



**SOCIEDADE EDUCACIONAL GARDINGO LTDA. – SOEGAR
UNIVÉRTIX – CENTRO UNIVERSITÁRIO**

**TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO
DIREITO – 2022/01**



**COORDENAÇÃO DE CURSO: PROF. ESP. MARIO MARCOS VALENTE
RODRIGUES**

**PROFESSOR RESPONSÁVEL: PROF. ESP. MARIO MARCOS VALENTE
RODRIGUES**

**MATIPÓ
2022**

TRABALHOS PRESENTES NESSE VOLUME

A (IM) POSSIBILIDADE DE RATEIO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE NAS RELAÇÕES CONCUBINÁRIAS: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

A QUESTÃO DO ABORTO NO BRASIL E O DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS INDICADORES SOCIAIS SOBRE A INCIDÊNCIA DE CASOS JUNTO AO DIREITO DO NASCITURO

A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL DECORRENTE DA DISPUTA PELA GUARDA DOS FILHOS

BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC): A DIFICULDADE DA CONCESSÃO FRENTE AO REQUISITO DA RENDA FAMILIAR

DA POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA NULIDADE NOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 148, § 2º DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Nº 14.133/21

INCIDENTE DE DOENÇA MENTAL E AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NA LEI MARIA DA PENHA

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E A FAMÍLIA NA ATUALIDADE

MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

O DIREITO FUNDAMENTAL DE INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS DE LEGALIDADE DA INVASÃO POLICIAL DOMICILIAR NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

O FRACIONAMENTO DO GOZO DE FÉRIAS ANTES E DEPOIS DA REFORMA TRABALHISTA SOB A ÓTICA DO EMPREGADOR NO MUNICÍPIO DE MATIPÓ-MG

O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO CONCUBINÁRIA CONCOMITANTE AO CASAMENTO E OS DIREITOS DA CONCUBINA

TELETRABALHO: SUA VIABILIDADE E A NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO

UMA ANÁLISE DO ARTIGO 147-A DO CÓDIGO PENAL, COMO FORMA DE VIOLÊNCIA
PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHERES E ESTERILIZAÇÕES FORÇADAS: O DIREITO DE
TER FILHOS

A (IM) POSSIBILIDADE DE RATEIO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE NAS RELAÇÕES CONCUBINÁRIAS: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Acadêmicos: João Marcos Da Rocha Filho e Thalita Yara Martins Da Cunha

Orientador: Fabrício Adriano Alves

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade compreender a possibilidade ou não do rateio da pensão por morte entre a (o) concubina (o), analisando se esse concubinato enquadra-se como de boa-fé ou de má-fé, a partir da comprovação de convivência e dependência financeira de ambas (os) com o de cujus, assim como estudar a origem do termo CONCUBINA (O), e suas tratativas perante a sociedade. Trata-se de uma pesquisa de abordagem interdisciplinar, qualitativa e quantitativa, com estudo de caso e análises doutrinárias e jurisprudenciais. Logo após, no que tange a abordagem quantitativa, houve estudos de alguns doutrinadores, com resultados e discussões sobre o posicionamento de cada um deles quanto à concessão ou não do benefício às duas companheiras, estudo esse que fora feito juntamente com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários, com entendimentos consubstanciados a luz do Código Civil, e outros, considerando as leis constitucionais juntamente com a necessidade de progresso, visto a evolução da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Concubinato; Direito Previdenciário; Seguridade; Pensão por morte; Rateio.

LINHA DE PESQUISA: Direito Civil e processual civil

INTRODUÇÃO

A abordagem que se pretende sustentar gira em torno de matéria de direito previdenciário, qual seja, o direito de a (o) concubina (o) perceber também o benefício da pensão por morte, a partir da comprovação dos requisitos.

A problemática relativa ao preconceito que envolve o termo CONCUBINA também serão objetos de pesquisa e estudo, visto que esse termo é fortemente usado de forma pejorativa, colocando a companheira em uma posição extremamente depreciativa perante o meio em que convive aduzida a infidelidade e uma relação paralela àquela que seria “correta” e socialmente aceita.

Destaca-se que a discussão a princípio será sobre as questões previdenciárias e a lacuna existente até hoje na tipificação de tal problemática, até por existirem

diversas e divergentes decisões nos tribunais concernentes ao mesmo tema, por mais que diferentes as histórias nos casos concretos.

Importante ressaltar que quando existem lacunas no direito, o caminho a ser seguido é fazer o uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito; o principal problema aqui é quando as decisões divergem, pois enquanto alguns juristas alegam conflitos entre o fato e a lei, discordando, outros concordando de acordo com a análise da possibilidade e necessidade no caso concreto.

A realização deste estudo justifica-se por questões que giram em torno da relevância social, de superação de preconceitos, principalmente no judiciário, para que o Direito seja aplicado de forma justa e imparcial em todo e qualquer conflito que chegue ao juízo, pois situações idênticas não podem gerar efeitos jurídicos diversos, sob pena de malferir o princípio constitucional da isonomia (BRAZIL, 1988).

Neste espectro, será feita uma análise da relação extraconjugal (concubinato) sob uma perspectiva histórica, delimitando o conceito. Cumpre destacar que será apresentado o conceito de família com base no Código Civil e na Legislação previdenciária, com o objetivo de demonstrar como o concubinato é atualmente considerado e as principais classificações doutrinárias e jurisprudenciais.

No tocante ao estudo, a caracterização da pensão por morte em si, trazendo o seu conceito e, os principais pontos legais quais como, os beneficiários aptos amparados pela lei e, os requisitos para sua concessão.

Por fim, o tema deste estudo: a possibilidade de rateio do benefício da pensão por morte a (o) concubina (o), discutindo se esse concubinato enquadra se como de boa-fé ou de má-fé, fazendo uma análise doutrinária e jurisprudencial.

FUDAMENTAÇÃO TEÓRICA

CONCUBINATO

Desde o princípio, a sociedade fora educada a aceitar apenas a poligamia masculina, pois, pensavam na diminuição de transmissão de bens e a redução dos adúlteros, uma vez que era permitido que o homem tivesse mais de uma companheira, logo após isso foi mudando, pois, começou a ser considerado crime e a pena era a

morte, não mais havendo relações de concubinato explícitas e de convivência entre a esposa e a concubina (Kumpel, 2007).

Analisando os primeiros códigos, por exemplo, o de Hamurabi, nota-se que a família aceita e considerada a época era sob o regime monogâmico, sendo o adultério da mesma forma, punido com a morte, tal regime era extremamente rígido, estando à mulher também exposta a penalidades que a deixavam totalmente a mercê da própria sorte, podendo o marido jogá-la despida pelas ruas, além da pena de morte (Kumpel, 2007).

