a humanidade e as demais formas de vida. Também, a

¹ Capítulo publicado na Tese de Doutorado: (CARVALHO, 2017).

² Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - SC. Doctora en Derecho en la Universidad de Alicante - UA - Espanha. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC - RS. Professora no Curso de Direito da UPF-RS. *E-mail: sonia.adv.2008@hotmail.com*.

³ “A formação vegetal espontânea ou produzida, caracterizada pela predominância de árvores e pela fraca iluminação do sol” (ANTUNES, 2017, p. 882).

⁴ “A vegetação arbórea é classificada como grupo de espécies constituídas por árvores de grande porte. Alguns exemplos dentro do território nacional são: Mata Atlântica e Floresta Amazônica”.

conservação e a proteção das florestas são questões básicas, pois estão relacionadas aos problemas de desenvolvimento econômico, de biodiversidade e do aquecimento global.

Nas últimas décadas, cresceu o interesse da sociedade em compatibilizar o desenvolvimento econômico e social com a proteção e conservação ambiental e o uso dos recursos naturais, de forma sustentável. O uso de florestas mediante o manejo florestal surge como alternativa para o fortalecimento da política territorial, da governança florestal e da gestão ambiental através do uso sustentável de recursos florestais pelas populações, por meio da certificação florestal.

No Brasil, as atividades socioeconômicas ligadas ao setor florestal se sustentam por meio de usos da floresta nativa ou natural, floresta plantada ou reflorestamento, deste modo, é necessário combinar o uso racional dos bens naturais florestais com o desenvolvimento do país e as atividades socioeconômicas.

Nessa perspectiva, questiona-se a sustentabilidade econômica, social, ambiental e ecológica do reflorestamento de florestas nativas ou naturais, em escala local, regional e global. O reflorestamento de florestas nativas contribui para a reposição da mata ativa, como também, colabora para a redução de gases de efeito estufa através da geração e negociação de créditos de carbono e da implementação de projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL).

1. Evolução histórica da gestão dos recursos naturais e do reflorestamento

No Brasil, a maior parte das árvores plantadas ou reflorestadas é de *Eucalipto* e de *Pinus*. O primeiro é uma espécie originária da Austrália e foi introduzida em plantios comerciais no Brasil em 1930. O segundo é uma espécie originária dos Estados Unidos e foi introduzida em plantios comerciais no Brasil em 1940. As espécies *Eucalyptus* e *Pinus* (*Pinus*) chegaram ao

Brasil na década de 1940 pelos europeus que plantavam a espécie para fins ornamentais. O ingresso do gênero *Eucalyptus* no País visou suprir a necessidade de emprego na indústria de madeira, sendo considerada a espécie florestal de rápido crescimento. Depois disso, a introdução do gênero *Pinus* no País visou suprir a necessidade de madeira para abastecimento industrial, sendo usado para produção de madeira e para celulose e papel. Na década de 1950, as espécies começaram a serem cultivadas em escala comercial para produção de madeira (HILLIG, 2013).

Nas últimas décadas, a monocultura do gênero *Pinus* cresceu transformando-se em matéria-prima fundamental para o setor produtivo e para a economia brasileira. A monocultura do gênero *Pinus* no Sul do Brasil surgiu com o advento do incentivo fiscal, uma gestão estratégica dos anos 60 e 70 para o desenvolvimento econômico do país. Segundo a **Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA)**, as primeiras espécies de *Pinus* introduzidas e cultivadas no Brasil foram *Pinus elliottii* e *Pinus taeda*, originárias dos Estados Unidos, adaptadas ao clima das regiões Sul e Sudeste, onde ocorreram os plantios comerciais dessas espécies (HILLIG, 2013).

O plantio com *Pinus* no Brasil consistiu em estratégia de desenvolvimento, implantada na década de 1960, implementado por meio de incentivos fiscais para plantios florestais. Esses incentivos fiscais foram concedidos pelo governo brasileiro até 1986 e os plantios desenvolvidos por meio deles ajudam a sustentar atualmente a cadeia produtiva dessa madeira, a qual tem participação fundamental na economia do País (HILLIG, 2013).

O gênero *Pinus* surgiu no Brasil, a partir dos anos de 1960, quando extensas áreas começaram a serem plantadas com *Pinus Taeda* e *Pinus Elliotti*, nas regiões Sul e Sudeste. As espécies de *Pinus* foram trazidas para o Brasil pelos Europeus, para fins ornamentais e produção de madeira. As plantações florestais de *Pinus*, foram estabelecidas no Brasil, através do programa de incentivo fiscal durante a década de 1970 e 1980, proporcionaram

um aumento na oferta de madeira e na produção industrial florestal (TUOTO; HOEFLICH, 2008, p. 16-17). Conseqüentemente, somente a partir de 1950 com a introdução de espécies americanas de *Pinus Elliottii* e *Pinus Taeda*, devido à adaptação do clima e solo, rápido crescimento e reprodução intensa, principalmente no Sul e no Sudeste do Brasil, é que foram plantadas em escala comercial como fonte de matéria-prima para indústria de madeira, resina, celulose e papel.

Em 1964, o governo federal brasileiro iniciou a política de incentivos fiscais para empreendimentos florestais baseados em florestas plantadas nas regiões Sul e Sudeste do País. Esta política de incentivos fiscais propõe grandes investimentos industriais privados, na utilização de produtos florestais e no fornecimento de matéria-prima. A partir da década de 1990, as indústrias de madeira iniciaram o processo de desenvolvimento industrial florestal (TUOTO; HOEFLICH, 2008, p. 16-17). As indústrias florestais estão destinadas a representar importantes papéis no desenvolvimento econômico interno e no comércio exterior do País, objetivos do Programa Nacional de Papel e Celulose (PNPC).

O Programa Nacional de Florestas (PNF) foi criado pelo Decreto n. 3.420 de 2000,⁵ e a sua criação foi uma iniciativa do governo federal e tem o objetivo de estimular o reflorestamento no

⁵ “O Programa Nacional de Florestas (PNF) foi criado pelo Decreto nº 3.420 de 2000, com o objetivo de articular as políticas públicas setoriais para promover o desenvolvimento sustentável, conciliando o uso com a conservação das florestas brasileiras. É constituído de projetos que são concebidos e executados de forma participativa e integrada pelos governos federal, estaduais, distrital e municipais e a sociedade civil organizada. Esta articulação é feita pelo Ministério do Meio Ambiente. Com a publicação do Decreto nº 6.101 de 2007, que definiu a nova estrutura regimental do Ministério do Meio Ambiente, o PNF passou a ser coordenado pelo Departamento de Florestas (DFLOR). O PNF tem os seguintes objetivos: estimular o uso sustentável de florestas nativas e plantadas; fomentar as atividades de reflorestamento, notadamente em pequenas propriedades rurais; recuperar florestas de preservação permanente, de reserva legal e áreas alteradas; apoiar as iniciativas econômicas e sociais das populações que vivem em florestas; reprimir desmatamentos ilegais e a extração predatória de produtos e subprodutos florestais, conter queimadas acidentais e prevenir incêndios florestais; promover o uso sustentável das florestas de produção, sejam nacionais, estaduais, distrital ou municipais; apoiar o desenvolvimento das indústrias de base florestal; ampliar os mercados interno e externo de produtos e subprodutos florestais; valorizar os aspectos ambientais, sociais e econômicos dos serviços e dos benefícios proporcionados pelas florestas públicas e privadas; estimular a proteção da biodiversidade e dos ecossistemas florestais” (MMA, 2016).

Brasil. O Programa Nacional de Florestas (PNF) é um programa nacional que visa o desenvolvimento sustentável de áreas florestais por meio de ações que permitem equilibrar a expansão de terras reflorestadas com o uso eficiente e sustentado dos produtos da floresta (PELA, 2010, p. 54).

Logo, o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF) foi criado em 1967, e se instituiu no principal Órgão Federal para a conservação dos recursos naturais renováveis. A principal finalidade do IBDF constituiu em formular a política florestal e orientar, coordenar e executar a implantação das medidas de utilização racional de proteção e conservação dos recursos renováveis. Já, o Serviço Florestal Brasileiro (SFB) é o gestor do Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal (FNDF).

O Serviço Florestal Brasileiro (SFB) tem a missão de promover o conhecimento, o uso sustentável e a ampliação da cobertura florestal, tornando a agenda florestal estratégica para a economia do país. Logo, o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal (FNDF) tem a missão de fomentar o desenvolvimento de atividades florestais sustentáveis no Brasil e promover a inovação tecnológica no setor. É um fundo público de natureza contábil criado pela Lei de Gestão de Florestas Públicas Lei nº 11.284 de 2006 e regulamentado pelo Decreto nº 7.167 de 2010 (SFB, 2017).

O Decreto Lei n. 1.134 de 1970⁶, regulamentado e aprovado pelo Decreto n. 68. 565 de 1971⁷ instituiu que as empresas de pessoa jurídica poderão descontar até 50% do valor do imposto de renda devido, na declaração de renda, para aplicação em empresas

⁶ BRASIL. Decreto Lei nº 1.134, de 16 de novembro de 1970. Altera a sistemática de incentivos fiscais concedidos a empreendimentos florestais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1970. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1970-1979/decreto-lei-1134-16-novembro-1970-375570-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁷ BRASIL. Decreto nº 68. 565, de 29 de abril de 1971. Aprova o regulamento do Decreto Lei nº 1.134, de 16 de novembro de 1970, que dispõe sobre os incentivos fiscais para o desenvolvimento florestal no País. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1971. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-68565-29-abril-1971-410347-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 dez. 2016.

florestais cujos projetos tenham sido aprovados pelo Instituto Brasileiro do Desenvolvimento Florestal (IBDF).

O Decreto n. 68. 565 de 1971, em seu artigo 1º, aprovou o regulamento dos incentivos fiscais para o desenvolvimento florestal no país.⁸ As empresas florestais que foram criadas no período acima referido desenvolveram projetos de plantio de *Pinus*, tendo em vista que o mesmo era de baixo custo e rápido desenvolvimento podendo ser cortador a partir do quinto ano após a efetivação do reflorestamento. O objetivo principal do plantio de *Pinus* teve como base fins econômicos e financeiros de curto prazo, mas até hoje o valor de venda do reflorestamento de *Pinus* é considerado baixo em relação à produção do reflorestamento efetuado por outros tipos de floresta.

Na década de 50, o governo estimulou o investimento na indústria de papel e celulose. Com isso, plantios de *Pinus* passaram a ser implementados com o objetivo de suprir a matéria-prima, em substituição à madeira de araucária. Para atender a crescente demanda de papel e celulose pelo setor industrial, foi instituído, em meados dos anos 60, o incentivo fiscal para plantio de florestas. Esse incentivo vigorou por 20 anos e, a partir de então, os plantios, praticamente cessaram, exceto nas empresas do setor de celulose e papel (EMBRAPA, 2014, p. 21).

As atividades de reflorestamento⁹ podem trazer vários benefícios sociais, econômicos, ambientais e ecológicos, tais como o aumento de empregos diretos e indiretos através de produção de

⁸ “Artigo 1º: Os empreendimentos florestais que possam servir de base à exploração econômica, à conservação do solo e dos regimes das águas, e que contribuam para o desenvolvimento florestal do País, através do florestamento ou reflorestamento, poderão ser objeto dos incentivos fiscais de que trata este Regulamento”. BRASIL. Decreto nº 68. 565, de 29 de abril de 1971. Aprova o regulamento do Decreto Lei nº 1.134, de 16 de novembro de 1970, que dispõe sobre os incentivos fiscais para o desenvolvimento florestal no País. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1971. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-68565-29-abril-1971-410347-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁹ “O Reflorestamento é a conversão por indução direta do homem de terras não florestadas para terras florestadas através de plantio, [...] ou terras que eram florestadas, mas que tinham sido convertidas em terras não florestadas” (SCARPINELLA, 2002, p. 57).

recursos florestais, fornecendo matéria prima para indústrias de celulose e papel e de madeira; a diminuição da pressão sobre as florestas nativas; a proteção do ar por meio de retenção de dióxido de carbono e de produção de oxigênio na atmosfera. No Brasil, as florestas plantadas são formadas especialmente pelos gêneros *Pinus* e *Eucalyptus*, dentre outras espécies. Os reflorestamentos ou florestas plantadas têm diversas finalidades, tais como a demanda de matéria prima para indústrias de diversos setores, a melhoria na qualidade de produção e a participação do mercado mundial através da comercialização de créditos de carbono, por meio de criação de projetos de Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (MDL). (SCARPINELLA, 2002, p. 57- 58). O objetivo dos projetos MDL é a reposição florestal e a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, tais como geração de renda e emprego, preservação da biodiversidade e diminuição da pressão sobre as florestas naturais, entre outros, com a finalidade de conseguir a sustentabilidade.

O reflorestamento¹⁰ de *Pinus* surgiu na década de 1960, é uma espécie de pinheiro nativo da América do Norte e Central, pois ele é muito utilizado pelas grandes indústrias como alternativa à extração de madeira nativa. No Brasil, as plantações de *Pinus* surgiram na década de 1960, principalmente nas regiões Sul e Sudeste do País. A espécie foi introduzida em todas as regiões e, atualmente, quase todos os Estados brasileiros possuem florestas de *Pinus*. A plantação de *Pinus* normalmente ocorre em áreas em que antes não existiam florestas, ou seja, a espécie não é plantada para substituir algum ecossistema (EMBRAPA, 2014, p. 1-2).

¹⁰ **Reflorestamento** é a atividade ou ação ambiental de plantar árvores e demais vegetações em zonas que foram desmatadas, seja por forças da natureza (incêndios e tempestades, por exemplo) ou por influência humana (queimadas, construções de barragens, exploração mineral ou madeireira). “Quando se faz pela primeira vez ou quando se realiza uma reposição da vegetação florestal existente no passado” (MORAES, 2009, p. 355). Reflorestamento: “É a regeneração natural ou intencional de florestas e matas que foram esgotadas ou desflorestadas, geralmente devido ao desmatamento. O reflorestamento pode ser usado para a manutenção de matas ciliares, reconstruir *habitats* naturais e ecossistemas, melhorar a qualidade de vida humana. [...] É o processo que consiste no replantio de árvores em áreas que anteriormente eram ocupadas por florestas” (WIKIPEDIA, 2016).

No Brasil, somente a partir da década de 1960 é que se iniciou o plantio de *Pinus* em escala comercial, principalmente nas regiões Sul e Sudeste do País. A sua madeira é usada, principalmente, pelas indústrias de madeira, de serrados e laminados, de chapas, de resina e de celulose e papel. Nas décadas de 1970 e 1980, as plantações deste gênero foram as principais fontes de matéria-prima para o desenvolvimento da indústria florestal, abastecendo um mercado altamente diversificado. [...] Além disso, o estabelecimento e o manejo de florestas plantadas de *Pinus* vêm possibilitando o abastecimento de madeira que anteriormente era suprido com a exploração do pinheiro brasileiro. Assim, a cultura do *Pinus* estabeleceu-se como uma importante aliada dos ecossistemas florestais nativos, pois vem suprimindo uma parcela cada vez maior da necessidade atual de madeira e contribuindo, assim, para a diminuição do corte de florestais naturais (EMBRAPA, 2014, p. 2).