Em seu conceito, concubinato é o vínculo entre duas pessoas, sendo um deles ou os dois, impedidos de casar, haja vista que já estão efetivamente casados, mantendo para tanto, uma relação extraconjugal, apresentando, portanto, impedimentos para se casar novamente, conforme aduz o art. 1.521, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (código Civil), vejamos: “Art. 1.521. Não podem casar: (...) VI - as pessoas casadas;”.

O Código Civil de 2002 determinou e especificou em apenas um artigo, a relação que caracteriza o concubinato, sendo esse o art. 1. 727: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casa, constituem concubinato” (FERRAZ, 2008).

Dentro do conceito de concubinato importante destacar a diferença entre concubinato de boa-fé e de má-fé. FERRAZ (2008) cita que:

O concubinato de boa-fé é a chamada união estável putativa e ocorre quando uma das partes, geralmente a mulher, ignora o outro relacionamento de seu parceiro, acreditando que está vivendo um relacionamento único, sem perceber que na verdade está vivendo uma união paralela.

Já o concubinato de má-fé, segundo a autora, é: “aquele em que a concubina (o) tem ciência da outra relação anteriormente estabelecida por seu parceiro, é a mais fácil de ser reconhecido, sendo muitas vezes, deixando à margem do Direito de Família”.

Mas, analisemos a seguinte hipótese, caso em que o partícipe da segunda relação, desconhecia da atual situação jurídica do seu então parceiro (a) por omissão por parte deste ou desta. A questão, esta pessoa não estaria amparada pelo princípio da boa-fé? (GAGLIANO, 2012)

O professor GAGLIANO (2012), exemplifica a situação no seguinte modo:

O cidadão, casado na cidade de Salvador, viaja mensalmente a Curitiba, por razão profissional. Lá se encanta por uma meiga paraense, esconde a sua aliança (e sua condição matrimonial) e conhece a sua família, passando a conviver com a mesma, de forma pública e constante, todas as vezes que está no Sul (GAGLIANO, 2012).

PENSÃO POR MORTE

O benefício em espécie, qual seja, a pensão por morte, segundo Kertzman (2020, p. 536) é um benefício voltado, exclusivamente para o amparo da família do trabalhador, quando ele morre, observando um dos requisitos para a concessão, qual seja, a qualidade de segurado do de cujus ao tempo da morte. Outro requisito importante para a concessão de tal benefício é a comprovação de dependência, e é nesse ponto que o concubinato é suscitado, alegando a parte que também era dependente.

A Lei nº. 8.213 de 1991, chamada “Lei de Benefício Previdenciários”, lista os beneficiários do Regime Geral de Previdência social (RGPS), sendo considerados dependentes do segurado em seu art. 16 dividindo-os em três classes, quais sejam, aqueles considerados de classe I (o cônjuge, companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave), de classe II (os pais) e os de classe III (o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência grave). (BRAZIL, 1991).

Conforme disposto, a lei nº. 8.213/91, em seu artigo 74, traz em seu texto, a comprovação da possibilidade de rateio da pensão, não falando, de toda forma, da (o) concubina (o) “Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não (...)” (BRASIL, 1991).

Caso haja a comprovação de mais de um dependente, a pensão poderá ser repartida entre os dependentes, ficando nesse ponto a problemática, envolvendo as decisões do juízo em discordância, como já fora acima aduzido, por motivos de divergência na fundamentação das decisões no momento do deferimento ou não da partilha da pensão entre cônjuge e concubina (o). (KERTZMAN, 2020).

Nesse sentido, Lara Soares (2013, p. 16), versa em seu artigo exatamente sobre a possibilidade ou não do rateio da pensão por morte entre as (os) companheiras (os), existindo uma problemática sobre a total desvinculação entre o direito de família e o direito previdenciário, uma vez que tais institutos se “estranham” no tocante à qualificação de dependentes econômicos.

Quando se refere à Previdência Social, trata-se da proteção social da pessoa humana, seja por motivo de doença, invalidez, envelhecimento ou morte, ou seja, a cada risco social a legislação previdenciária vai assegurar com um benefício correspondente.

METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa de revisão bibliográfica realizada em entre outubro de 2021 e abril de 2022. A pesquisa bibliográfica pode ser considerada uma contribuição para construção de teorias/conhecimento de uma referida área. Além disso, possibilita agrupar resultados ampliar conhecimento na área do estudo (ANDRADE, 2010).

Foram utilizados na pesquisa artigos científicos, baseando-se em análises doutrinárias, jurisprudenciais e bibliográficas acerca do tema abordado, pesquisados no Google Acadêmico (<https://scholar.google.com.br/>), plataforma esta que permite uma busca rápida de literatura acadêmica.

Para a seleção do material bibliográfico realizou-se uma busca utilizando os seguintes descritores: Direito Civil, com ênfase no Direito Previdenciário, de forma mais restrita ao benefício em espécie, qual seja a pensão por morte, por tratar-se de garantia fundamental, visando principalmente o estudo de casos em concreto.

Considerou-se que eles deveriam ser nacionais e que fossem publicados no período de 2012 a 2022. Após a leitura dos artigos encontrados, foram selecionados apenas aqueles relacionados sobre a possibilidade ou não do rateio, e a análise histórica do termo “concubinato”, como é visto perante a sociedade atualmente, como é abordado e disciplinado também nos textos legais, e sua análise em decisões judiciais, de diferentes juízos, chegando a um total de 10 (dez) textos contemplados para esta.

Para além das pesquisas feitas em revisões bibliográficas, será feita também pesquisa quantitativa em livros, artigos eletrônicos e jurisprudências referentes ao tema abordado, assim como a legislação formal vigente, analisando de forma paralela a interpretação do juízo e como é a aplicabilidade da lei nos casos concretos.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

DA POSSIBILIDADE DE RATEIO DA PENSÃO POR MORTE AO (A) CONCUBINO

Para João Ernesto Aragonés Vianna (2022, p. 411) “a relação de dependência no Direito Previdenciário não se confunde com o tratado da mesma relação no Direito Civil, pois aquele tem regras próprias, por isso em nada foi alterada a relação de dependência na previdência social pela modificação do código civil, em 2002”.

E para o referido autor, o Direito Previdenciário leva em consideração a dependência econômica das pessoas arroladas no art. 16, da lei nº. 8.213/91 (VIANNA, p.411).

Sendo assim, quando se faz a interpretação de uma lei sem que se faça a ponderação dela com outras fontes do Direito, como, por exemplo, os princípios constitucionais, a equidade e principalmente os costumes, é fornecer a ela um status denominado por alguns doutrinadores renomados como “fetichismo”, assim como cita Rodrigo da Cunha.

Rodrigo da Cunha destaca que o art. 1. 727 do Código Civil, que versa sobre a união de pessoas impedidas de se casarem e configura concubinato, sem a proteção jurídica, como sendo um “fetichismo da lei, e que reforça o dogmatismo que não deveria mais ter lugar em um ordenamento jurídico que se compreenda o sujeito de direitos como sujeito de desejos” (IBDFAN, 2022).

O nosso ordenamento jurídico restringe e veda a prática de diversos atos jurídicos entre aqueles que vivem em relação simultânea.

Parte da doutrina defende que, o estado-juiz não pode ignorar a realidade social e os efeitos jurídicos decorrentes de uma família simultânea, ainda que esta questão leve a repartir os direitos entre ambas às famílias (FERRARINI, 2010).

De 6 (seis) renomados doutrinadores utilizados para o desenvolvimento do presente estudo, apenas 3 (dois) concordam de forma expressa pela possibilidade do

rateio, por exemplo, Conrado Paulino da Rosa (p. 179) aponta “a possibilidade de divisão da previdência social entre a esposa e a outra companheira em caso de falecimento do marido”. Vejamos:

Tabela 1: Posicionamento dos doutrinadores a respeito à possibilidade do rateio

DOCTRINADORES	POSICIONAMENTO
Conrado Paulino D. Rosa	✓
Carlos Alberto Pereira D. Castro	✓
Hugo Goes	X
João B. Lazzari	✓
João Ernesto Aragonés Viana	X
Theodoro Agostinho	X

Fonte: Pesquisa quantitativa doutrinária

Legenda:

- ✓ - Entendimento consolidado.
- X - Entendimento não consolidado

Quanto às vedações, essas não tem tido um tratamento absoluto pela doutrina, e na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, já decidiu que existindo as chamadas famílias paralelas, onde, o homem mantinha de forma concomitante duas famílias, uma com a esposa e outra com a concubina, já por três décadas, tendo instituído a concubina beneficiária na previdência social, é cabível a divisão de pensão previdenciária entre a concubina e a esposa com o falecimento do marido (STJ, T5 – Quinta Turma, REsp. 742685. RJ 2005/0062201-1, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, data de julgamento: 04/08/2005, data da publicação: DJ 05/09/2005, disponível em: WWW.STJ. Jusbrasil.com.br).

O mesmo STJ, em outro julgado decidiu, de forma contrária, em que a concubina por mais de 30 (trinta) anos com homem casado, que também convivia paralelamente com a esposa, e dele dependia economicamente, não tem direito a divisão da pensão, pois a constituição Federal de 1988, não contempla como status de união estável o concubinato (STJ, T5 – Quinta Turma, REsp. 813175. RJ 2006/0018087-9, Rel. Min. Felix Fischer, data de julgamento: 23/08/2007, data da publicação: 29/10/2007, disponível em: WWW.STJ.jusbrasil.com.br).

Nesse sentido, Ferraz (2017, p. 19) destaca que “valer-se somente do código civil para analisar as relações concubinárias acaba gerando inúmeras injustiças devido à falha na forma de interpretação” Complementa a referida autora “evidente que a realidade social é dinâmica e que por mais que o legislador se esforce não consegue prever todas as situações que exigem tutela jurídica, devendo o interprete recorrer aos princípios”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEU ENTENDIMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RE 883. 168 SC

O Direito Previdenciário possui uma grande repercussão nos Tribunais Regionais Federais, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, sendo esses a fonte base da jurisprudência sobre o tema a respeito da instituição do benefício da Pensão por Morte em favor da concubina (o) e o rateio do benefício com seus dependentes. Isso decorre, pois, quem compõe o pólo passivo da demanda é o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social.

Essa participação do INSS como parte no processo decorre pelo que dispõe o art. 109, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu inciso I, na medida em que esta se trata de uma entidade autárquica federal, as discussões a respeito da concessão de seus benefícios, entre este o da pensão por morte, o seu processamento e julgamento terão como órgão competente a justiça federal.

O Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, tem se posicionado contrário ao reconhecimento de conceder a (o) concubina (o), o direito ao benefício da pensão por morte e de conseqüentemente ao rateio em prol dos membros das relações afetivas simultâneas (VIANNA, 2022).

Esse entendimento consubstancia na análise do julgamento do RE nº 883. 168, sob o nº 526, sendo reconhecida a repercussão geral, com o título: “Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários”. E no julgamento de mérito que ocorreu recentemente, pelo voto da maioria dos 11 (onze) Ministros fixou a seguinte tese:

É incompatível com a constituição Federal o reconhecimento de direito previdenciário (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra pessoa casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável. (STF, Tribunal Pleno, RE 883. 168 SC, Relator: Ministro Dias Toffoli, data de julgamento:

03/08/2021 data de publicação: 07/10/2021, disponível em:
WWW.STF.jusbrasil.com.br)

A Suprema Corte manteve o entendimento já apresentado pelo Tema 529, que teve como finalidade definir que a preexistência de casamento ou de união estável, impede o reconhecimento de novo vínculo. Segundo o Ministro Dias Toffoli “Considerando que esta Suprema corte conclui não ser possível o reconhecimento de uma união estável, impede reconhecer que o concubinato – união entre pessoas impedidas de casar – não gera efeitos previdenciários.” (IBDFAM, 2021).

Pela análise do julgado, em que surgiu tal tese, nota-se que a construção da razão da decisão ocorreu pela interpretação legalista dos institutos do Código Civil aplicados ao Direito Previdenciário. Nesse sentido, mesmo que o relacionamento simultâneo apresente as características essenciais da união estável, quais sejam: duradora, pública e com o objetivo de constituir família -, a concubina (o) não terá seus direitos reconhecidos caso venha a requerer o benefício da pensão por morte em face do falecimento de companheiro.

Com o entendimento da Tese 526 do Supremo Tribunal Federal tende a significar que o Estado levará a concubina (o) ao desamparo social em pleno século XXI. Assim entende Castro e Lazzari (2022):

Defendemos que no futuro o STF volte a reavaliar o tema, pois avaliamos que as formas de relacionamentos e de constituição de família sofreram modificações consideráveis nas últimas décadas e que o legislador e o judiciário não podem fechar os olhos para essa nova realidade social. Na sociedade moderna, não nos parece adequado que o Estado imponha um modelo familiar que considera moralmente correto, desconsiderando as individualidades e as opções de relacionamentos escolhidos pelos cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os aspectos observados durante a pesquisa esse trabalho possibilitou o entendimento maior sobre o tema concubinato, suas vertentes, sua historiografia, e principalmente sua aplicabilidade em se tratando do direito previdenciário, especificamente na pensão por morte e se seria possível o rateio entre companheira e concubina.