Segundo a **Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA)**, por se adaptar facilmente as variações climáticas, o plantio de *Pinus* se tornou um importante recurso para a preservação dos ecossistemas florestais nativos, pois suprem a demanda por madeira e contribuem para a diminuição do corte em todo o país. Ainda, segundo a EMBRAPA, nas décadas de 1970 e 1980 as plantações de *Pinus* eram a principal fonte de matéria-prima da indústria florestal. Atualmente, a madeira de *Pinus* representa 30% das plantações brasileiras para a produção de papel e celulose (EMBRAPA, 2014).

No Brasil, as espécies de *Pinus* vêm sendo plantadas, em escala comercial, há mais de 30 anos. Inicialmente, os plantios mais extensos foram estabelecidos nas Regiões Sul e Sudeste, com as espécies *Pinus Taeda* para produção de matéria-prima para as indústrias de celulose e papel e *Pinus Elliottii* para madeira serrada e extração de resina. Atualmente, com a introdução de diversas espécies, principalmente das regiões tropicais, a produção de madeira de *Pinus* tornou-se viável em todo o Brasil, constituindo uma importante fonte de madeira para usos gerais, englobando a fabricação de celulose e papel, lâminas e chapas de

diversos tipos, madeira serrada para fins estruturais, confecção de embalagens, móveis e marcenaria em geral. A grande versatilidade das espécies para crescer e produzir madeira em variados tipos de ambiente, bem como a multiplicidade de usos da sua madeira possibilita a geração desse recurso natural em todo o território nacional, em substituição às madeiras de espécies nativas (EMBRAPA, 2014).

Contudo, segundo a avaliação da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), entre 2000 e 2010 o mundo perdeu cerca de 130 milhões de hectares de florestas, mas ganhou cerca de 78 milhões de hectares em reflorestamentos plantados. No entanto, as áreas reflorestadas divergem muito nas características de florestas tropicais e de florestas naturais ou nativas. O reflorestamento plantado geralmente não recompõe integralmente a biodiversidade, especialmente no caso de florestas tropicais, que mesmo recuperadas naturalmente, são muito distintas das florestas naturais ou nativas (WIKIPÉDIA, 2016).

Portanto, a evolução e a importância socioeconômica e ambiental da produção de *Pinus*, e os principais usos da matéria prima estão sendo direcionados para o processamento industrial em serrarias, laminadoras, fábricas de chapas e para indústrias de celulose e papel. As plantações em larga escala de *Pinus* abastecem principalmente indústrias de papel e celulose, fábricas de móveis e produtos de madeira.

2. A sustentabilidade do reflorestamento de florestas nativas ou naturais

Nas últimas décadas, cresceu o interesse da sociedade em compatibilizar o desenvolvimento econômico e social com a proteção e conservação ambiental. O uso de florestas mediante o manejo florestal surge como alternativa para o fortalecimento da política territorial, da governança florestal e da gestão ambiental através do uso sustentável de recursos florestais pelas populações.

No Brasil, as atividades socioeconômicas ligadas ao setor florestal se sustentam por meio de usos da floresta nativa ou natural, floresta plantada ou reflorestamento, deste modo, é necessário combinar o uso racional dos bens naturais florestais com o desenvolvimento do país e as atividades socioeconômicas.

No Brasil, nas décadas de 1950 e 1960, existiam duas correntes do modelo de desenvolvimento econômico do país. A primeira corrente defendia um modelo de desenvolvimento econômico baseado na substituição das importações e expansão do mercado e economia. A segunda corrente defendia a adoção de um modelo de desenvolvimento econômico baseado na exportação. O modelo seguido pelo setor florestal brasileiro foi o da substituição das importações, principalmente a produção de papel. Este modelo seguido pelo setor florestal brasileiro foi baseado pelo estabelecimento de um programa governamental de incentivo em plantações florestais, no período de 1967 a 1989 (TUOTO; HOEFLICH, 2008, p. 17).

O setor florestal brasileiro de florestas plantadas ou reflorestamentos está apresentando aumento de produtividade florestal. “O Brasil é um país florestal com 463 milhões de hectares (54,4% do seu território) de florestas naturais e plantadas, o que representa a segunda maior área de florestas do mundo” (SFB, 2013, p. 25). “O Brasil possui cerca de 7,2 milhões de hectares de florestas plantadas, principalmente com espécies dos gêneros *Eucalyptus* e *Pinus*, que representam 92,8% do total. Esta área corresponde a apenas 0,84% da área do país e a 1,55% da área total das florestas” (SFB, 2013, p. 28). Algumas importantes funções das florestas plantadas são a diminuição da pressão sobre florestas nativas, o reaproveitamento de terras degradada pela agricultura, o sequestro de carbono e a proteção do solo e da água.

No Brasil, os plantios de florestas ou florestas plantadas iniciaram no ano de 1900. Em 1903, foram trazidas pelos europeus mudas de Eucaliptos (*Eucalyptus*), depois, em 1947, foram trazidas mudas de Pinus (*Pinus*), para a produção de madeira. Essas espécies

se desenvolveram principalmente, nas regiões Sul e Sudeste, pois o plantio dessas espécies tornou-se alternativa viável para suprir a demanda de madeira. Na década de 70 surgiu a política de incentivos fiscais para o reflorestamento, que iniciou na década de 60. Com esses incentivos fiscais para o reflorestamento, foi possível aumentar o estoque e a produção de madeira (SFB, 2017).

O Brasil é o maior produtor de mundial de madeiras e o 5º maior produtor industrial de produtos de madeira, diante do setor florestal mundial, além disso, possui a maior biodiversidade do mundo. O reflorestamento como espécie e floresta plantada preserva a biodiversidade e reduz a pressão exercida sobre as florestas nativas ou naturais (SCARPINELLA, 2002, p. 50). No entanto, de um lado, o reflorestamento de plantação de *Pinus* apresenta-se como a solução para reduzir a degradação do meio ambiente e a preservação da biodiversidade, com o objetivo de conseguir a sustentabilidade ambiental, ecológica, econômica e social. De outro lado, há controvérsias entre o setor empresarial e governos e a sociedade civil e Organizações Não Governamentais sobre o objetivo de obter a sustentabilidade ambiental, ecológica, econômica e social e a redução dos problemas e impactos ambientais¹¹ da monocultura do plantio de reflorestamento de *Pinus*.

De um lado, os impactos ambientais gerados pelos plantios de *Pinus*, sobretudo, às avaliações de que essas árvores exóticas consomem muita água e contribuem para a diminuição do fluxo de rios e córregos. O setor empresarial defende a atividade de “florestas plantadas” como ambientalmente correta, como a alta taxa de sequestro de gás carbônico (um dos vilões do aquecimento global) e a restauração de áreas degradadas,

¹¹ Artigo 1º da Resolução CONAMA nº 001 de 1986: “Qualquer alteração significativa no meio ambiente - em um ou mais de seus componentes - provocada por uma ação humana. Qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetem: (I) a saúde, a segurança e o bem-estar da população; (II) as atividades sociais e econômicas; (III) a biota; (IV) as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; e (V) a qualidade dos recursos ambientais” (CONAMA, 2016).

principalmente, por pastagens. Por outro lado, ambientalistas e entidades de luta pela terra preferem chamar as plantações de “deserto verde” e sustentam que as monoculturas não podem ser consideradas “florestas”, devido à pequena biodiversidade em seu interior. As plantações de *Pinus* podem gerar drásticos impactos hidrológicos (REPÓRTER BRASIL, 2011, p. 6).

A monocultura de plantação em larga escala do reflorestamento de *Pinus* é denunciada pelos movimentos sociais, Organizações Não Governamentais e autoridades, como o Ministério Público Federal. A sustentabilidade ambiental do reflorestamento é defendida pelos empresários e governos. O reflorestamento de *Pinus* favorece os ecossistemas florestais nativos, e o fornecimento da demanda de produtos de madeira, como também, auxilia o produtor rural na questão econômica, na existência de uma nova renda, derivada do reflorestamento. Porém, as diversas entidades da sociedade civil denunciam os impactos de ordem social, como o avanço da monocultura sobre os territórios, causando consequências negativas para o meio ambiente, e a redução da biodiversidade e esgotamento de nascentes hídricas, nas áreas de plantações de *Pinus* (REPÓRTER BRASIL, 2011, p. 4).

A monocultura de plantação do reflorestamento de *Pinus* proporciona menor biodiversidade e mantém maior consumo de água, ocasionando seca do solo. Também, na área de reflorestamento de *Pinus*, somente pode ser utilizada para a finalidade de reflorestamento, pois o *Pinus* possui resina em suas folhas e as mesmas não deixam que se produza outro tipo de plantação em seu meio. Entretanto, o *Pinus* é considerado uma espécie de planta exótica invasora¹² porque ele não faz parte da vegetação nativa do

¹² “Chamam-se de invasoras as espécies de vida que são introduzidas pelo ser humano em um *habitat* que não é o seu *habitat* de origem. Posteriormente, elas se desenvolvem sem necessidade da ação do ser humano e se tornam pragas no lugar, por não pertencerem aquele ecossistema e competirem por condições de vida com as espécies locais que muitas vezes são extintas por isso” (RODRIGUES FILHO; SANTOS, 2011, p. 58).

país ou do *habitat*,¹³ e sua semente é carregada pelo vento, invadindo a vegetação nativa e se instalando no meio desta, ocasionando um prejuízo no meio ambiente florestal.

Deste modo, considera-se floresta porque ela abriga grande diversidade de espécies de plantas e animais. A monocultura de *Pinus* não é considerada floresta porque não abriga grande diversidade de espécies de plantas e animais, pois há uso intenso de agrotóxicos, para matar as gramíneas e outras plantas que podem inviabilizar o plantio comercial. Depois de um tempo, não cresce mais nada embaixo, e a plantação se transforma praticamente em um deserto, originando a denominação popular de “deserto verde” (REPÓRTER BRASIL, 2011, p. 6).

De acordo com a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) define-se floresta como uma “área medindo mais de 0,5 ha com árvores maiores que 5m de altura e cobertura de copa superior a 10%, ou árvores capazes de alcançar estes parâmetros *in situ*” (FAO, 2017). A definição da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) analisa os aspectos de uso e ocupação do solo, e o acordo da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC) que trata de florestas no aspecto de mudanças climáticas. Além disso, a definição da FAO considera as florestas nativas e as florestas plantadas, instrumentos importantes no sequestro de carbono.

A plantação de reflorestamento de *Pinus* é a solução para reduzir a degradação e a poluição do meio ambiente e, para alcançar a sustentabilidade social, econômica, ambiental e ecológica, através da implantação de projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL). No Brasil, o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) tem obtido um sucesso relevante para o alcance de reduções de emissões de gases de efeito estufa, de longo prazo. Entre os anos de 2005 e 2006, o Brasil registrou

¹³ “*Habitat* é um conceito da biologia que significa o espaço físico onde vivem uma ou mais espécies e as condições desse espaço, como a luz, as marés, a temperatura e o vento” (RODRIGUES FILHO; SANTOS, 2011, p. 52).

144 projetos no Conselho Executivo do MDL, colocando o país em segundo lugar em números de projetos registrados. Também,

Mais de 415 projetos brasileiros no âmbito do mecanismo já reduzem anualmente o equivalente a aproximadamente 7,5% das emissões não florestais brasileiras, apenas o reflorestamento e o florestamento são elegíveis no âmbito do MDL, que representavam cerca de 45% das emissões de gases de efeito estufa em dióxido de carbono (CO₂) (ALVAREZ; MOTA, 2010, p. 491).

Ainda, “os projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) devem incluir o uso de fontes de energia e combustíveis renováveis e a adoção de melhores tecnologias e sistemas para o setor produtivo” (RODRIGUES FILHO; SANTOS, 2011, p. 82). Também, o objetivo dos projetos de MDL é a absorção das emissões de carbono através de florestas e solos, a estocagem dos GEE retirados da atmosfera e as atividades ligadas ao uso da terra, como o reflorestamento (RODRIGUES FILHO; SANTOS, 2011, p. 82).

O Brasil possui atualmente 6,5 milhões de hectares em florestas plantadas, aquelas que geram renda para o produtor, em sua maioria compostas por *Eucalipto* e *Pinus*. [...] As **florestas plantadas** do Brasil para celulose, papel, siderurgia e madeira absorvem quantidade significativa de dióxido de carbono da atmosfera por ano, reduzindo os efeitos do aquecimento global. O principal diferencial das empresas brasileiras de celulose e papel em relação à concorrência mundial são as **florestas plantadas**, das quais se obtêm 100% da celulose e do papel produzidos no Brasil. Trata-se de uma significativa contribuição para a preservação da mata nativa e combate ao aquecimento global (Portal do Reflorestamento, 2017).

As florestas tropicais¹⁴ e nativas ou naturais¹⁵ representam a metade das áreas florestais do mundo, elas estocam maiores

¹⁴ “Florestas tropicais é um tipo de ecossistema que ocorre aproximadamente dentro da região” (RODRIGUES FILHO; SANTOS, 2011, p. 34).

quantidades de carbono. Desse modo, o desmatamento em regiões tropicais resulta em maiores emissões de carbono do que as regiões não tropicais. Por causa disso, o desmatamento e a modificação das florestas tropicais e nativas ou naturais interferem no aumento do aquecimento global (RODRIGUES FILHO; SANTOS, 2011, p. 34). O controle do desmatamento, conservação, proteção e manejo de áreas de florestas são essenciais para a diminuição das mudanças climáticas e do aquecimento global. O desmatamento e a derrubada de uma floresta têm consequências climáticas diretas porque provoca a mudança no ciclo da água e do ar, sendo também responsável pelas emissões de dióxido de carbono na atmosfera. Entretanto:

O **plantio de *Eucalipto* e *Pinus*** é uma solução para diminuir a pressão sobre as florestas nativas, viabilizando a produção de **madeira** para atender às necessidades da sociedade em bases **sustentáveis**. [...] **As plantações florestais** não podem ter sua biodiversidade comparada com a das florestas nativas, às quais não visam substituir. Proporcionam madeira e produtos não madeireiros para os mais diversos usos, diminuindo a pressão sobre as florestas nativas (Portal do Reflorestamento, 2017).

Contudo, nas últimas décadas, houve aumento da destruição e da degradação das florestas nativas do mundo e da incapacidade dos governos e seus órgãos ambientais de garantir o uso sustentável dos produtos florestais.

3. A certificação florestal como instrumento de sustentabilidade ambiental

O reflorestamento de florestas nativas ou naturais reduzem a concentração de gás carbônico na atmosfera e o restabelecimento

¹⁵ “Florestas naturais é quando ocorre uma sucessão primária natural das espécies vegetais, sem a interferência do ser humano”. “Essas florestas são as de ocorrência natural, sem que tenha havido intervenção do homem na sua formação” (SCARPINELLA, 2002, p. 164).

de diversos serviços ambientais. Dentre esses serviços ambientais, destaca a manutenção de mananciais hídricos, a sustentação do solo e ar, a conservação da biodiversidade e o fornecimento de diversos produtos florestais, por meio da certificação florestal.

Os consumidores do mundo todo passaram a procurar produtos ambientalmente corretos, buscar produtos que oferecessem garantias de que não surgiram de desmatamento ou exploração predatória e/ou ilegal. A alternativa encontrada para atender a crescente demanda de produtos ambientalmente corretos, foi à certificação florestal (SILVA, 2005, p. 3-4). A certificação florestal:

É um processo voluntário, no qual uma organização busca o reconhecimento, através da garantia dada aos seus clientes e à sociedade, por meio da Certificação, de que seu produto tem origem em florestas adequadamente manejadas, quanto aos aspectos ambiental, social e econômico. A certificação é um instrumento que atesta determinadas características de um produto ou de um processo produtivo. A certificação florestal consiste num selo ou rótulo que visa atestar que determinada empresa ou comunidade obtém seus produtos manejando sua área florestal segundo determinados princípios e critérios. Difere da certificação da série ISO, pois esta não garante que o produto florestal tenha sido obtido de forma ambientalmente adequada e socialmente justa, já que só certifica os processos industriais (SILVA, 2005, p. 4).

A certificação florestal é o conjunto de atividades desenvolvidas por um organismo independente de uma relação comercial (entre produtor e consumidor), com o objetivo de atestar publicamente, por escrito, que determinado produto, processo ou serviço está em conformidade com os requisitos especificados em uma norma de referência. A certificação florestal é a garantia que uma determinada floresta ou produto surgiu de um processamento adequado, de um produto ecologicamente correto, economicamente viável e socialmente justo. A certificação identifica o produto, para que o comprador possa estar seguro da

procedência, agregando-lhe mais valor. Atualmente, o certificado florestal mais conhecido é o *Forest Stewardship Council* (FSC) - Conselho de Manejo Florestal, com presença em mais de 75 países no mundo (Portal do Reflorestamento, 2017).

O Conselho de Manejo Florestal (FSC) foi estruturado formalmente em 1993. Trata-se de uma Organização Não Governamental independente e sem fins lucrativos, integrada por representantes de organizações sociais, ambientalistas, do setor madeireiro e de produtos florestais, de povos indígenas, organizações comunitárias e certificadoras de produtos florestais de todo o mundo. No Brasil é representada pelo Conselho Brasileiro de Manejo Florestal, ONG criada em 2001, que tem por missão promover no País a certificação florestal (FSC). (SILVA, 2005, p. 6).

O Conselho de Manejo Florestal (FSC) foi criado para diminuir a degradação ambiental das florestas, garantindo a existência destas em longo prazo. Basicamente, a função do FSC consiste na criação de princípios a serem seguidos para a certificação; no credenciamento de empresas capazes a fim de cumprir e fiscalizar estas regras em áreas que desejem obter o selo; e no apoio ao desenvolvimento de padrões de manejo florestal¹⁶ para cada tipo de floresta. (Portal do Reflorestamento, 2017). A vantagem do manejo florestal é conseguir o desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade econômica, social ambiental e ecológica, pois a compra e/ou venda de madeira certificada fornece o crescimento da exploração sustentável de florestas.

¹⁶ “O manejo florestal é a extração de produtos da floresta, utilizando-se de conhecimentos técnicos ambientais, de forma a conservar a natureza, reduzindo os impactos das atividades humanas” (SILVA, 2005). “O manejo de florestas é um sistema de práticas para manejo e uso de terras florestadas no sentido de realizar funções ecológicas (incluindo a diversidade biológica) econômicas e sociais da floresta de maneira sustentável” (SCARPINELLA, 2002, p. 47).



Desse modo, para a certificação de uma área de floresta ou reflorestamento com o selo do Conselho de Manejo Florestal (**FSC**), deve-se manejar de maneira ecologicamente correta, causando o mínimo de impacto ao ciclo natural da floresta e permitindo sua renovação, assim como da biodiversidade existente. Com a **certificação** de um produto final, o consumidor tem a garantia de que a madeira que foi retirada para produção daquele determinado produto passou por todas as etapas devidas, desde sua colheita até sua transformação em produto final; que o produto foi retirado de uma **floresta** de acordo com todas as leis vigentes, de maneira correta, conseguindo a sustentabilidade econômica, social, ambiental e **ecológica** (Portal do Reflorestamento, 2017).

A certificação florestal é o processo pelo qual se verifica se uma floresta, seja ela plantada ou nativa, manejada de acordo com padrões ambientais, econômicos e sociais. O processo se baseia no ambientalmente correto, economicamente viável e socialmente benéfico. A certificação florestal é um instrumento econômico que estabelece à redução da degradação ambiental e dos problemas sociais, como também, a preservação e o uso racional dos recursos naturais, visando à sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável. Conseqüentemente, o sistema de certificação do FSC permite que as práticas realizadas pelo produtor florestal possam ser organizadas de forma a serem analisadas e reconhecidas como sustentáveis, garantindo um constante avanço nas práticas e intervenções realizadas na floresta plantada.

Portanto, a certificação florestal aplica-se tanto para florestas plantadas como para florestas naturais ou florestas nativas. Na atualidade, determinados mercados importadores, principalmente aqueles de países europeus, exigem que produtos florestais como papel, celulose ou madeira sejam produzidos com madeira cujos meios de produção tenham sido certificados.

No Brasil, a sociedade civil por meio de Organizações Não Governamentais (ONGs) têm adotado ações voltadas à preservação e proteção das florestas, em razão de que a monocultura do gênero *Pinus*, é prejudicial ao meio ambiente. Conseqüentemente, a monocultura do gênero *Pinus* no Brasil precisa consolidar as técnicas e os procedimentos que garantam o desenvolvimento sustentável, como também, deve alcançar e concretizar a sustentabilidade ambiental, ecológica, social e econômica, a fim de atender as técnicas de gestão e os procedimentos do desenvolvimento sustentável.

Conclusão

O processo de reflorestamento, especialmente o reflorestamento de florestas naturais ou nativas é de grande importância para o meio ambiente, pois ele pode ser usado, quando executado com eficiência, para recuperar áreas verdes com árvores e espécies nativas, melhorando os ecossistemas degradados.

Diante dessa perspectiva, o reflorestamento de *Pinus* não contribui para a concretização da sustentabilidade social, econômica, ambiental, ecológica, em escala local, regional e global. O reflorestamento de florestas nativas contribui para a reposição da mata nativa, como também, colabora para a redução de gases de efeito estufa através da geração e negociação de créditos de carbono e da implementação de projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL).

Portanto, No Brasil, o plantio de *Pinus* precisa consolidar as técnicas e os procedimentos que garantam o desenvolvimento

sustentável, como também, deve alcançar e concretizar a sustentabilidade ambiental, ecológica, social e econômica, a fim de atender as técnicas de gestão ambiental ou de recursos naturais.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ALVAREZ, Albino Rodrigues; MOTA, José Aroudo. O Protocolo de Quioto e o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo: regulamentação no Brasil. *In*: ALVAREZ, Albino Rodrigues; MOTA, José Aroudo (orgs.). **Sustentabilidade ambiental no Brasil: biodiversidade, economia e bem-estar humano**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2010, p. 491. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Decreto Lei nº 1.134, de 16 de novembro de 1970. Altera a sistemática de incentivos fiscais concedidos a empreendimentos florestais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1970. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1970-1979/decreto-lei-1134-16-novembro-1970-375570-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Decreto nº 68. 565, de 29 de abril de 1971. Aprova o regulamento do Decreto Lei nº 1.134, de 16 de novembro de 1970, que dispõe sobre os incentivos fiscais para o desenvolvimento florestal no País. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1971. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-68565-29-abril-1971-410347-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 dez. 2016.

CARVALHO, Sonia Aparecida de. **A governança da política nacional de recursos naturais: a (in)sustentabilidade do caso brasileiro de reflorestamento paralelo Brasil e Espanha**. Tese de Doutorado (Curso de Doutorado em Ciência Jurídica) Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, SC: UNIVALI, 2017. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/73647/1/tesis_sonia_aparecida_de_carvalho.pdf. Acesso em: 10 set. 2018. Disponível em: <https://www.univali.br/Cursos%20%20Doutorado%20%20Resumos%20Executivos/Tese%20-%20Sonia%20Aparecida%20de%20Carvalho.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

CONAMA. Conselho Nacional de Meio Ambiente. **Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986**. Brasília: Diário Oficial da União, 1986. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/reso186.html>. Acesso em: 10 dez. 2016.

EMBRAPA. **Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária. Sistema de Produção**. Cultivo de Pinus. 2. ed., v. 5, jun., p. 1- 34, 2014, p. 21. Disponível em: <http://www.triunfoflorestal.com.br/pdf/pinnus.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

FAO. Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação. Disponível em: www.fao.org. Acesso em: 10 març. 2017.

HILLIG, Éverton. **O Gênero Pinus no Brasil: Invasor, Injuriado ou Incompreendido?** [s. p.] 08 fev. 2013. Disponível em: <http://www.painelflorestal.com.br/noticias/silvicultura/o-genero-pinus-no-brasil-invasor-injuriado-ou-incompreendido>. Acesso em: 20 set. 2016.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Código Florestal Comentado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MMA. Ministério do Meio Ambiente. **Programa Nacional de Florestas**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/florestas/programa-nacional-de-florestas>. Acesso em: 10 dez. 2016.

PELA, Sílvia Krueger. **Florestamento e Reflorestamento no Brasil: uma análise do projeto FLORAM**. Dissertação de Mestrado. (Curso de Mestrado em Administração) Programa de Pós Graduação em Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2010.

Portal do Reflorestamento. **Florestas plantadas contribuem para Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <http://www.portaldoreflorestamento.com.br/certificacao-florestal.html>. Acesso em: 10 jan. 2017.

Portal do Reflorestamento. **Certificação florestal**. Disponível em: <http://www.portaldoreflorestamento.com.br/certificacao-florestal.html>. Acesso em: 10 jan. 2017.

REPÓRTER BRASIL. Organização de Comunicação e Projetos Sociais. **Deserto Verde**: Os impactos do cultivo de *Eucalipto* e *Pinus* no Brasil, 2011, p. 6. Disponível em: http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2015/02/8.-caderno_deserto_verde.pdf. Acesso em: 10 dez. 2016.

RODRIGUES FILHO, Saulo; SANTOS, Andréa Souza. *Um futuro incerto: mudanças climáticas e a vida no planeta*. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

SILVA, Luís Antônio Guerra Conceição. **Certificação florestal**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005, p. 3-4. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2017.

SCARPINELLA, Gustavo D' Almeida. **Reflorestamento no Brasil e o Protocolo de Quioto**. Dissertação de Mestrado. (Instituto de Eletrotécnica e Energia - IEE) Programa de Interunidades de Pós Graduação em Energia - PIPGE. São Paulo, SP: Universidade de São Paulo - USP, 2002.

SFB. Serviço Florestal Brasileiro. **Florestas do Brasil em resumo**: dados de 2007 a 2012. Brasília: SFB, 2013, p. 25. Disponível em: http://www.florestal.gov.br/snif/images/Publicacoes/florestas_do_brasil_em_resumo_2013_atualizado.pdf. Acesso em: 10 fev. 2017.

SFB. Serviço Florestal Brasileiro. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.florestal.gov.br/>. Acesso em: 10 març. 2017.

TUOTO, Marco; HOEFLICH, Vitor Afonso. A indústria florestal brasileira baseada em madeira de *Pinus*: limitações e desafios. In: SHIMIZU, Jarbas Yukio (org.). **Pinus na silvicultura brasileira**. Embrapa Florestas, Colombo, 2008, p. 17- 48.

WIKIPÉDIA. **Desflorestação**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Floresta>. Acesso em: 10 març. 2016.

WIKIPÉDIA. **Reflorestamento**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Reflorestamento>. Acesso em: 10 març. 2016.

Falsas memórias no processo penal¹

Camila Dallagnol Ramos da Silva²

Introdução

A prova testemunhal, por ser o meio mais acessível e mais fácil, tem sido a espécie probatória mais utilizada pelo Processo Penal. Em inúmeros casos, a prova testemunhal é a única prova existente no processo e, por isso, acaba sendo equiparada a provas técnico-científicas para fins de motivação e convicção do magistrado. Nos casos em que o delito não deixa vestígios, ou até mesmo nos delitos sexuais, a produção de provas periciais fica restrita ou torna-se até mesmo impossível e, em razão disso, frente à inexistência de provas técnicas, é que a prova oral acaba sendo o único fundamento a que o juiz tem acesso para formar sua convicção quanto ao caso. Dessa forma, acusação e defesa buscam produzir suas provas utilizando os testemunhos de vítimas e/ou testemunhas a fim de obter uma sentença favorável, sendo ela condenatória ou absolutória.

O Processo Penal, através da atividade cognitiva e retrospectiva busca no passado elementos que convençam o magistrado acerca do caso. Sendo assim, é possível afirmar que o

¹ Artigo produzido da pesquisa do Trabalho de Conclusão de Curso – TCC/Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo- UPF, Campus Lagoa Vermelha.

² Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF - RS. *E-mail*:

Processo Penal sempre girou em torno da “verdade”. Os sistemas acusatórios e inquisitórios foram fundados com o objetivo de obter a verdade real, contudo, sabe-se que é impossível realizar tal façanha. Sendo necessário então contentar-se com a obtenção de uma verdade processual, aquela criada durante a instrução do processo com o fim de convencer àqueles que têm interesse no caso processual.

Referente ao fato de utilizar-se somente a prova testemunhal, é necessária advertência da atitude de basear-se tão somente nas declarações das testemunhas, pois estas proferem o que sabem com base em suas lembranças, ou seja, baseado somente no que possuem em sua memória. Esta é a principal causa da fragilidade dessa prova, ou seja, sua dependência exclusiva da memória, sendo esta suscetível a inúmeras formas de contaminação tanto externas quanto internas.

Fatores externos e internos podem interferir no momento de formação, retenção ou evocação das lembranças, fazendo com que a testemunha se recorde não do que efetivamente aconteceu, mas daquilo que sua memória entendeu como acontecido. Tais possibilidades podem chegar ao ápice de levar a testemunha a acreditar que algo aconteceu quando na realidade não aconteceu. Sendo assim, haverá momentos em que a pessoa pode descrever detalhadamente determinada situação, crendo fielmente que a vivenciou, quando na verdade essa lembrança não passa de uma falsa lembrança decorrente de uma contaminação ou de uma influência sofrida pela lembrança verdadeira em um dos seus estágios de formação ou retenção.

A esse fenômeno dá-se o nome de Falsas Memórias. Estas são bastante semelhantes à Memória Verdadeira, apenas se diferem pelo fato de que o evento, o qual se acredita ser verdade, na realidade não aconteceu, mas as sensações e emoções dele decorrentes se registraram na memória, fazendo com que o mesmo pareça real. Igualmente, se diferem da mentira, erro ou

falso testemunho, pois a testemunha acredita fielmente que vivenciou aquela situação.

1. Os sistemas processuais penais

O estudo dos sistemas processuais é fundamental para o presente trabalho, pois é através deles que se começa a ter conhecimento da posição ocupada pelo magistrado em relação à prova processual. Conforme preceitua Eugênio Pacelli (2017):

[...] a doutrina costuma separar o sistema processual *inquisitório* do modelo *acusatório* pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o *acusatório* seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (ou órgãos) distintos (PACELLI, 2017).