Para que fosse possível atingir uma maior compreensão do assunto abordado, foram definidas duas linhas de pesquisa inicialmente: pesquisa histórica do termo concubinato, com sua definição também no Direito Civil, e posteriormente, o estudo

sobre a possibilidade de rateio da pensão por morte entre companheira (o) e concubina (o), visto que existem entendimentos divergentes sobre o assunto.

Foram feitas pesquisas qualitativas e quantitativas, analisando doutrinas e jurisprudências de alguns Tribunais, chegando a um resultado de que existem sim entendimentos concedendo à concubina, juntamente com a companheira, a pensão por morte desde que fosse reconhecida através de provas documentais e testemunhais a efetiva comprovação da existência de duas uniões estáveis concomitantemente.

É claro que, a maioria dos entendimentos de acordo com o exposto no capítulo Resultados e Discussões, são de que a pensão por morte não deverá ser dividida entre duas companheiras, e a justificativa gira em torno principalmente da não efetiva comprovação de dependência econômica e concomitantes uniões estáveis, não existindo dessa forma, maiores entendimentos favoráveis nesse sentido.

Importante dizer também que algumas decisões se basearam na análise análoga entre o Direito Civil e o Direito previdenciário, o que por sua vez pode trazer interpretações deturpadas do concubinato para o segundo ramo supracitado, impedindo a efetiva aplicabilidade dos princípios da seguridade social.

Em pesquisas futuras pretende-se ter mais entendimentos consolidados sobre o tema abordado, principalmente desmistificando o termo concubinato, e seu entendimento diante do judiciário, quando se trata de benefícios a serem recebidos pela (o) concubina (o), visto que, muito embora o Direito esteja caminhando a passos largos para acompanhar a evolução do meio, tal entendimento ainda não fora realmente consolidado e visto de forma neutra e imparcial no sistema judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de TV de Direito Previdenciário**. Editora Saraiva, 2020. 9786555592399. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592399/>. Acessado em: 31 de maio de 2022.

ANDRADE, M. M. de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**: elaboração de trabalhos na graduação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 22 nov. 2021.

BRAZIL. Lei nº 8. 213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Disponível em: WWW. Planalto. gov. br. Acessado em : 12 abr. 2022.

CABRAL. Debbie. 2020. **Um retrato de metodologia científica em ciências sociais e humanas.** Disponível em: <https://www.deviantec.com.br/noticias/um-retrato-de-metodologia-cientifica-em-ciencias-sociais-e-humanas/> . Acessado em: 24 nov. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias De. **Direito das famílias.** Editora Saraiva, 2020. 9786555591798. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591798/>. Acessado em: 29 abr. 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira De; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** Editora Forense: Grupo GEN, 2021. 9786559642205. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642205/>. Acessado em: 31 de maio de 2022.

CAVALCANTTI. Danielle de Andrade e Silva. **AC 200680000065087, Desembargadora Federal Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 24/02/2010 – Página::382.** Disponível em: <https://www.maxvieira.adv.br/2021/04/30/possibilidade-de-divisao-de-pensao-por-morte-as-duas-companheiras/> . Acessado em: 24 nov. 2021.

Concubinato de longa duração não gera efeitos previdenciários, diz STF. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/349539/concubinato-de-longa-duracao-nao-gera-efeitos-previdenciarios-diz-stf>. Acessado em: 10 abr. 2022.

DA SILVA, Andreza Soares. **Pensão Por Morte: Análise Doutrinária E Jurisprudencial Acerca Da Possibilidade De Rateio Entre A Esposa E A Concubina.** Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/editora/anais/conidif/2017/TRABALHO_EV082_MD1_SA6_ID382_21082017232302.pdf. Acessado em: 11 abr. 2022.

FERRARINI, Letícia. **Família simultânea e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRAZ. Paula Carvalho. **O concubinato e uma perspectiva de inclusão constitucional.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/470/O+Concubinato+e+uma+perspectiva+de+inclus%C3%A3o+constitucional>. Acessado em: 13 nov. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da (o) amante - na teoria e na prática (dos Tribunais).** Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 15 julho. 2008. Acessado: 19 nov. 2021.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário.** Editora Método: Grupo GEN, 2022. 9786559645305. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645305/>. Acessado em: 31 de maio de 2022.

HABIBE, Ana Carolina Falcão. **O concubinato adúltero e as entidades familiares: A necessidade de rateio de pensão por morte previdenciária entre viúvo(a) e concubino(a)**. Orientadora: Thais Maria Riedel de Resende Zuba. 2018. 70 f. Monografia (Graduação em direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12451>. Acessado em: 20 nov. 2021.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 18ª edição; revista ampliada atualizada. Editora Juspodivm, 2020, p. 536.

KUMPEL, Vitor Frederico. **O concubinato sob uma perspectiva histórica (antiguidade)**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/45925/o-concubinato-sob-uma-perspectiva-historica-antiguidade>. Acessado em: 13 nov. 2021.

LOPES, Tácio Galvão. **A (im) possibilidade de concessão do benefício de pensão por morte nas relações concubinárias**. Orientador: Cristiano Chaves de Farias. 2018. 77 f. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2018. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/T%C3%A1cio%20Galv%C3%A3o%20Lopes.pdf>. Acessado em: 13 nov. 2021.

Pensão por morte decorrente de concubinato: STF forma maioria contrária ao reconhecimento. Disponível em: <https://previdenciaria.com/blog/pensao-por-morte-decorrente-de-concubinato-stf-forma-maioria-contraria-ao-reconhecimento/>. Acessado em 10 abr. 2022.

PERREIRA, Rodrigo da Cunha, **Direito de Família e Fetichismo**. w.w.w. IBDFAM.org.br. Acessado em: 11 abr. 2022.

ROSA, Conrado Paulino Da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

RUIZ, João Álvaro. 1991, **A Metodologia do Trabalho Científico**. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/regras-abnt/pesquisa-cientifica.htm>. Acessado em: 24 nov 2021.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. **A (im)possibilidade da concessão da pensão por morte para o companheiro da união estável paralela consentida**. Jus navegandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23454/a-im-possibilidade-da-concessao-da-pensao-por-morte-para-o-companheiro-da-uniao-estavel-paralela-consentida>. Acessado em: 13 nov. 2017.