A identificação do *princípio informador* é o que possibilita a classificação em sistema acusatório ou inquisitivo, bem como nas mãos de quem está a *gestão da prova*, pois essa é uma das características diferenciadoras entre os sistemas (GESU, 2014). Os sistemas processuais inquisitivos e acusatórios são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época (LOPES JÚNIOR, 2016). Quanto à noção do que é sistema, Miranda Coutinho (2001, p.16 *apud* Di Gesu, 2014, p. 24) diz que pode ser compreendida como um “conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um *princípio unificador*, formam um todo orgânico que se destina a um fim.” Portanto, fica claro que os sistemas seguem o seu princípio unificador. No tocante ao processo penal, tem-se o princípio inquisitivo e o princípio dispositivo. O primeiro é o que orquestra o sistema inquisitivo enquanto o segundo é o balizador do sistema acusatório.

As regras do processo sofrerão influência direta de acordo com o modelo utilizado, pois no inquisitivo há pouca ou quase nenhuma participação das partes na instrução do procedimento, enquanto no acusatório a ampla regulamentação do conteúdo probatório, devendo o juiz ser imparcial quanto a isso. Ressalta Maier *apud* Lopes Júnior (2002, p. 260) que no Direito Penal: “a influência da ideologia vigente ou imposta pelo efetivo exercício do poder se percebe mais à *flor da pele* que nos demais ramos jurídicos”. E esse fenômeno é muito mais perceptível no processo penal, haja vista que é ele que toca no homem real, de carne e osso.

Cronologicamente, houve predominância do sistema acusatório até meados do século XII, ao passo que foi sendo substituído gradualmente pelo modelo inquisitório que em princípio vigorou até o final do século XVIII, e tendo permanecido até o século XIX em alguns países. Contudo, em razão dos movimentos políticos e sociais o sistema acusatório retornou (DI GESU, 2014). Em relação ao modelo adotado pelo Brasil, diz-se que é um sistema *misto* por entender que o Inquérito Policial é feito pelo modelo inquisitório, enquanto a fase processual é regida pelo modelo acusatório. Entretanto, tal afirmativa recebe muitas críticas dos doutrinadores, em razão de que todos os sistemas são mistos, pois os sistemas puros servem apenas como referência histórica.

Lopes Júnior (2016) afirma que é preciso identificar qual o princípio que baliza o referido sistema, para assim saber se há predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória. Falha é a ideia de que a mera separação inicial das funções de acusar e julgar vai caracterizar o sistema acusatório, pois de nada adianta separá-las inicialmente e depois devolver ao magistrado a iniciativa probatória como, por exemplo, permite que ele determine de ofício a coleta de provas ou decrete de ofício a prisão preventiva.

Conforme Di Gesu (2014) dizer que o sistema é misto é a mesma coisa que dizer que, na sua essência, é, simultaneamente, inquisitório e acusatório, o que é de fato inconcebível. Quanto ao processo penal brasileiro, há dispositivos que denotam a essência

inquisitorial mesmo que possuam características do outro sistema, pois o seu núcleo, a sua essência como já dito é inquisitória e não acusatória. Para que seja classificado como acusatório é necessário que o juiz seja apenas um espectador, que deixe nas mãos das partes e do Ministério Público a questão probatória e a acusatória. Que tenha em suas atitudes o dever de imparcialidade para com o processo e as partes que nele atuam.

Assim, correto é dizer que nenhum sistema processual é misto em razão de que para categorizá-lo é necessário analisar qual seu princípio unificador, ou seja, não há como ser misto porque seu núcleo fundante deve ser puramente inquisitivo ou ainda puramente dispositivo. Consoante a esse desentendimento quanto à sua classificação, Lopes Junior (2016) diz que o sistema processual brasileiro é essencialmente inquisitório ou neoinquisitório, pois se trata de uma inquisição reformada, onde mantém a iniciativa probatória nas mãos do juiz coexistindo com características do sistema acusatório como, por exemplo, a publicidade, a oralidade, o contraditório, etc. Como bem afirma Di Gesu:

O processo penal deve ser encarado como um instrumento neutro da jurisdição, em claro abandono, como sustenta Giacomolli, da concepção unilateral do processo restrito à incidência do *ius puniendi*, ou seja, servindo unicamente de instrumento para fazer incidir o direito de punir do Estado, priorizando a dignidade do ser humano, com preservação das garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, bem como tratando o imputado como sujeito processual, e não mais como mero objeto (DI GESU, 2014, p. 92).

No que concerne aos países onde vigoram os determinados processuais penais, Lopes Júnior (2017) destaca que o sistema acusatório prepondera nos países em que há mais respeito às liberdades individuais e existe uma base democrática sólida. Em contrapartida, o modelo inquisitório predomina historicamente nos países onde há maior repressão, que através do autoritarismo

ou totalitarismo acaba fortalecendo a superioridade do Estado em prejuízo dos direitos individuais.

Essa afirmativa corresponde ao pensamento de Goldschmidt (*apud* DI GESU, 2014, p. 25) de que “pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição.” Portanto, frente aos fatos tem-se a certeza de que a política adotada pelo Estado é que determina os princípios da política processual.

Sendo assim, tem-se a certeza de que o que define e efetiva a imparcialidade é a separação de funções e a gestão da prova na mão das partes e não do juiz, tendo então apenas um magistrado espectador que não interfere e nem age de ofício na instrução do procedimento penal. Somente quando o processo for acusatório-democrático é que haverá um juiz realmente imparcial, isso em decorrência do seu afastamento da esfera de atividades que devem ser exercidas pelas partes (LOPES JÚNIOR, 2016).

1.1 Modelo inquisitório

Necessário para falar do modelo inquisitório é citar sua principal fonte, o *Manual dos Inquisidores*, escrito por Nicolau Eymerich, em 1376 e, também não poderia deixar de mencionar, a “bíblia” dos inquisidores que é o *Malleus Maleficarum* (Martelo das Feiticeiras) escrito pelos inquisidores Sprenger e Kramer (DI GESU, 2014). O nascimento desse modelo, conforme Di Gesu (2014) está atrelado ao *seio* da Igreja Católica como uma resposta às chamadas doutrinas heréticas da época. Trata-se de um sistema histórico. Até o século II, predominava o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo. Quanto a isso, destaca Lopes Júnior (2014) que:

As transformações ocorreram ao longo do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório vai sendo, paulatinamente,

substituído pelo inquisitório. Essa substituição foi fruto, basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando a conclusão de que o procedimento criminal não poderia ser deixado nas mãos das partes. Essa era uma função que deveria ser assumida pelo Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 65).

Como bem explica Rosie Muraro (*apud* DI GESU, 2014, p. 28) no final do século XIII o poder que até então estava disperso na mão das partes é obrigado a centralizar-se e hierarquizar-se, adotando métodos políticos e ideológicos mais modernos. As igrejas católica e protestante tiveram papel importante na centralização do poder, pois fizeram uso dos Tribunais da Inquisição para varrer a Europa de norte a sul, torturando e assassinando aqueles que eram considerados heréticos ou até mesmo bruxos. No tocante aos Tribunais da Inquisição destaca Lopes Júnior:

No transcurso do século XIII foi instituído o *Tribunal da Inquisição* ou *Santo Ofício*, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. No início eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivesse conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 99).

Corroborando a importância da Igreja na adoção desse modelo, acrescenta-se o fato de que na época os Papas e os Bispos ou representantes de Deus na Terra receberam a missão de guardar, defender e interpretar o depósito das verdades salvíficas que estavam dispostas nas Sagradas Escrituras (DI GESU, 2014). Dessa forma, a informação, na idade medieval, era um privilégio que apenas a Igreja possuía e por isso não se falava em “busca da verdade” e sim na “posse agradecida” da verdade absoluta, a qual

somente possuíam as pessoas de Deus detentoras do mais alto poder.

A transição do até então sistema acusatório para o sistema inquisitório teve início com a possibilidade de existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito. Devido a isso, com o decurso do tempo, os poderes conferidos ao magistrado foram aumentando e acabaram por invadir a esfera de atribuições que até então eram reservadas ao acusador privado. Mas, não parou por aí, chegou-se ao extremo de reunir no mesmo órgão do Estado às funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz. Afirma Di Gesu (2014, p. 31) que “o fato de o julgador reunir as funções de acusar e julgar conferiu-lhe superioridade e contribuiu para a perda do sentido da noção de parte no processo, transformando o sujeito passivo em um mero objeto de verificação”.

Contudo, para a sociedade da época o novo sistema, adotado inicialmente pela Igreja, teve suas vantagens impostas de tal modo que todos os legisladores da época o adotaram para toda classe de delitos. Em decorrência dessa adoção, a fisionomia do processo se transforma, pois o que antes era um duelo leal entre acusador e acusado, com igualdade e oportunidade para ambas as partes, se torna uma disputa desigual e desleal entre o juiz-inquisidor e o acusado. O juiz deixa de lado a posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, bem como começa a atuar também como acusador (LOPES JÚNIOR, 2014). E, é a partir desse momento, que se percebe a confusão das atividades agora exercidas pelo juiz e também o fato do acusado deixar de ser considerado um sujeito do processo e passar a ser considerado apenas um objeto da investigação processual.

Como destaca Jacinto Coutinho (2001 *apud* LOPES JÚNIOR, 2014) “ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido”. O juiz-inquisidor passa a dominar o procedimento processual tendo a

possibilidade de formular secretamente, longe do contraditório anteriormente praticado, a acusação que imputaria ao acusado e as provas que iriam a comprovar. O julgador tinha o poder de escolher qual o caminho utilizaria para chegar a tão esperada verdade.

Neste sentido, afirma Lopes Júnior (2014): “O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz.” Com efeito, nota-se que o sistema inquisitório tem um desamor ao contraditório como sintetiza Cunha Martins (2010 *apud* LOPES JÚNIOR, 2014). Ainda sobre a posição do juiz-inquisidor, acrescenta Paulo Rangel (2017) a noção de que neste sistema o juiz não forma seu convencimento diante das provas que lhes foram trazidas pelas partes, mas tem o objetivo de convencer as partes da sua convicção, em razão de que desde que iniciou a ação já lançou um juízo de valor sobre o caso.

Na senda de possibilidades dispostas ao juiz para a produção de prova o inquisidor optou por obtê-la através da tortura. Em complementação a gestão da prova que estava totalmente nas mãos do juiz, o objetivo do mesmo era obter a confissão do acusado. A confissão era considerada a rainha das provas, era a prova máxima, suficiente para a condenação e, no sistema de prova tarifada, nenhuma prova valia mais que a confissão (LOPES JÚNIOR, 2014).

Como um dos maiores perigos da época era a heresia tinha-se a noção de tudo que mostrasse dúvida quanto à verdade absoluta não levaria jamais à salvação. E a luta contra os perigosos hereges legitimava o combate a qualquer custo, ou seja, era legítimo utilizar de torturas e meios cruéis para punir e eliminar aqueles que iam contra as Sagradas Escrituras. Entretanto, Di Gesu (2014) ressalta de forma bastante clara que:

A tortura, todavia, sempre foi fomentadora de erros, tendo em vista proporcionarem a mentira, não raras vezes, ao invés de subministrar a verdade. [...] Disso resulta não ser a eficácia da tortura igual para todos os homens, nem em todas as situações ou circunstâncias que se encontram os mesmos homens, diferindo também quanto ao sexo. Na história, as mulheres mostraram-se mais resistentes e confessaram menos que os homens (DI GESU, 2014, p. 33).

Importante é ressaltar que mesmo sendo considerado um meio legalizado, legitimado, a tortura nada mais é do que uma pena. Quando utilizada para obtenção da confissão se poderia dizer que era uma antecipação da pena a que o acusado seria submetida caso condenado, Lopes Júnior ressalta:

Tendo em vista o valor da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 102).

Em síntese aponta Di Gesu (2014) as principais características do modelo inquisitório:

A inexistência da coisa julgada era característica do sistema inquisitório, era necessário que o bom inquisidor tivesse o máximo de cuidado para não declarar o acusado como inocente na sentença de absolvição, devia apenas dizer que nada havia sido provado contra ele. Dessa forma, o caso poderia ser reaberto posteriormente, podendo até mesmo alcançar a condenação do acusado (DI GESU, 2014, p. 34).

O inquisitório foi o sistema predominante até o final do século XVIII e um pouco início do XIX. Suas características foram

sendo substituídas no mesmo tempo em que a Revolução Francesa trouxe a valorização do homem juntamente com os movimentos filosóficos que surgiram na época (LOPES JÚNIOR, 2014). Por fim, cabe ressaltar que o maior erro do sistema inquisitório foi acreditar que uma única pessoa poderia exercer as duas principais funções do processo penal.

1.2 Sistema acusatório

O sistema acusatório é a antítese do inquisitório, pois nesse há separação das funções de acusar e julgar e o processo só tem início quando há acusação. A origem desse sistema remonta ao direito grego e romano, onde havia a participação direta do povo. Na época vigorava um sistema de ação popular para os delitos graves, onde qualquer popular poderia fazer a acusação, e de ação privada para os delitos de menor gravidade (LOPES JÚNIOR, 2014).

Conforme suas características subentende-se que tal sistema predominou nos países em que a liberdade individual era respeitada e havia uma base democrática forte. Foi adotado até meados do século XII, quando começou a ser substituído gradativamente pelo modelo inquisitório. O estilo acusatório é definido por Cordero (*apud* Di Gesu, 2014) como:

Um espetáculo dialético, uma luta atlética, um combate aberto, cargas processuais, autorresponsabilidade, já que formas e termos sinalam uma remota ascendência aos juízos de deus (...) reduzindo a pura operação técnica, onde o único valor está na observação das regras, o processo se apresenta insensível à sobrecarga ideológica de onde deriva a observação inquisitorial (CORDERO, 2000, p. 86).

Na Alta República o processo penal adotava duas formas: a *cognitio* e a *accusatio*. Na *cognitio* os maiores poderes estavam na mão do magistrado. Um recurso poderia ser interposto, era o

chamado recurso de anulação disponível àqueles que eram cidadãos e varões. Este acabou sendo uma poderosa arma política nas mãos dos magistrados. Já na *accusatio*, a acusação era feita espontaneamente por um cidadão do povo. Essa forma marcou uma profunda inovação no Direito Processual romano. A persecução e o exercício da ação penal ficavam a cargo de um terceiro distinto do juiz que era um representante voluntário da coletividade (LOPES JÚNIOR, 2014).

Importantíssimo ressaltar que no modelo acusatório os princípios do contraditório e ampla defesa estavam presentes e eram respeitados. Havia publicidade e o procedimento era oral. Neste viés, afirma Paulo Rangel (2017) que no sistema acusatório “cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu”. Di Gesu (2014) pontua as principais características do modelo acusatório:

Este modelo destaca-se pela clara distinção entre as atividades de acusar, julgar, e defender; pelo fato de o julgador se manter como um terceiro imparcial; pelo tratamento igualitário das partes; pela oralidade e pela publicidade do procedimento; pelo contraditório e ampla defesa; pela obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, através da adoção do princípio do livre convencimento motivado; pela correlação entre acusação e sentença, pelo duplo grau de jurisdição, pela possibilidade de utilização dos recursos, pela vedação da *reformatio in pejus* direta e indireta, da regra da liberdade e a prisão como exceção, bem como pela coisa julgada (DI GESU, 2014, p. 37-38).

Como já dito, para se tiver conhecimento da classificação dos sistemas processuais é preciso analisar qual o seu princípio informador, e o deste sistema, por manter a gestão das provas nas mãos das partes, é o *princípio dispositivo*. O destinatário da prova é o julgador, é ele quem vai analisar o que foi obtido na instrução do processo e decidir se ficou convencido ou não do que supostamente ocorreu. Destarte, para que não houvesse provas inadmissíveis no processo, normas eram impostas, bem como

termos e proibições sobre a prova, sob pena de nulidade, refutando-se as provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos (DIGESU, 2014).

No entanto, na época do Império, teve início a insatisfação com o sistema acusatório vigente em razão de que não era suficiente a repressão de novos delitos, bem como acabava por possibilitar que inconvenientes fossem criados por sede de vingança ou animosidades. Essa insatisfação que crescia mais a cada dia deu causa a invasão processual dos juízes, que acabaram por agregar as atribuições que pertenciam aos acusadores privados. Com isso deu-se início a reunião das funções de acusar e julgar em um mesmo órgão do Estado (LOPES JÚNIOR, 2017).

Observam-se os juízes, como órgãos do Estado, começaram a proceder de ofício, sem acusação formal, realizando, eles mesmos a investigação e posteriormente dando a sentença. Esse era o chamado procedimento extraordinário, que, ademais, introduziu a tortura no processo penal romano (LOPES JÚNIOR, 2014). Diante disso, as sentenças que antigamente eram lidas em público começaram a ser lido a portas fechadas, o que antes era realizado através da oralidade passa a ser feito na forma escrita. Surgem então as características do que ficaria conhecido como modelo inquisitório. Salienta Lopes Júnior (2014):

A principal crítica que se fez ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 95).

Contudo, mesmo diante das críticas ao sistema acusatório, aduz Eugênio Pacelli (2017):

Não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material

probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente do sistema acusatório (PACELLI, 2017).

No entanto, com o decurso do tempo o modelo inquisitório acabou por ser substituído também. Em meados do século XVIII, com a Revolução Francesa e suas novas ideologias e postulados de valorização do homem os traços cruéis e descabidos do sistema inquisitório foram esquecidos para a volta do sistema acusatório.

Ressalte-se que com a adoção novamente do sistema acusatório o processo penal volta a ter um funcionamento totalmente divergente do que vinha sendo praticado. Destaca Lopes Júnior (2014) que o juiz incumbido de sentenciar assegura a imparcialidade do processo, bem como possui tranquilidade para realizar tal tarefa, garantindo assim o trato digno e respeitoso que merece o acusado, pois deixa de ser um mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Igualmente, cumpre ressaltar que com a inércia exercida pelo julgador a responsabilidade das partes fica maior, tendo as mesmas o dever de levar ao processo as provas produzidas que poderão demonstrar o que aconteceu. Destarte, salienta Lopes Júnior (2014):

Importante é ressaltar que é a separação das funções que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera da atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante na própria estrutura processual. Não podemos esquecer, ainda, da importância do contraditório para o processo penal e que somente uma estrutura acusatória o proporciona (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 96).

No tocante a discussão quanto ao sistema processual adotado pelo modelo brasileiro, tem-se uma grande diversidade de

doutrinadores que o classificam como misto. Entretanto, como já dito, essa seria uma classificação inconcebível nas visões de Lopes Junior (2014) e Di Gesu (2014), em razão de que não há sistema misto, pois o sistema precisa seguir a um princípio informador. Sendo assim, seguirá o princípio inquisitivo ou o princípio dispositivo, não podendo seguir os dois ao mesmo tempo. Com relação ao tema pondera Di Gesu (2014):

Em que pese haver na Constituição Federal brasileira uma série de regras caracterizadoras do modelo acusatório, não há previsão expressa acerca da garantia de o processo penal ser orientado por tal sistema, deduzindo-se daí que sua consagração advém de uma interpretação sistemática da Constituição, e não de previsão expressa na lei (DI GESU, 2014, p. 39).

Já Paulo Rangel (2017), em relação ao tema, observa:

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessária. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade processual. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito (RANGEL, 2017, p. 53).

Além disso, quanto à classificação do modelo brasileiro, em razão do Código de Processo Penal ser de 1940 e possuir resquícios do sistema inquisitório como, por exemplo, a redação do artigo 156 é que Lopes Júnior (2007 *apud* DI GESU, 2014) define o sistema

processual brasileiro como *(neo)inquisitório* e não pós-inquisitorial, justamente por não ter havido a superação do modelo anterior.

Ademais, cabe ressaltar a visão de Giacomolli (*apud* DI GESU, 2014) de que o processo penal deve ser encarado como um instrumento neutro da jurisdição, em claro abandono, da concepção unilateral do processo restrito à incidência do *ius puniendi*. O que quer dizer que deveria servir apenas como um instrumento que possibilita o exercício do direito de punir do Estado, mas que principalmente priorize a dignidade do ser humano, preservando as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, bem como tratando o imputado como sujeito processual, e não mais como mero objeto. Por fim, essenciais são as palavras de Di Gesu (2014) ao afirmar que “O respeito às regras do devido processo legal, em um ‘jogo limpo’, pautam o modelo acusatório”.

2. Prova no processo penal

Guilherme de Souza Nucci (2015) explica:

O termo *prova* origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo *provar* – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. Entretanto, no plano jurídico, cuida-se, particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. Vincula-se, por óbvio, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio (NUCCI, 2015).

O Direito não existe sem o fato e não se pode ter conhecimento sobre esse fato se não houver provas. Dessa forma, o processo é visto como uma máquina retrospectiva, onde as provas

são as responsáveis pela reconstrução do fato passado (LOPES JÚNIOR, 2014). O magistrado, através das provas que serão levadas ao processo pelas partes, deverá convencer-se acerca do fato que aconteceu no passado. Nessa busca pela reconstrução do fato enfrenta-se o problema da busca pela verdade, pois não cabe às partes demonstrar a verdade absoluta ou objetiva, eis que basicamente impossível, mas ao invés disso, conforme Nucci (2015) aponta: “cabe às partes construir, no espírito do magistrado, a *certeza* de que a verdade corresponde aos fatos alegados em sua peça, seja ela de acusação, seja de defesa”. No tocante ao tema verdadeiramente complexo quanto à busca da verdade, relata Eugênio Pacelli (2017):

Ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada prova física (ou suplício), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios de prova (PACELLI, 2017, p. 333).

Tourinho Filho (1992 *apud* PACELLI, Eugênio 2017) cita alguns exemplos de provas realizadas pelo sistema *ordálico*, quais sejam a prova da água fria onde o acusado era jogado na água e declarado culpado caso viesse à tona, entretanto se submergisse seria considerado inocente. Era utilizada também a prova do ferro em brasa onde o indivíduo deveria passar descalço por cima de uma chapa de ferro em brasa, neste caso seria inocente se nada lhe acontecesse e seria culpado se queimasse, pois aí então sua culpa estaria se manifestando através das queimaduras.

Portanto, mesmo que seja impossível reconstruir a verdade absoluta dos fatos em razão de que aconteceu no passado e não voltará a acontecer, cabe sim às partes atuantes no processo demonstrar ao juiz a *verdade* dos fatos que estão alegando,

buscando dessa forma alcançar a convicção do juiz de forma favorável ao seu interesse, mesmo que todo esse cenário probatório criado possa ser distanciado da realidade. Quem *prova*, no processo, convence o juiz e dessa forma vence a disputa, podemos assim dizer. Entretanto, tudo isso não significa que o resultado do processo deva ser, necessariamente, adequado e amoldado perfeitamente à realidade, pois conforme a escritora Wislawa Szymborska “nada acontece duas vezes e nem acontecerá”, ou seja, não está ao alcance de ninguém a reprodução perfeita de um fato pretérito (NUCCI, 2015). Dessa forma, pondera Eugênio Pacelli (2017):

Assim, ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma *certeza do tipo jurídica*, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal.

2.1 Princípios gerais da prova

Através dos princípios, busca-se não somente a simples regulação de um caso ou então, a supressão das lacunas da lei. Para, além disso, através da principiologia da prova, almeja-se a sistematização da matéria, diante da necessidade de o intérprete do direito compatibilizar e adaptar os direitos e garantias constitucionais a um sistema atrasado e de origem inquisitorial como o do Código de Processo Penal brasileiro (DI GESU, 2014).

Princípio, portanto, é uma norma com alto grau de abstração que expressa um valor fundamental dentro do ordenamento jurídico que limita as regras que se relacionam com ele, integra as lacunas normativas, serve de parâmetro para a atividade interpretativa e,

por possuir eficácia, pode ser concretizado e gerar direitos subjetivos. Em suma, a conceituação de “princípios” pode ser definida como as normas essenciais que determinam condutas obrigatórias e impedem a adoção de procedimentos com eles incompatíveis (WESTPHALEN, 2011, p. 66).

2.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais.

O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. Por isso, está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, pois obriga que a reconstrução da “pequena história do delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 221).

O processo penal é visto por muitos como um jogo que deve seguir a determinadas regras. O referido princípio se encaixa perfeitamente em uma das regras mais importantes, senão a mais importante, pois, determina que o juiz deve ouvir as versões de ambas as partes porque caso não faça isso acabará tendo conhecimento de apenas metade da história e isso seria obviamente injusto, desviando assim do principal objetivo do Direito que é a obtenção da justiça. Dos meios e estratégias que as partes possuem, o processo penal exige que pelo menos seja dado a ambas as partes a oportunidade de vir ao processo e falar, de apresentar a sua versão dos fatos.

No tocante ao exercício da Ampla Defesa Di Gesu (2014) afirma que a defesa jamais pode ser obrigada a praticar determinado ato processual. Tem ela o direito de praticar ou assumir a responsabilidade da omissão processual. Entretanto, ao juízo cabe o dever de cientificar ambas as partes, bem como garantir que no caso de querer se pronunciar a informação dada

pelos partes seja ouvida. Afirma então que o contraditório resume-se no direito de informação e na efetiva participação no processo. No mesmo sentido, Giacomolli (*apud* DI GESU, 2014):

(...) ressalta que o contraditório como a essência do processo jurisdicional, isto é, a marca diferenciadora dos demais procedimentos, configurando-se em um verdadeiro procedimento em contraditório: “tese e antítese, voz ativa e voz passiva, pedido e contrapedido, ataque e defesa, culpado ou inocente, igualdade de meios de acusar e de se defender. Isso é a essência do contraditório cujo equilíbrio deve ser garantido pelo juiz” (DI GESU, 2014, p. 69).

Di Gesu (2014, p. 68) afirma que o contraditório supera uma possível desigualdade no processo ao possibilitar uma igualdade de oportunidades, igualdade de tratamento, e uma simétrica paridade de armas as partes. Conforme Giacomolli (*apud* DI GESU 2014) cabe à defesa o dever produzir uma antítese firme e consistente à tese acusatória, utilizando-se dos meios disponíveis para rebater os fatos alegados pela acusação. No quesito provas, Lopes Júnior (2001) explica quais os momentos em que o contraditório deve ser observado:

Especificamente em matéria probatória, o contraditório deve ser rigorosamente observado nos quatro momentos da prova: 1º *Postulação* (denúncia ou resposta escrita): contraditório está na possibilidade de também postular a prova, em igualdade de oportunidades e condições; 2º *Admissão* (pelo juiz): contraditório e direito de defesa concretizam-se na possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova; 3º *Produção* (instrução): o contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção da prova; 4º *Valoração* (na sentença): o contraditório manifesta-se através do controle da racionalidade da decisão (externada pela fundamentação) que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal. Sublinhe-se a imprescindibilidade do contraditório, que deve permear todos os atos e momentos da prova (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 571).

2.3 Princípio da presunção de inocência

A presunção de inocência atualmente está prevista expressamente no artigo 5º. LVII, da Constituição Federal, sendo que o mesmo prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”. A chamada presunção de inocência remonta primeiramente ao Direito Romano, mas a mesma foi seriamente atacada e até mesmo invertida no período da inquisição da Idade Média. Basta recordar que naquela época a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma sem prova, que comportava um juízo de semiculpaabilidade e semicondenação a uma pena leve, ou seja, era na verdade uma presunção de culpabilidade e não de inocência. No *Directorium Inquisitorum*, Eymerich orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem juntos, uma sem prova e isso é suficiente para uma condenação” (LOPES JÚNIOR, 2014).

Quanto ao tema, Beccaria (BECCARIA, Cesare *apud* LOPES JÚNIOR, Aury, 2014) há seu tempo, já dizia que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida”. Aduz Di Gesu (2014):

Processualmente falando, o princípio da presunção de inocência possui um *dúplice significado*, tendo implicações diretas no âmbito da prisão e da prova. Em síntese, no que concerne à prisão, determina ser a utilização de medidas restritivas de liberdade pessoal reservada aos casos excepcionais, pois a liberdade é a regra e a prisão a exceção. Quanto à matéria probatória, a presunção de inocência é tida como regra processual, no sentido de o acusado não ser obrigado a fornecer prova de sua inocência, pois esta é presumida e, em caso de dúvida, impera a absolvição (DI GESU, 2014, p. 64).

No mesmo sentido se posiciona Ferrajoli (1997 *apud* DI GESU 2014) ao apoiar a ideia que de a presunção de inocência pode ser tida como uma regra de tratamento ao imputado, onde deve ser seguida para excluir ou restringir ao máximo a limitação imposta a sua liberdade pessoal, bem como também se trata de uma regra de juízo impondo à carga da prova à acusação até o momento da absolvição. Neste norte, a acusação possui a carga de provar a referida alegação e à defesa cabe o direito, e não dever, de contradizê-la.

O princípio da presunção de inocência apresenta o destino da carga da prova. Contudo, como já dito, é direito do réu a possibilidade de contraditar a prova produzida pela acusação no decorrer do processo, e também direito de produzir, se quiser, provas com o objetivo diminuir os riscos de, ao final do processo, ter uma sentença desfavorável. Exercendo, portanto, de forma ampla, o direito a sua defesa processual (DI GESU, 2014).

2.4 Princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional

A motivação das decisões judiciais está garantida pelo que prevê o artigo 93, especificamente em seu inciso IX, da Constituição juntamente com o que prevê o artigo 155 do Código de Processo Penal.

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos

informativos colhidos na investigação, ressalvados às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Esse princípio reflete a liberdade concedida ao juiz no momento de sentenciar. Contudo, desde já é necessário pontuar que tal liberdade é também restrita, ou seja, o magistrado não será influenciado por interesses políticos, econômicos, sociais ou até à vontade da maioria, ao passo que também não poderá usar de suas próprias vontades ou convicções para decidir o que está sendo julgado. O livre convencimento está em dispor de inúmeras possibilidades para sentenciar, contudo ao mesmo tempo estar restrito ao quesito motivação, sendo que poderá alegar o que acreditar ser o melhor e o mais justo, mas deverá apontar o porquê disso, deverá motivar tal decisão permitindo que as partes possam entender o que o levou a tomar aquela decisão específica.