STF conclui julgamento e não reconhece efeitos previdenciários às famílias simultâneas. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8757>. Acessado em: 10 abr. 2022.

TRF4. Previdenciário. Pensão Por Morte. Requisitos. Rateio Entre Esposa E Concubina. Possibilidade. Dependência Econômica. Comprovação. Disponível em: <https://previdenciaria.com/blog/trf4-previdenciario-pensao-por-morte-requisitos-rateio-entre-esposa-e-concubina-possibilidade-dependencia-economica-comprovacao/>. Acessado em: 20 nov. 2021.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Direito Previdenciário**. Editora Atlas Grupo GEN, 2022. 9788597024029. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024029/>. Acessado em: 29 abr. 2022.

A QUESTÃO DO ABORTO NO BRASIL E O DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS INDICADORES SOCIAIS SOBRE A INCIDÊNCIA DE CASOS JUNTO AO DIREITO DO NASCITURO

Acadêmicas: Lecy Ferreira da Costa Santana e Patrícia Fernandino Tinoco Lanna

Orientador: Mario Marcos Valente Rodrigues

RESUMO

O trabalho tem como intuito destacar o aborto no Brasil com enfoque na análise dos indicadores sociais sobre sua preocupante incidência. Entre esses indicadores, destacam-se o direito constitucional à vida do nascituro e da gestante, juntamente com as opiniões que divergem acerca deste tema; as formas legais e permitidas de interrupção da gravidez e as modalidades criminosas desta prática. A relevância do tema está no fato de que o aborto é um crime grave e necessita ser discutido de forma completa, uma vez que no Brasil é proibido por lei, mas, devido às lacunas jurídicas do ordenamento, há grande recorrência de forma alienada a esse ato desumano. O direito à vida é um direito fundamental assegurado constitucionalmente sendo um dos principais direitos garantidos. A metodologia utilizada na elaboração deste projeto foi a pesquisa bibliográfica realizada de forma quantitativa, em que, após consulta a alguns autores e instituições, foi possível discorrer sobre o tema de forma plena.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; Leis; Direito à Vida; Nascituro; Constituição.

LINHA DE PESQUISA: Direito Constitucional e administrativo

INTRODUÇÃO

O nascituro tem realmente seus direitos protegidos constitucionalmente perante a sua vida e ao aborto? O direito à vida é assegurado constitucionalmente e é um dos principais direitos garantidos como direito fundamental.

O aborto é visto como um assunto desconfortável pela maioria da população, envolvendo questões sociais, políticas e religiosas. Mesmo não sendo permitido hoje no Brasil, mas apenas em casos excepcionais tipificados no Código Penal, o aborto é realizado de forma irregular por milhares de mulheres, o que acarreta, muitas vezes, em morte ou perigo à vida da própria gestante. (OLIVEIRA, 2014).

Parte da população defende que a mulher, por ser dona de seu próprio corpo, tem o direito de decidir em manter ou não a gestação. Por outro lado, outra parcela da população se manifesta contra o aborto, alegando ser um atentado contra a vida de alguém que não pode se defender. (SOARES, 2014). Além de ser um tema importante no âmbito penal, o aborto tem um significado social muito relevante, por tratar da liberdade individual da mulher e, no mesmo sentido, da vida do feto. Com as

mudanças constantes na jurisprudência e os entendimentos variados da doutrina, faz-se necessária uma análise aprofundada dos aspectos descritos anteriormente, para que se possa chegar a uma conclusão daquilo que é mais coerente e adaptado a nossa realidade atual. (SOARES, 2014).

A necessidade da abordagem do tema em questão, presente neste trabalho é analisar, refletir e se posicionar frente ao tema proposto. Tal estudo abrange um questionamento sem resposta por parte de quem sofreu o ato: o nascituro.

O nascituro possui seus direitos amparados por lei, mas não possui ampla defesa por se tratar de uma vida sem voz ativa concretizada. Essa mesma lei também oferece à mulher direitos de liberdade e autonomia sobre sua própria vida gerando, assim, conflitos de princípios e de direitos fundamentais.

Este estudo se justifica pelo papel social em esclarecer as questões que geram um impacto social relevante. Ávila destaca a necessidade de tratar o campo da sexualidade e da reprodução separadamente, para “assegurar a autonomia dessas duas esferas da vida, o que permite relacioná-las entre si e com várias outras dimensões da vida social” (ÁVILA, 2003, p. 466).

Ainda conforme Ávila (2003), o movimento feminista luta para que a Constituição Federal defenda o direito à vida “desde o nascimento”, a fim de buscar avanços na legislação sobre aborto. Porém, o forte *lobby* da Igreja Católica e a massiva presença de deputados evangélicos tentam impor a defesa da vida desde a concepção — o que impossibilitaria inclusive os permissivos de aborto nos casos citados pelo Código Penal de 1940. Como resultado desse embate, a Constituição brasileira afirma o direito à vida, sem determinar quando esta começa — permitindo os dois entendimentos. (CARLOTO; DAMIÃO, 2018).

Por ser um tema que envolve diversos pontos de vistas e opiniões, faz-se necessária sua abordagem e análise, uma vez que o assunto está envolvido com os mais diferentes indivíduos, indivíduos esses com o argumento de que o aborto não fere o direito à vida do feto.

A questão do aborto no Brasil e o direito constitucional à vida não abrangem somente leis, teses éticas ou jurídicas, mas também morais. Assim, parte da premissa de que cada ser humano se difere em sua essência, com valores e condutas morais próprias. “É necessário estudar os direitos da mulher grávida em consequência do crime de estupro, por exemplo, levando em conta o seu sofrimento e angústia, bem como os direitos do nascituro.” (MAZIERO, 2014).

O direito à vida é um direito indisponível e supremo, entretanto, é necessário se fazer uma análise com enfoque nos aspectos éticos, morais e jurídicos do aborto, elementos indispensáveis para a formação de uma opinião coerente acerca dos conflitos entre os princípios e os direitos fundamentais. (MAZIERO, 2014).

Outro ponto a se observar perante o direito à vida desde sua concepção, e o direito aos direitos fundamentais; é a observância ao direito natural; como foi muito bem colocado por Graça Neto e Emanuel Moura, em seu artigo *O direito à vida como um direito natural de todos*. Segundo Neto e Moura (2018), “a grande bússola teórica que temos para nos nortear nesse debate é o direito natural. A lei natural é nosso referencial para navegar neste mar bravio chamado busca de justiça real”.