No tocante ao sistema de valoração da prova os magistrados já experimentaram vários. O primeiro deles seria o da íntima convicção, sobre o qual pontua Di Gesu (2014) que “o processo era resolvido conforme o foro íntimo [...] sem necessidade de motivação da decisão. O juiz não era obrigado a declinar as razões pelas quais chegou a uma determinada conclusão”. O segundo sistema foi o conhecido como da prova legal ou tarifada, este é o oposto do anterior pelo motivo de que atribuía valores distintos a determinadas provas e com isso acaba meio que anulando o poder discricionário do juiz e o entregando a uma autoridade alheia ao processo (DI GESU 2014). Sobre a prova tarifada afirma Di Gesu (2014):

[...] Nestes termos, a declaração de várias testemunhas prevalecia sobre o depoimento de uma única pessoa; um documento era mais valorado que o testemunho; a confissão era verdadeira “rainha” das provas, e assim por diante. A atuação do juiz tornou-se mais restrita, limitando-se a analisar o contexto probatório, a fim de atribuir-lhe valor previamente estabelecido por lei (DI GESU, 2014, p. 73).

Por fim, o terceiro sistema chamado de persuasão racional ou livre convencimento motivado, onde, segundo as palavras de Di Gesu (2014), “o julgador deixou de ter uma participação meramente instrumental para, finalmente, ser o sujeito responsável pela valoração da prova e conseqüente tomada da decisão”. Conforme afirma Paulo Rangel (2017) “a apreciação é da prova. Deve haver prova nos autos, seja para condenar, seja para absolver. O juiz não pode se afastar da análise da prova que consta dos autos”. Dessa forma, fica claro que o juiz, como já dito, possui a liberdade quanto à tomada de sua decisão, entretanto deve ficar adstrito às provas que foram produzidas no processo em razão de que as partes possuem o direito de conhecer as razões que levaram o magistrado a decidir daquela maneira, para que, querendo, possam exercer também o seu direito ao duplo grau de jurisdição. No tocante a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais se posiciona Lopes Júnior (2014) da seguinte forma:

Serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 234).

Giacomolli (*apud* DI GESU 2014) sustenta a necessidade das decisões serem motivadas e fundamentadas em razão de que os termos são sinônimos, pois a fundamentação explica porque aquela versão ou aquela prova foi escolhida ao invés da outra. Já a motivação demonstra quais são as bases fáticas e de direito que

permitiram aquela determinada fundamentação acerca da decisão. Por fim, muito bem explana Lopes Júnior (2014) ao dizer que:

O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o *saber* que legitima o *poder*, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 235).

3 Prova testemunhal

A prova testemunhal é um dos, senão o principal, meios de prova utilizados na formação do convencimento do julgador nos processos criminais. Em que pese, mas contradições existentes quanto à credibilidade do testemunho, este é utilizado como base na imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas pelos magistrados. Contudo, a sua má ou inadequada utilização pode acarretar danos imensuráveis ao processo penal, chegando ao ápice de uma restrição de liberdade poder ser decretada com base em um testemunho de pouca confiabilidade, sabendo-se que a liberdade é um dos bens jurídicos tutelados pela Carta Magna de 1988.

A testemunha, portanto, não se confunde com uma das partes do processo por não possuir interesse na lide. Sendo assim, teoricamente, o seu depoimento deveria ser neutro. Entretanto, o ser humano nem sempre (quase nunca) é neutro, haja vista ser traído na maioria dos casos pelo temor, pela paixão ou até mesmo pela sua própria memória. Isso é o que nos leva a estudar mais profundamente como são criadas as memórias e a sua ligação com os depoimentos testemunhais.

Távora e Alencar (2017) afirmam que testemunha “é a pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face das percepções colhidas sensorialmente”. Já, Nucci (2015) declara que a “testemunha é a pessoa que toma

conhecimento de um fato juridicamente relevante, sendo apta a confirmar a veracidade do ocorrido, sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade”. No que tange a capacidade de testemunhar, o Código de Processo Penal prevê que toda pessoa poderá ser testemunha (artigo 202 do CPP); entretanto, também há previsão de hipóteses em que a pessoa poderá recusar-se a depor (artigo 206 do CPP), as pessoas que são proibidas de depor (artigo 207 do CPP), e aquelas que não são submetidas a prestar o compromisso de “dizer a verdade” (artigo 208 do CPP).

Quanto ao compromisso de “dizer a verdade”, o artigo 203 do CPP dispõe: “A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, [...] explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade”. Em outros termos, compromete-se a testemunha a narrar somente o que realmente viu ou ouviu acerca do fato objeto do processo criminal, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho previsto no artigo 342 do Código Penal. Nada mais é do que o compromisso ou juramento de dizer a verdade, que segundo Nucci:

[...] É exatamente a fórmula encontrada pela lei para estabelecer a diferença entre a testemunha (pessoa obrigada a narrar a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso *testemunho*) e outros declarantes, que podem prestar informações ao juiz, embora sem o dever de narrar fielmente a verdade (NUCCI, 2015).

No tocante a metodologia utilizada na realização da colheita do depoimento testemunhal, o Código de Processo Penal sofreu mudanças legislativas através da Lei nº 11.690 no ano de 2008. Uma das principais alterações diz respeito ao artigo 212 da legislação, que possuía a seguinte redação “[...] as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará a testemunha [...]”, ao passo que após a reforma, o referido artigo adaptou-se às

regras e características do sistema acusatório, passando a possuir o seguinte texto legislativo:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

O Código de Processo Penal adotava uma metodologia voltada ao sistema inquisitório ao dispor que o juiz seria o primeiro destinatário dos questionamentos, antes mesmo das partes, pois, após a análise da pergunta feita pelas partes caberia ao juiz reformulá-la, se necessário, e então direcioná-la àquela testemunha que estava destinada a respondê-la. No tocante ao tema, uma crítica a esse sistema “inquisitorial” de colheita de testemunho refere-se ao fato de o juiz ser o primeiro a questionar o depoente e, depois de satisfeitos os seus questionamentos, passar a palavra às partes, as quais, segundo o sistema acusatório, seriam as responsáveis por gerir a prova desde o início (DI GESU, 2014).

A alteração trazida à legislação pela Lei 11.690 de 2008 retirou do juiz o papel de protagonista da instrução e concedeu a ele o papel de juiz-espectador (LOPES JÚNIOR, 2014). Dessa forma, cabe ao juiz compromissar a testemunha no momento da abertura da audiência e permitir que as partes façam seus questionamentos à testemunha primeiramente, e só no final, caso haja algum ponto não esclarecido, o juiz poderá complementar a inquirição. Ainda, deve a parte que arrolou a testemunha ser a primeira a inquiri-la, pois é através das perguntas que demonstrará o que pretende provar e, na sequência, a outra parte exercitará o contraditório reformulando perguntas que lhe interessem (DI GESU, 2014). Tais mudanças são de suma importância em razão de que é as respostas dadas aos questionamentos feitos a testemunha, independente de quem os faça que vá auxiliar no convencimento do magistrado no

momento de proferir a sentença. Quanto à importância da metodologia utilizada na colheita do testemunho, posicionam-se Távora e Alencar (2017):

Percebe-se claramente a preocupação do legislador em evitar que a parte faça perguntas tendenciosas, levando a testemunha a erro, onde a resposta acabe sendo fabricada por argúcia do interpelante, retirando do testemunho a espontaneidade necessária para o esclarecimento da verdade. Quer-se evitar também o testemunho moldado, onde a parte faz as afirmações e praticamente convoca a testemunha a concordar ou discordar, retirando-lhe totalmente a liberdade de analisar e até mesmo entender o que foi indagado. A habilidade na condução do testemunho pela acusação ou pela defesa pode acabar fazendo da testemunha verdadeira marionete, alçada arditamente a dizer o que se quer ouvir (TÁVORA, 2017, p. 727).

Destarte, acerca da nova redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal, o ponto mais difícil, segundo Lopes Júnior (2014) é superar o ranço inquisitório que domina o senso comum dos atores judiciais, tanto que ainda há (e muito) quem não tenha aderido às inovações legislativas. Por fim, de forma gradativa a jurisprudência vem se adequando a essa nova sistemática processual, sendo que há variação quanto a consequências decorrentes da violação da referida sistemática (para alguns, nulidade absoluta; para outros, nulidade relativa).

Conclusão

O objetivo do presente estudo foi alcançado, qual sejam a análise dos sistemas processuais penais, da prova testemunhal e seus caracteres, da formação e quais os tipos existentes de memória, do fenômeno das falsas memórias e das suas implicações no tocante ao Processo Penal. Neste sentido, percebeu-se que a prova testemunhal é um dos meios de prova responsáveis por trazer ao processo informações importantes do fato pretérito que

se pretende reconstruir, por meio de um processo de captação, armazenamento e resgate de dados percebidos da situação vivida.

Entretanto, ao mesmo tempo, percebeu-se que a prova testemunhal está envolta por complexidade devido a sua fragilidade. A partir do seu estudo, em consonância com a análise de como se dá o funcionamento da memória, foi possível verificar o quão arriscado se torna utilizar somente esse meio probatório para convencer o julgador. As lembranças estão suscetíveis a falhas e interferências a todo o momento. Todos sofrem alterações nas lembranças e na memória no decorrer do dia e da vida. Em razão disso é possível afirmar que as declarações feitas pelas testemunhas ou vítimas podem estar maculadas, ou seja, a pessoa que as profere pode estar crente de que vivenciou o que está declarando, descrevendo até mesmo com riqueza de detalhes. Entretanto, suas declarações podem não passar de falsas lembranças que foram contaminadas por fatores externos (parentes, mídia, amigos) ou fatores internos (medo, paixão, angústia).

As emoções também são fator predominante no que tange à contaminação da memória, eis que dependendo de qual é o estado de humor da pessoa no momento em que presenciou determinado delito sua memória absorverá as informações de formas diferentes. Importante salientar que é praticamente impossível ao ser humano controlar suas emoções, sendo assim, esse é um fator de contaminação no qual não se pode interferir.

Outro ponto que merece ser salientado é o fato das contaminações da memória poderem ocorrer no momento da colheita da prova em razão da inaptidão dos operadores do direito. Pode acontecer através de reconhecimentos pessoais mal feitos, de questionamentos tendenciosos ou sugestivos, do transcurso do tempo desde o delito, enfim, inúmeras são as possibilidades de contaminação pelos próprios responsáveis em colhê-la.

A necessidade de abordagem do tema surge do fato de que cada vez mais a prova testemunhal é utilizada como único

fundamento de convencimento àquele que sentenciará o processo criminal e, tendo em vista a enorme gama de falhas a que está suscetível, imperiosa se faz a busca pelo aperfeiçoamento da forma em que se realiza a instrução processual.

Referências

- DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- LOPES JÚNIOR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 15, n. 175, 2007.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Fundamentos do Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215576/cfi/60!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 14 mai. 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- _____. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 03/2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6304-0/cfi/6/18!/4/24/6@0:100>. Acesso em: 14 mai. 2018.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010268/>. Acesso em: 14 mai. 2018.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011456/cfi/6/46!/4/976/4@0:94.1>. Acesso em: 14 mai. 2018.
- TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

Tipificação do feminicídio: análise da qualificadora no ordenamento jurídico brasileiro¹

Angela Pasinato²

Introdução

O artigo estuda a questão da tipificação dos delitos de feminicídio, quanto à qualificadora de feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro. Feminicídio é o assassinato cometido por homens vitimando pessoas do gênero feminino, foi inserida como qualificadora para o crime de homicídio através da Lei 13.104/2015, que instituiu o parágrafo sexto ao artigo 121 do Código Penal Brasileiro.

Inicialmente, analisa sobre o conceito de violência de gênero, pois na maioria das vezes os assassinatos de mulheres se dão mediante uso de violência por parte do assassino, por sentir-se superior à condição feminina da vítima. São diversas formas de violências sofridas pelas mulheres pela condição de serem mulheres, sendo elas: física, psicológica, sexual, patrimonial e

¹ Artigo produzido da pesquisa do Trabalho de Conclusão de Curso - TCC/Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo- UPF, Campus Lagoa Vermelha.

² Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF - RS. *E-mail:* angelapasinatojsjo@gmail.com.

moral. Salienta-se que na maioria dos casos a violência contra a mulher acontece no âmbito familiar.

Após, pesquisa a evolução do direito das mulheres através de uma perspectiva feminista, apresentando uma análise histórica sobre a conquista dos direitos das mulheres, e a luta pela igualdade de gênero no decorrer dos tempos. Igualmente necessária é a análise das teorias feministas que impulsionaram essa luta.

Posteriormente, estuda do conceito de feminicídio e os principais fatos que antecederam a Lei 13.104/2015 que instituiu a qualificadora de feminicídio. Foram grandes os desafios enfrentados pelas mulheres, visto que as estatísticas de mulheres mortas por homens no mundo aumentavam constantemente, por outro lado se iniciava a caminhada para a inclusão da qualificadora de feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro. Finalmente, os requisitos que tipificam o delito de feminicídio, as posições doutrinárias divergentes e classificações de homicídios que podem ser qualificados por feminicídio, de acordo com o contexto em que cada fato ocorreu.

1. Conceito de violência de gênero

Gênero conforme o dicionário brasileiro é o agrupamento de seres que possuem características comuns. Violência conforme o dicionário brasileiro significa usar a agressividade de forma intencional e excessiva para ameaçar ou cometer algum ato que resulte em acidente, morte ou trauma psicológico. O significado de violência de gênero nada mais é que o acometimento de atitudes violentas em razão do gênero dos indivíduos envolvidos, ou seja, a violência acontece em virtude de alguém ser do gênero masculino ou feminino. Estatisticamente é possível confirmar que as maiores vítimas de violência de gênero são as mulheres. Os psiquiatras forenses, Helena Dias de Castro Bins e Lisieux E. de Borba Telles, juntamente com a psicóloga Renata Maria Dotta Panichi, definem violência como:

[...] uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação. (BINS *et al.*, 2006, p. 357-358).

Maria Amélia de Almeida Teles (2017, p. 244) traz em sua obra uma análise sobre o significado de gênero:

[...] gênero é uma estrutura social que constrói relações desiguais e legitima a desigualdade na participação política, social, econômica e cultural entre mulheres e homens, independentemente da classe social, raça/etnia, orientação sexual, faixa etária [...].

A mesma autora traz uma análise histórica da desigualdade de gênero e a distinção nas formas de violência, conforme o gênero do indivíduo. Relata que os crimes da ditadura militar, por exemplo, precisam ser analisados sob o ponto de vista do gênero, pois mesmo sendo graves violações dos direitos humanos de mulheres e homens, tais crimes foram praticados de maneira distinta quando se tratava de violações dos direitos humanos das mulheres:

[...] as condições específicas das mulheres, como a gravidez, a maternidade, o parto, o aleitamento materno, o abortamento, a menstruação e até mesmo o fato de serem simplesmente mulheres, foram usados, pela repressão política, como mais um recurso para torturar e violentar as mulheres. Ou seja, os agentes do estado ditatorial utilizaram da condição feminina para acirrar todo o processo de repressão contra a população, inclusive para executar os sequestros, as torturas e assassinatos [...]. (TELES, 2017, p. 244).

Diante do exposto, é possível comprovar que a violência de gênero, especialmente no que se refere às mulheres, foi por muitos anos aceita com resignação pela sociedade, inclusive pela maioria

das mulheres, até o surgimento da Lei Maria da Penha que passou a reger os casos que envolviam violência contra as mulheres. A Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, conhecida por Lei Maria da Penha, gera instrumentos para reprimir a violência no âmbito doméstico e familiar contra a mulher. Em consonância com o § 8º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, com a Convenção que trata da Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher traz a disposição a respeito da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; trata de alterações ao Código de Processo Penal ao Código Penal e a Lei de Execução Penal; além de trazer outras providências. A Lei supramencionada em seu artigo 5º dispõe o seguinte:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

A Lei Maria da Penha de fato foi um marco revolucionário no ordenamento jurídico brasileiro, definindo com clareza a violência de gênero, gerando inúmeras discussões entre movimentos feministas e entre operadores do direito, a obra de Adriana Ramos de Mello expõe a ideia de Karan e outros:

Alguns compreenderam a Lei Maria da Penha como uma verdadeira revolução no tratamento da matéria, mas comentam, por outro lado, ter havido um abandono do que havia mais de uma década era visto como um novo paradigma, pautado pela mediação e o consenso e, em lugar dele, ter havido aderência à intervenção do sistema penal como forma de resolução dos conflitos sociais. Para estes autores o enfrentamento da violência de gênero, a superação dos resquícios patriarcais, o fim dessas ou de qualquer outra forma de discriminação, não se dá através da sempre enganosa, dolorosa e danosa intervenção do sistema penal. (KARAN, 2007; AZEVEDO, 2008; *apud* MELLO, 2017, p. 97).

A psicóloga Tania Pinafi, integrante do Núcleo de Estudos sobre Violência e Relações de Gênero em São Paulo expõe que “a violência contra a mulher é uma construção histórica – portanto, passível de desconstrução – que traz em seu seio estreita relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder”. (PINAFI, 2007 *apud* TASCA, *et al.*, 2013, p. 46).

Segundo a obra supracitada, se atentarmos para o assunto através de uma perspectiva histórica é possível considerar que a violação dos direitos das mulheres vai além da violência doméstica e sexual. Abrange a diferenciação de remuneração com relação aos homens, a desigual distribuição de renda, o tratamento bárbaro que encontram nos serviços de saúde e o assédio sexual no ambiente de trabalho. Ainda, nesse sentido, a obra traz que “essas discriminações e sua invisibilidade agravam os efeitos da violência física, sexual e psicológica contra a mulher”. (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2001 *apud* TASCA, *et al.*, 2013, p. 48)

É notória que os resquícios da ideologia discriminatória vivida em tempos remotos, encontram-se ainda entranhada na sociedade atual, a desigualdade entre os gêneros e a colocação da mulher como figura subordinada ao homem, permanece até os dias de hoje. Diante disso, em uma sociedade atual e ao mesmo tempo tão patriarcal, ainda se faz necessária a intervenção do sistema penal, visando preservar a mulher vítima de violência de

gênero. Para Adriana Ramos de Mello, a violência de gênero quando analisada sob o crivo de um olhar feminista, é possível perceber que tal violência é um problema político no mundo.

Através da investigação científica diferenciamos as várias formas de violência, erradicamos conceitos misóginos não científicos como o de crime passional e definimos legalmente a violência sexual, estupro, incesto, assédio, violência conjugal e familiar, e outras formas de violência baseada no gênero: trabalhista, patrimonial, psicológica, intelectual, simbólica, linguística, econômica, jurídica e política. (MELLO, 2017, p. 96)

Nota-se, que a violência baseada no gênero, especialmente no que tange as vítimas mulheres, envolve muito mais do que a violência física, gerando muitas vezes danos irreversíveis, sendo que tal exercício de violência se prolongou no decorrer dos anos e ainda permanece entranhado na sociedade atual.

2. Modalidades de violência de gênero

Apesar de as mulheres não serem as únicas vítimas de violência, estas são as principais, principalmente quando falamos em violência no seio familiar, lugar este que deveria ser ambiente de amparo e harmonia. Sabemos, no entanto, que não é a realidade de inúmeros lares onde a violência nas mais diversas modalidades predomina de forma significativa. Conforme a obra, “É Pensando Nos Homens que Eu Perdoo aos Tigres as Garras que Dilaceram”, constata-se que não se pode ignorar que os homens também podem ser vítimas de violência, contudo, a violência contra a mulher tem por característica a alta incidência dentro da própria família, além da concordância da sociedade e do forte e/ou prolongado abalo sobre a saúde e bem-estar das mulheres.

As Nações Unidas definiram a violência contra a mulher como “qualquer ato de violência baseada no gênero que resulta, ou que provavelmente resultará em dano físico, sexual, emocional ou

sofrimento para as mulheres, incluindo ameaças e tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, seja na vida pública ou privada”. A violência contra a mulher ocorre em todos os países, em todos os grupos sociais, culturais, religiosos e econômicos. No nível social, a violência contra a mulher é mais comum em culturas em que os papéis de gênero são estritamente definidos e impostos, onde a masculinidade é associada a dureza, honra ou dominância masculina; onde a punição de mulheres e crianças é aceita; onde a violência é a forma padrão para resolver conflitos. (PATH, 2002 *apud* TASCA, *et al.*, 2013, p. 48-49)

A violência no âmbito conjugal conforme traz a obra organizada por Elias Abdalla Filho e outros são causados por inúmeros fatores:

As variáveis mais frequentemente encontradas dividem-se em características pessoais do agressor, da comunidade e sociais como:

Fatores da comunidade: pobreza, desemprego, associação a amigos delinquentes e isolamento das mulheres e famílias.

Fatores da sociedade: normas socioculturais que concedem aos homens o controle sobre o comportamento feminino, aceitação da violência como forma de resolução de conflitos, conceito de masculinidade ligado à dominação, honra ou agressão e papéis rígidos para ambos os sexos.

Fatores do agressor: ser homem, ter pai ausente, consumir bebidas alcoólicas e/ou drogas, ter presenciado violência conjugal ou sofrido agressões quando criança. A criação em um ambiente onde a violência conjugal ocorre com frequência e é considerado um comportamento masculino normal encoraja homens jovens a acreditarem que tal agressão é natural e aceitável, sugerindo ser essa a única forma para solução de conflitos. (BINS *et al.*, 2016, p. 360)

A Lei Maria da Penha traz em seu artigo 7º a especificação dos tipos de violência doméstica:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause 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;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Apesar dos abusos acontecerem em diversos cenários socioeconômicos, a classe mais pobre e toda a bagagem que esta traz, incluindo a perturbação e frustração por conta das necessidades e a situação calamitosa em que vivem, colabora para a violência desferida por parte do parceiro.

2.1 Violência física

Compreende-se por violência física a agressão corporal exercida por um indivíduo contra outro, é o tipo de violência mais

conhecido e o que mais gera repercussão principalmente quando se tem como vítima uma mulher. A violência física é prevista no artigo 7º, inciso I, da Lei 11.340/2006, que assim a descreve: “Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”. Ainda, conforme traz Pedro Rui da Fontoura Porto, “violência física é a ofensa à vida, saúde e integridade física. Trata-se da violência propriamente dita, a *vis corporalis*”. (PORTO, 2006, p. 8).

Através do livro “É pensando nos homens que eu perdoos as garras que dilaceram”, constata-se que a violência física no âmbito doméstico, nada mais é que “qualquer ato que prejudica a integridade ou saúde corporal da vítima”. (TASCA, *et al.*, 2013, p. 154). No decorrer dos tempos, nos mais diversos meios culturais, as mulheres, são ensinadas para satisfazerem as vontades e necessidades do sexo oposto, ou seja, os homens, deixando para trás seu livre arbítrio, nesse sentido o livro sob organização de Ivaldino Tasca:

Conviver com a violência imposta pela socialização desigual e sexista de gênero desde tenra idade faz com que as práticas abusivas sejam naturalizadas e banalizadas. [...] testemunhar violência de forma reiterada pode conduzir a crença de que a violência é um componente normal em uma relação conjugal, de que não há outros tipos possíveis de relação entre homens e mulheres e que estas devem se submeter. Mulheres que sofrem violência conjugal na vida adulta apresentam maior probabilidade de haver testemunhado violência doméstica em suas infâncias. Os papéis estereotipados de gênero vinculados pela cultura através da família tornam invisível tanto a produção e a reprodução da subordinação feminina (forma de violência simbólica e de gênero), quanto a violência física. (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2005 *apud* TASCA, *et al.*, 2013, p. 46)

Ainda, essa mesma obra nos traz que:

A naturalização e a institucionalização das relações violentas facilitam a passividade e a submissão das mulheres, das crianças e adolescentes às situações de violência sofridas, que sequer são identificadas como tal. Experiências reiteradas de violência de baixa e média intensidade, tais como a “violência da socialização cotidiana e a lavagem cerebral”, geram distorções cognitivas através das quais as vítimas incorporam os valores dos opressores de forma não crítica. Mulheres vítimas de abuso físico reiterado podem desenvolver o que ficou conhecido como “Síndrome de Estocolmo”, processo segundo o qual uma refém de um assalto desenvolve aliança profunda com um dos agressores e acabou casando com ele. [...] A aparente submissão tem sido, entretanto, erroneamente percebida como consentimento e aceitação a aparente passividade (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2005 *apud* TASCA, *et al.*, 2013, p. 47)

O livro *Psiquiatria forense* de Taborda, mais precisamente no capítulo *Violência contra a Mulher*, especifica que a violência se apresenta de diversas formas, sendo “agressões físicas, como golpes, tapas, chutes e surras, tentativas de estrangulamento e queimaduras, quebras de objetos favoritos, móveis, ameaças de ferir as crianças ou outros membros da família”. (BINS, *et al.*, 2016, p. 358). Segundo a obra sob autoria de Ivaldino Tasca e outros:

No Brasil, segundo a Fundação Perseu Abrão e o Instituto Patrícia Galvão a cada 15 segundos uma mulher é agredida em razão do uso abusivo de bebida alcoólica ou por ciúme doentio de certos homens. Aqui desobedecer ao marido, retrucar, recusar sexo, não preparar a comida a tempo, falhar no cuidado das crianças ou da casa, questionar o cônjuge a respeito de dinheiro ou mulheres ou até sair de casa sem a sua permissão, são motivos considerados “razoáveis”, servindo de desculpa para injustas e ilícitas agressões. (TASCA, *et al.*, 2013, p. 143)

Diante do exposto, constata-se que a violência física é apenas um dos mais diversos meios de agressão contra a mulher, e talvez o mais frequente. Tal fato constitui um grave problema de saúde

pública, por aumentar significativamente o risco para diversos problemas de ordem física e mental.

2.2 Violência psicológica

A violência psicológica baseada no gênero é qualquer agressão através da linguagem que porventura gere dano a outrem. A Lei 11.340/2006, em seu artigo 7º, inciso II, especifica o que se entende por violência psicológica:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: [...]

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

Ainda, conforme traz Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, p. 8), a “violência psicológica é a ameaça, o constrangimento, a humilhação pessoal. É um conceito impróprio de violência, pois o que aqui se denomina violência psicológica é a grave ameaça, a *vis compulsiva*”. O jurista Rafael Faria através da revista *Visão Jurídica* trouxe uma matéria exclusiva sobre a realidade da violência contra a mulher no século XXI, expondo que a Lei Maria da Penha define a violência psicológica da seguinte forma:

Violência Psicológica: causar dano emocional, diminuir a autoestima, prejudicar e perturbar o pleno desenvolvimento pessoal, degradar ou controlar comportamentos, ações, crenças e decisões mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação e isolamento, tirando a liberdade de pensamento ou ação. (FARIA, 2017)

A violência psicológica perpetrada pelo agressor, como traz Rafael Faria (2017), tem por finalidade determinar e manter o domínio sobre a situação em relação a vítima mulher “é uma violência que segue um roteiro: ela se repete e se reforça com o tempo. Começa com o controle sistemático do outro, depois vem o ciúme e o assédio e, por fim, as humilhações e a abjeção. Tudo para se engrandecer rebaixando o outro.” Tal violência tem por característica sua sistemática contínua que segundo Faria, segue um padrão específico, na busca incessante por obter, manter e exercer o controle sobre a mulher:

Tem início com as tensões normais dos relacionamentos, provocadas pelos empregos, preocupações financeiras, hábitos irritantes e meras diferenças de opinião. Nesses tipos de relacionamentos, as tensões aumentam, começando então uma série de agressões psicológicas, até chegarem às vias de fato. Em contrapartida, nos relacionamentos não violentos, as pessoas discutem sobre as tensões ou as ignoram, e estas tendem a diminuir. (FARIA, 2017)

A obra *Psiquiatria Forense* de Taborda, expõe que abuso psicológico por menosprezo, intimidação e humilhação constantes, são formas de violência e provem de um padrão repetitivo de controle e dominação exercido pelo agressor. Para Helena Dias de Castro Bins, a violência física é frequentemente acompanhada pela violência psicológica:

A coerção psicológica que o parceiro exerce sobre a vítima, na forma de um conjunto de maneiras para controlar ou limitar seu comportamento e as interações sociais ou familiares - insistência em saber onde ela está a todo o momento, suspeita de infidelidade, submissão da mulher a essas ações, o que muitas vezes concorre com outras formas de violência altamente frequentes - também podem, em consequência, trazer efeitos adversos indiretos à saúde. (BINS, *et al.*, 2016, p. 364)

Assim posto, a violência psicológica esta inserida em quase todos os tipos de violência contra a mulher, podendo deixar sequelas mentais gravíssimas na vítima, como o desenvolvimento de transtornos de ansiedade, depressão, dentre outros. Ainda, é passível de entendimento que tal violência é o marco inicial que desencadeia as demais formas de violências principalmente quando ocorre no âmbito doméstico e familiar.

2.3 Violência sexual

É uma violação dos direitos sexuais, traduzida pelo abuso e/ou exploração do corpo e da sexualidade da vítima. Muito embora tal violência atinja homens e mulheres, estas são as principais vítimas em qualquer idade que tenham, porém as mulheres mais jovens apresentam maior risco de sofrer esse tipo de violência. A Lei 11.340/2006, em seu artigo 7º, inciso III, especifica o que se entende por violência sexual:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: [...]

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; [...].

Conforme o que está na Lei Maria da Penha:

A violência sexual não é apenas aquela que diz respeito ao ato sexual em si, mas também abrange outras formas que se enquadram como violência sexual, como obrigar a vítima a olhar imagens pornográficas; obrigar a vítima a manter relação sexual com outras pessoas; obrigar a ter relações que cause desconforto

ou repulsa e obrigar a vítima a ter relação sob coação, intimidação e pelo uso da força física, no caso do estupro conjugal. (CARVALHO, *et al.*, 2010)

Ainda, conforme traz Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, p. 8):

Violência sexual é o constrangimento com o propósito de limitar a autodeterminação sexual e reprodutiva da vítima, inclusive obrigá-la à prostituição, impedi-la de usar métodos anticoncepcionais, etc. Tanto pode ocorrer mediante violência física como através da grave ameaça (violência psicológica).