Para Neto e Moura a grande verdade é que:

Se não voltarmos logo à ideia filosófica do Direito Natural para pensar o direito Positivo sob suas bases, todas as conquistas históricas serão perdidas, tornando-se crônica a crise moral da sociedade ocidental e, particularmente, da brasileira. Eis o desafio que se põe aos novos estudantes e profissionais do direito, os quais decidirão que mundo raiará no amanhã. (Neto e Moura, 2006, p. 36).

A lei natural é algo que está presente de modo inato em todas as consciências sem que saibam de onde ela veio. Em outras palavras, todo homem, desde que não esteja moralmente corrompido, é capaz de efetuar um juízo de valores delimitando as situações que se deparam como justas ou injustas. Esse tipo de comportamento evidencia a importância do Direito Natural — não apenas no campo da história ou filosofia do direito, como muitos tentam restringi-lo — mas no dia a dia de todo ordenamento jurídico como fonte primária de conhecimento um verdadeiro modelo de derivação para o restante do ordenamento. (GRAÇA NETO, 2018).

Corroborando o que se afirma até aqui:

O Direito (gênero) se divide em Natural e Positivo (espécies). Entre essas não há exclusão, mas complementaridade” nesse contexto a possibilidade de existência de uma lei natural como alicerce do positivismo é nula, uma vez que não há hierarquia entre Direito Natural e Positivos sendo ambos de fundamental importância e irrenunciáveis Assim, Direito Natural e Direito Positivo são igualmente Direito, sem qualquer diferença essencial. (VASCONCELOS, 1998, p. 29).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

Em análise e leitura ao projeto de lei nº 2.893, de 2019 da deputada federal Chris Tonietto e do deputado Filipe Barros, sobre a revogação do art.128 do Decreto

lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, obteve-se a seguinte informação:

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, caput, estabelece, como um dos seus princípios basilares, o direito inviolável à vida, sendo certo que, o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002) dispõe, em seu artigo 2º, que — **a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro** (grifo nosso).

Diante às normas constitucional e civil, a questão abortiva no Brasil como pauta dos últimos anos, vem intuitivamente usurpar desse direito fundamental. E o presente trabalho objetiva uma análise profunda e concreta na efetivação do respeito e direito à vida do nascituro diante a prática do aborto, mesmo sendo legalmente amparada e condicionada pelo art. 128 do código penal, assim retratado:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

De outra maneira, o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), define que a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Ou seja, a legislação em vigor não proporciona qualquer hipótese de relativização do direito à vida, confirmando, assim, caráter inviolável e, conseqüentemente não acatando nenhuma exceção.

E para completar o propósito de valorização da vida, o Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro do STF, Alexandre de Moraes proclamou:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão-somente, dar-lhe enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. [...] A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina (MORAES, 2005, p. 30).

Costa (2018) defende que Alexandre de Moraes preleciona a propósito, que “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, uma vez que este é um pré-requisito para que todos os demais direitos possam existir e entrar em exercício”.

Da mesma maneira, Costa (2018) aponta, também, o parecer do ministro Gilmar Mendes. A seu turno, Gilmar Mendes e Paulo Branco corroboram essa primazia do direito à vida, mesmo em comparação aos demais direitos fundamentais:

O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. [...] Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais. (COSTA, 2018).

Dessa maneira não resta dúvida que o início da vida humana começa na concepção e, como mesmo dito pelo Ministro, cabe ao legislador acompanhar o que a evidência científica atesta sobre o início da vida humana para a garantia de sua proteção integral. Diante o fato em questão, o projeto em pauta relata sobre a polêmica em torno do aborto, a consequência negativa que este pode trazer para sociedade se for legalizado e a importância da valorização da vida.

Análises realizadas nos últimos anos ajudam a justificar o intuito deste trabalho, como o jurista e professor Luiz Regis Prado deixou claro em seu artigo.

É de bom alvitre sublinhar que, no âmbito de um Direito Penal comprometido com o modelo de Estado democrático de Direito, suas previsões legais devem estar submetidas de modo absoluto aos postulados dos direitos fundamentais, e da dignidade humana, como seu fundamento comum (artigos 1º e 5º, CF). Por isso, o Direito Penal há de promover a secularização, e evitar determinadas concepções puramente morais, políticas ou ideológicas. (PRADO, 2021).

No livro do escritor, professor e filósofo Francisco Razzo, o autor deixa nítido o dever da proteção ao nascituro e à sua vida. E na apresentação da sua obra, redigida por Gustavo Nogy, a ideia se concretiza:

O aborto não é nem problema de saúde pública, nem exercício de liberdade privada. O aborto não deve ser decidido pelo Estado, nem deve ser decidido unicamente pela mãe. É o tipo de ato eticamente irreduzível. É o tipo de fenômeno que não se converte em um ou outro enquadramento ideológico. Não é problema de saúde pública porque não é doença, nem epidemia, nem fome, nem contágio: é o nascimento ou a interrupção do nascimento de uma vida (NOGY, 2017).

Razzo (2017) ainda completa; “Na história de pessoas que decidiram abortar, não são incomuns depoimentos sinceros de mulheres arrependidas com escolhas que fizeram. Preço a se pagar mais à consciência do que à justiça.”

Por fim, obteve-se sobre a análise do escritor de como o aborto deve ser combatido, analisado e debatido hoje, com a lição e o apontamento desse autor:

Como o aborto deve ser debatido — e combatido “Deste Logos sendo sempre...” Devido ao alto índice de mortes decorrentes de abortos clandestinos, sobretudo de mulheres que não têm condições de pagar por um

procedimento seguro, defensores do aborto, consideram inaceitável sobrepor a vida do embrião à integridade física, psicológica, moral e social da mulher. Para eles, embriões não têm direito à vida, pois não passam de um minúsculo amontoado de células sem consciência. Por isso, não podem ser considerados sujeitos de direito. Matar um embrião não é matar um de nós. O aborto deve ser tratado como sério problema de saúde pública. A vida sexual e a saúde reprodutiva das mulheres dizem respeito só a elas. Ainda que o embrião merecesse respeito moral e proteção legal, abortar continuaria sendo ato legítimo por se tratar de uma decisão de foro íntimo. Cada mulher é dona do próprio corpo e ninguém tem o direito de se intrometer em suas decisões. Por outro lado, quem combate o aborto considera o embrião uma pessoa como qualquer outra. Assim como é inaceitável o homicídio, também não se pode aceitar que uma mulher, ao decidir interromper a gravidez, mate o próprio filho. Se pessoas decidem abortar, trata-se de escolha ilícita, objetivamente imoral. Nesse caso, não seria problema de saúde, mas de segurança pública. (RAZZO, 2017).