O jurista Rafael Faria em sua matéria publicada na revista *Visão Jurídica*, expõe a definição dada pela Lei Maria da Penha a respeito da violência sexual: “Violência Sexual: presenciar, manter ou obrigar a participar de relação sexual não desejada mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força que induza a mulher a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo a sua sexualidade”. (FARIA, 2017). Segundo Helena Dias de Castro Bins e outros, ao tratar sobre a violência sexual, “estudos demonstram que de um terço até a metade das mulheres agredidas fisicamente também foram abusadas sexualmente por seus parceiros”. (BINS, *et al.*, 2016, p. 359). Ainda, os autores supramencionados, na obra *Psiquiatria Forense de Tabora* trazem sobre o assunto:

A estatística da epidemiologia desse fenômeno expressa a tolerância da violência contra a mulher em todo o mundo. O primeiro relatório mundial de revisão sistemática com amostras representativas da população mundial em relação à prevalência da violência por um parceiro íntimo e da violência sexual por um parceiro não íntimo em mulheres com no mínimo 15 anos, organizado pela OMS, apresenta resultados impressionantes. Em todo o mundo, 35,6% das mulheres, uma em cada três, experimentou violência física e/ou sexual praticada por parceiro íntimo. Quase um terço (30%) de todas as mulheres foram expostas à violência física e/ou sexual pelo parceiro íntimo, sendo que em algumas regiões do mundo esse índice atingiu 38%. Além disso, 42% das mulheres que foram fisicamente e/ou sexualmente abusadas por um parceiro íntimo

tiveram outras sequelas como consequência da violência. (BINS, *et al.*, 2016, p. 359).

A questão da violência sexual deve ser considerada questão de saúde pública:

A prática dessas violências deve ser considerada um problema de saúde pública, por trazer diversas consequências, tais como: problemas de saúde física, doenças venéreas, transtornos mentais, gravidez indesejada, aborto espontâneo, problemas ginecológicos, distúrbios alimentares, entre outros. (CARVALHO, *et al.*, 2010)

Nas agressões sexuais em que o agressor muitas vezes é o próprio companheiro da vítima, a mulher custa a compreender que está sendo vítima de abuso sexual. O ato sexual forçado é considerado um mero dever conjugal, tal entendimento se dá por conta de todo um contexto histórico de submissão da mulher às vontades e desejos do homem. A violência sexual, na maioria das vezes senão sempre, vem acompanhada da violência física e psicológica, muitas vezes aceita pela vítima em virtude do meio cultural em que está inserida.

2.4 Violência patrimonial

A violência patrimonial dificilmente aparece separada dos demais tipos de violência, quase sempre serve de instrumento para outras agressões como a física ou a psicológica. A Lei 11.340/2006, em seu artigo 7º, inciso IV, especifica o que se entende por violência patrimonial:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: [...]

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais,

bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; [...].

O jurista Rafael Faria em sua matéria publicada na revista *Visão Jurídica*, expõe a definição dada pela Lei Maria da Penha a respeito da violência patrimonial: Para Faria (2007) a “Violência Patrimonial: reter, subtrair, destruir, parcial ou totalmente objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos”. A violência patrimonial tem por objetivo manter a vítima sob o controle do agressor principalmente financeiramente. Esse tipo de violência é pouco conhecido entre as mulheres, restado então, maculado atrás dos outros tipos de violência mais conhecidos.

A violência patrimonial, [...] é ainda, um tipo de violência desconhecido por muitas mulheres, apesar de estar presente em suas vidas, seja nas denúncias isoladamente ou de forma conjugada com outros tipos de violência, principalmente psicológica, associada à perda de bens, tanto de valor material quanto sentimental. A natureza completa e multifacetada da violência patrimonial representa uma violação dos direitos humanos, que transforma o lar em um ambiente de medo, angústia, tristeza e dor, com danos financeiros/físicos/psicológicos e perdas afetivas. (PEREIRA, *et al.*, 2013)

Juliana Domingos de Lima trata a violência patrimonial como violência “invisível”, mas que impossibilita que as vítimas abandonem relacionamentos abusivos, por ser uma agressão de difícil percepção, torna-se mais difícil de ser combatida.

Um dos componentes possíveis de uma situação de violência, o abuso financeiro usa o dinheiro como forma de controle. Impedir que a vítima visse o extrato de uma conta conjunta ou acesse seus recursos, controlar suas compras, proibir que a mulher trabalhe ou provocar sua demissão são algumas das práticas que configuram esse tipo de abuso [...] (LIMA, 2017)

A Lei Maria da Penha, em seu artigo 24, trata das medidas protetivas de urgência específicas para combater a violência patrimonial e os abusos financeiros:

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Esse tipo de agressão atinge mulheres de diversas classes sociais, segundo Juliana Domingos de Lima (2017): “A violência patrimonial e o abuso financeiro, assim como a violência doméstica de forma geral, afetam tanto mulheres pobres quanto de classe média e alta. A lei deve se adequar a essas realidades distintas na emissão das medidas protetivas”. Diante disso, cabe expor que ameaças de destruição ou venda dos pertences da mulher, caso ela saia de casa, sem deixar forma alguma para a recuperação desses bens, é extremamente comuns serem proferidas pelo agressor para que a vítima continue sob seu controle garantindo assim a subordinação da mulher, principalmente no âmbito financeiro.

2.5 Violência moral

É considerada violência moral os crimes contra a honra praticados contra mulheres, sempre que o agressor praticar

qualquer ação que configure calúnia, difamação ou injúria no âmbito familiar ou doméstico será considerado violência moral. A Lei 11.340/2006, em seu artigo 7º, inciso V, especifica o que se entende por violência moral: “Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: [...] V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”. Ainda, conforme traz Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, p. 8), “Violência moral em linhas gerais, são os crimes contra a honra praticado contra a mulher”. O jurista Rafael Faria em sua matéria publicada na revista Visão Jurídica, expõe a definição dada pela Lei Maria da Penha a respeito da violência moral: “Violência Moral: ofender com calúnias, insultos ou difamação – lançar opiniões contra a reputação moral, críticas mentirosas e xingamentos”. (FARIA, 2006).

Cabe ressaltar que a Lei Maria da Penha traz em seu artigo 5º explicitamente os quesitos que configuram violência contra a mulher, deixando claro o dano moral como um ponto marcante nessa caracterização. Segundo Paulo Avelar, são os casos mais frequentes que ocorrem dentro de um relacionamento interpessoal referente ao abuso moral: “humilhações, gritos, ofensas, verbais e xingamentos, onde alguns destes pontos paralelamente configuram como abuso psicológico”. (AVELAR, 2011). O agente que praticar a violência moral estará sujeito às sanções descritas nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro:

Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Portanto, violência moral nada mais é que o dano ou a tentativa de dano à honra ou à imagem da vítima no âmbito doméstico e familiar. Toda conduta que porventura venha a ferir a índole da vítima, atribuindo-lhe falsamente atos que não praticou, revelando segredos ou fatos que só dizem respeito a ela mesma ou ao âmbito de sua intimidade, ou ainda, prolatando juízos ofensivos, que maldigam a imagem da mulher.

3. A tipificação do feminicídio e o conceito de feminicídio

Violentadas, massacradas, humilhadas, maltratadas, algumas assassinadas, essa é a triste realidade de muitas mulheres brasileiras, infelizmente um grande número de mulheres recebem esse tipo de tratamento. Além disso, algumas têm sua vida ceifada, e o pior dentro da própria casa, sendo o precursor disso tudo uma pessoa da sua família e de sua confiança que na maioria dos casos é seu próprio esposo ou companheiro. A violência doméstica contra a mulher atravessa os tempos, desde os mais remotos episódios históricos. Cabe expor que diante do alto índice de homicídio de mulheres no Brasil, no intuito de repudiar e superar cada vez mais a violência contra o gênero feminino foi sancionada a Lei 13.104/15 que instituí uma nova qualificadora aos crimes de homicídio, denominada feminicídio, trazendo uma sanção mais severa para tal crime.

É de conhecimento de todos que no dia 08 de março comemora-se o dia internacional da mulher, cumpre destacar que a Lei que instituí a qualificadora de feminicídio foi promulgada no dia 09 de março de 2015, um dia após a data memorável que carrega inúmeros significados para as mulheres. Tal fato pode ser considerado mais um direito conquistado e um grande avanço na

luta contra a violência em face da mulher. A incrementação ao artigo 121 do Código Penal trouxe a seguinte redação:

Art. 121. Matar alguém:

§ 2º Se o homicídio é cometido:

VI – contra a mulher por razões de condição de sexo feminino:

§ 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.

(BRASIL, 2015)

Em síntese, o feminicídio consiste no homicídio com vítima mulher, que foi morta, na violência doméstica e familiar, e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Ainda, foram criadas causas especiais de aumento de pena em um novo § 7º, incisos I a III. Essas circunstâncias apresentam variáveis de um terço até a metade da pena, cumprem expor que tais aumentos se enquadram apenas nos crimes de feminicídio, não se entendendo cabíveis nos demais casos de homicídio, ainda que qualificados, sendo a redação seguinte:

I – vítima gestante ou nos 3 meses posteriores ao parto;

II – vítima menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência;

III – quando o feminicídio ocorre na presença de descendente ou de ascendente da vítima. (BRASIL, 2015)

O autor Denis Caramigo (2016) através de seu estudo expõe:

Deve ser levado em consideração o artigo 5º da Lei Maria da Penha, referente à violência doméstica e familiar, ao passo que deve ser considerado menosprezo ou discriminação à condição de mulher, quando houver um atentado frontal pelo fato de colocar a mulher em condição inferior, por pertencer ao gênero feminino, consiste na prática, por em execução a frase, “só podia ser mulher mesmo”.

Ainda, conforme o estudo do autor supramencionado não são todos os homicídios perpetrados contra vítimas do sexo feminino que podem ser considerados feminicídio, é de suma importância à análise dos requisitos apontados em face ao caso concreto. A instituição da qualificadora ao artigo 121 do Código Penal se deu através do Projeto de Lei 292/2013, o qual teve como justificativa o seguinte:

A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas em razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido “crime passional”. Envia, igualmente, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege ainda a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas. (BRASIL, 2013)

Diante do imenso clamor social e elevados números de assassinatos de mulheres, fez-se mais que necessário uma atitude das autoridades na tentativa de não permitir que crimes bárbaros como estes fiquem à mercê da impunidade e sejam tratados como atos de um momento de descontrole por parte do agente, afinal trata-se de seres humanos, que teoricamente estão sob amparo dos direitos humanos.

3.1 Projeto de lei 292/2013

O Projeto de Lei 292/2013 que institui a tipificação do feminicídio levou em consideração principalmente as recomendações dadas pelos órgãos internacionais, especialmente pelas Nações Unidas, sendo um dos principais argumentos

expostos na justificativa para tal projeto, foi o de dar uma resposta positiva e eficaz às convenções internacionais. Afinal é do conhecimento de todos que o Brasil adota diversos acordos internacionais de proteção à mulher.

A relatora do projeto de Lei 292/2013 Gleisi Hoffmann, considerou o caráter emergencial do projeto, o que levou a desvinculação do projeto de reforma do Código Penal, que, em seus debates trazia a possibilidade de incorporação do feminicídio ao aludido Código, conforme informações trazidas no relatório do Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

É preciso esclarecer que embora tramite no Senado Federal projeto de reforma do Código Penal, onde há previsão de circunstância qualificadora semelhante, o presente projeto reveste-se de caráter emergencial e pode ser aprovado de modo mais célere, daí porque sua imediata análise mostra-se necessária. (HOFFMANN, 2014, p. 4)

A relatora traz que “a tipificação do feminicídio visa impedir o surgimento de interpretações jurídicas anacrônicas e inaceitáveis, tais como as que reconhecem a violência contra a mulher como “crime passional” (2014, p. 3) e ressalta que a justificação para o agravamento da punição nesses crimes está no significativo aumento nos números de homicídios que vitimizam mulheres. Diante do exposto, resta mais do que claro a imensa necessidade de que fosse de imediato aprovado tal projeto e sancionada a lei que instituiu a qualificadora de feminicídio aos crimes de homicídio praticados contra mulher dentro dos requisitos da aludida lei.

Conclusão

O estudo verificou que a incidência da qualificadora de feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo os fatores geradores e que impulsionam a ocorrência desse tipo penal.

Verificou-se na pesquisa que a violência de gênero mesmo diante dos diversos mecanismos criados pelo Estado para coibi-la ainda é bastante presente no dia-a-dia de inúmeras mulheres. Pode-se perceber que a violência é o fator que resulta na prática do crime de feminicídio, existem vários tipos de violência, algumas mais silenciosas que outras, mas todas com consequências trágicas na vida social das vítimas e que muitas vezes acabam resultando em sua morte.

As mulheres lutam por seus direitos desde os mais remotos tempos, muitos direitos foram conquistados, mas o principal enfrentamento é a busca pela igualdade de gênero e a erradicação do sentimento de superioridade do gênero masculino sobre o feminino.

Portanto, a mais recente conquista feminina foi à tipificação do feminicídio. Diante dos elevados números de assassinatos de mulheres, essa conquista visa coibir e punir mais severamente o autor dessa brutalidade.

Referências

- AVELAR, P. **“Dura Lex, Sed Lex”, desenvolvido para debates e discussões do direito.** 28 de outubro de 2011. Disponível em: <http://durasedlex.blogspot.com.br>: <http://durasedlex.blogspot.com.br/2011/10/violencia-moral-sob-o-foco-da-lei-maria.html>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.
- BINS, H. D.; TELLES, L. E.; PANICHI, R. M. **Psiquiatria Forense de Taborda.** 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016.
- _____. Violência contra a Mulher. In: FILHO, E. A.; TELLES, L. E.; CHALUB, M. **Psiquiatria Forense de Taborda.** 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016. p. 364-365.
- CARVALHO, C. S.; FERREIRA, D. N.; SANTOS, M. K. Analisando a Lei Maria da Penha: a violência sexual contra a mulher cometida por seu companheiro. **Anais do I Simpósio obre Estudos de Gênero e Políticas Públicas.** Londrina/PR, 2010.

FARIA, R. Rotina de Desigualdades. A realidade da violência contra a mulher em pleno século XXI. **Visão Jurídica**, p. 38-45. 1 de set. de 2017.

MELLO, A. R. **Feminicídio: Uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

TASCA, I. *et al.* **É pensando nos homens que eu perdoos as garras que dilaceram**. Passo Fundo: Aldeia Sul, 2013.

TELES, M. A. **Breve História do Feminismo no Brasil e outros ensaios**. São Paulo: Alameda, 2017.

PINAFI, T. Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. *In*: TASCA, I; *et al.* **É pensando nos homens que eu perdoos as garras que dilaceram**. Passo Fundo: Aldeia Sul, 2013. p. 46-47.

PORTO, P. R. **Anotações Preliminares à Lei 11340/06 e sua repercussão em face dos juizados especiais criminais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/lei11340pedrorui.doc>. Acesso em: 05 de maio de 2018.