Na medicina, o aborto configura-se a partir do momento que se descarta material humano que possa ser considerado como produto de concepção com peso menor que 500 gramas e idade gestacional de 20 semanas. No âmbito teológico, o aborto é a morte de um ser que está sendo gerado no ventre da genitora, incluindo desde o ciclo de fecundação até o seu nascimento, não existindo, portanto, tolerância de tempo para que se pratique a retirada do embrião, visando à interrupção da gravidez. (GOMES, 2017).

Na visão da igreja, “o aborto provocado é a morte deliberada e direta, independente da forma como venha a ser realizado, de um ser humano na fase inicial de sua existência, que vai da concepção ao nascimento” (MORAIS, 2008, p.50).

De acordo com Morais (2008);

O aborto tem um significado que passa o entendimento de que o procedimento emana da privação da vida, ou seja, do impedimento de ocorrer o nascimento de forma voluntária, e o resultado satisfatório a este termo é o óbito do conceito”. No entanto, existem defensores da ideia de que o termo certo a ser utilizado neste contexto é o abortamento, ao invés de aborto, pois o resultado que deve ser denominado de aborto. Porém, na visão da medicina, “Aborto é a interrupção da gravidez até 20^a ou 22^a semana, ou quando o feto pese até 500 gramas ou, ainda, segundo alguns, quando o feto mede até 16,5 cm. (MORAIS, 2008, p.50).

O Código Penal Brasileiro condena o auto aborto, conforme o art.124; o aborto executado por outra pessoa sem a aceitação expressa da gestante, conforme artigo 125, o aborto realizado quando a gestante aceita no artigo 126 e, finalmente, a qualificação do delito de acordo com o artigo 127. “Na Inglaterra, Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte, a mulher que pede autorização para interromper a gravidez é examinada por dois médicos que irão diagnosticar os riscos que a gravidez possa acarretar para a gestante ou se a criança está com má formação intrauterina.” (ZAFFARONI, 2004, p.65).

No Brasil, o aborto é um ato criminoso, incluindo como figuras do ato o médico e a mãe que praticam a retirada do embrião, feto ou nascituro antes do término do período gestacional. Contudo, o art.128 do CP prevê os casos de gravidez advinda de estupro e necessidade de ser interrompida para salvar a vida da mãe. Esses dois casos não são permitidos, mas não geram punibilidade para o médico nem para a mãe. Diante disso, entende-se que, no Brasil, o aborto não é totalmente permitido ou proibido (GOMES, 2017, p.39) contribuindo a esse impasse positivado no ordenamento jurídico que contradiz o direito à vida declarada constitucionalmente no *caput* do artigo 5º da CF/88.

Com base nesse questionamento, o intuito do projeto de lei nº 2.893, de 2019 — que pretende revogar o art. 128 do Código Penal — chama a atenção para a revogação do então Código Penal de 1969, que foi promulgado e revogado sem que chegasse a entrar em vigor. Nele se excluía a hipótese de não punição do aborto em caso de gravidez decorrente de estupro.

DO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA AOS DIREITOS DO NASCITURO PERANTE O TEMA ABORTO

Pelo decreto lei nº 678, de 22 de dezembro de 1992 — que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em 22 de novembro de 1969 — tem-se o direito à vida positivado em seu art. 4º nº 1. Decretou-se, portanto, que; “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”. E foi-se além, em seu artigo 3º: “*toda pessoa (ou seja, “todo ser humano” para efeitos da Convenção – art.1º. n.2) tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica*”. Pode-se notar que o direito de ser reconhecido como pessoa é dado a todo ser humano sem distinção da vida intra ou extrauterina.

Perlustrando o projeto de lei nº 2.893, de 2019 da deputada federal Chris Tonietto e do deputado Filipe Barros, sobre a personalidade do nascituro, abre-se ao seguinte questionamento e reflexão; “*Se o nascituro é pessoa, e isso foi declarado por uma Convenção que tem status supralegal, ‘estando abaixo da Constituição, porém da legislação interna’, segue-se que não há lugar no Brasil para nenhum aborto “legal”.*”

O significado da palavra nascituro tem origem latina *nasciturus*, segundo dicionário jurídico, “é o ser humano já concebido que ainda está por nascer”. Como o nascituro não tem personalidade civil, a qual começa somente com o nascimento com vida, não é detentor de direitos, assim a lei cuida de proteger e resguardar seus interesses. A Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil Brasileiro, indica, em seu art. 2º; que: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Para o entendimento do nascituro e do aborto no Brasil e seu tratamento legal, tramita-se no Congresso Nacional o projeto de Lei nº 478 - A, de 2007, que sugere a criação do Estatuto do Nascituro.

Para justificar tal representação, Tonietto acrescentou que “embora o ordenamento jurídico não atribua personalidade civil ao nascituro, é inequívoco que, expressamente, protejam-se os direitos da pessoa humana já concebida e ainda não nascida, na forma do que dispõe o Art. 2º, do Código Civil pátrio.” Ratificando a menção:

Nesse mesmo sentido, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica), que foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Federal 678, de 06 de novembro de 1992, com caráter de supralegalidade, no seu Art. 4º, item 1, também respalda a proteção legal dos interesses do nascituro, desde a concepção. (TONIETTO, C. 2019 p. 2).

Por fim, esclareceu-se toda a questão da incidência abortiva verificada atualmente no país e o porquê da necessidade de amparo e esclarecimentos às tantas divergências e discussões sobre o tema devido às lacunas deixadas pelo ordenamento vigente.

Trata-se de situações de conflito de normas jurídicas integrantes do mesmo ordenamento jurídico, ou seja, normas que supostamente dariam respaldo à pretensão da gestante e normas igualmente válidas e vigentes que protegem os direitos do nascituro. Assim, para assegurar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa em caráter isonômico entre a perspectiva da gestante e da pessoa já concebida - mas ainda não nascida -, revela-se indispensável à previsão de atuação de um ator processual encarregado de zelar pelos direitos legais do nascituro, inequivocamente resguardado pelo ordenamento jurídico, na forma das disposições legais e supralegais acima mencionadas, do Código Civil e da Convenção Americana dos Direitos Humanos. (TONIETTO, C. 2019, p. 3).

E para que toda essa proteção de defesa se concretize e dê voz ativa ao nascituro, faz-se necessária a atuação do Estado, da Defensoria e membros da

família, como tutores que zelem de imediato pela vida fecundada. Como assim completa Tonietto (2019, p. 4):

Desta feita, entendemos, numa compreensão sistemática de âmbito constitucional e legal, que esse papel processual tem que ser cumprido pela Defensoria Pública. Trata-se manifestamente de uma espécie da atividade de Curadoria Especial, privativa da referida instituição, que é encarregada constitucionalmente da defesa dos interesses dos necessitados, entendidos como tais as pessoas humanas em estado de vulnerabilidade. É importante fomentar e criar condições para que a Defensoria Pública, no âmbito de sua missão constitucional, possa atuar não apenas processualmente, mas também extrajudicialmente, contribuindo na formulação de políticas públicas e atividades de educação para os direitos, como determina sua Lei Orgânica (Lei Complementar 80/94).

METODOLOGIA

No presente trabalho a metodologia utilizada foi a qualitativa e quantitativa, na qual foram considerados os aspectos políticos, econômicos e sociais, trabalhados na perspectiva dialética e estatísticas, uma vez que é através delas que o projeto é materializado.

Inicialmente, optou-se por fazer pesquisa bibliográfica de cunho exploratório sobre o tema. Onde a pesquisa bibliográfica é uma contribuição para construção de teorias/conhecimento de uma referida área. Além disso, possibilita agrupar resultados ampliar conhecimento na área do estudo (ANDRADE, 2010).

Por outro lado, a metodologia quantitativa é, de acordo com Knechtel (2014), uma modalidade de pesquisa que atua sobre um problema baseando-se no teste de uma teoria, com variáveis quantificadas em números.

Neste sentido, foram obtidos na plataforma Datasus números referentes às ocorrências de aborto para, numa abordagem quantitativa dos dados, apresentar a situação do aborto no Brasil.

A organização das informações dos dados obtidos, foram organizadas em tabelas, conforme observa-se a seguir.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

No Brasil, o aborto é visto como um problema de saúde pública, tanto pela magnitude como pela persistência. Todavia essa concepção vem sofrendo significativa queda. Vários estudos, ao longo dos anos, em diferentes regiões e com metodologias distintas, empenharam-se em estimar o número de abortos ocorridos anualmente, sejam espontâneos ou provocados. Isso pode ser demonstrado no artigo

derivado de monografia de conclusão de curso intitulado 'Internações por aborto no Brasil: série temporal de 2008-2018', apresentado por Maira Dutra Uliana no Curso de Medicina da Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul) em 2020.

O aborto representou cerca de 5% do total das hospitalizações de mulheres em idade fértil no período de 2008 a 2018, com taxa média anual de 37,4 internações a cada 10 mil mulheres. Evidenciou-se redução nas internações por aborto no Brasil, sendo a maior queda verificada nas UFs das regiões Norte e Nordeste, as quais apresentaram, ainda assim, taxas superiores à verificada nacionalmente. Observou-se, também, redução das internações por abortos espontâneos concomitantemente ao aumento das internações por aborto devido a outras gravidezes que terminam em aborto. Essa tendência de queda nas taxas de internação por aborto já se apresentara anteriormente, para a década 2000-2010, quando houve uma redução de 11% de internações hospitalares por essa causa. No entanto, somente uma parcela dos abortos requer internação hospitalar. O número total de abortos praticados no Brasil, dado a ser utilizado no cálculo da proporção de complicações/internações devidas a essa causa, é desconhecido. Um estudo nacional demonstrou que o aborto é um evento frequente na vida das mulheres brasileiras e que, ao final da vida reprodutiva, uma a cada cinco mulheres haviam realizado aborto no país. (ULIANA, 2020).

Dessa forma, a partir dos dados extraídos pelo Datasus, os casos de aborto entre os anos de 2010 a 2019 no Brasil, mostram que os estados com maiores índices de aborto nos últimos 10 anos foram São Paulo com o total de 133.350 mil (20,27%), Minas Gerais com 66.649 mil (10,13%) e Rio de Janeiro com 66.269 mil (10,07%) casos de abortos (DATASUS, 2021).

Segundo dados coletados no Datasus, o Brasil chega a registrar diariamente 535 internações causadas por aborto. Verificou-se que em 2019, a cada 100 (cem) internações, 99 (noventa e nove) foram causadas por abortos espontâneos do tipo de causas indeterminadas e apenas 1 (um) de aborto previsto em lei, como em casos de estupro ou risco à vida da gestante. (DATASUS, 2021).

Percebeu-se, ainda, que as principais vítimas de procedimentos de aborto em geral são mulheres negras e que cada vez são mulheres mais jovens. Entre os anos de 2009 a 2018, o Sistema Único de Saúde (SUS) registrou oficialmente 721 mortes de mulheres por aborto em sua maioria negras ou pardas com baixo acesso a informações e cuidados humanizados. (DATASUS, 2021).

A cada 10 mulheres que vinham a óbito, 6 (seis) eram pretas ou pardas. Ressalta-se, também, que, apenas de 2010 a 2019, o SUS registrou 24,8 mil internações por aborto de meninas de 10 até 14 anos, números alarmantes para um país em desenvolvimento. Lembra-se que a maioria das ocorrências dos abortos em meninas de 10 até 14 anos acontece no Nordeste por se tratar da região mais pobre

do país com baixa acessibilidade a recursos pagos e, até mesmo, poucas informações acerca do assunto. (DATASUS, 2021).

Foi realizado o cálculo de porcentagem de cada variável, considerando faixa etária, cor/raça, grau de escolaridade e estado civil. A coleta foi realizada por meio da utilização do CID-10, aprovada em 1989. A CID-10 é a 10ª revisão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, uma lista de classificação médica da Organização Mundial da Saúde.

O resultado de maior porcentagem foi de mulheres com idade entre 20 a 29 anos, com 44,70%, seguido por mulheres de 30 a 39 anos com taxa 33,17%, seguido por jovens de 15-19 anos em 14,71%. Percebe-se, ainda, a faixa etária de 40 aos 49 anos com 6,38% de casos registrados. Como contraste, é possível observar que a menor porcentagem é representada por 1,04%, caracterizada por mulheres de 10 a 14 anos.

Tabela 1 – Caracterização das amostras por faixa etária no ano de 2020. Brasil, 2021

Idade por faixa etária	N	%
10 – 14	28	1,04
15 – 19	397	14,71
20 – 29	1206	44,70
30 – 39	895	33,17
40 – 49	172	6,38
Total	2698	100

Fonte: Autores via DATASUS (2021).

Quando analisada a variável raça/cor, segundo o IBGE (2010), as pessoas se autodeclararam como brancas, pretas, amarelas, pardas e indígenas. Dentre essas, destacam-se as com maior porcentagem sendo mulheres da cor parda com 48,59%, em seguida, as brancas com 31,80%. Vale destacar, também, que as mulheres negras representam 11,60% dos casos.

Tabela 2 – Caracterização das amostras segundo cor/raça no ano de 2020. Brasil, 2021.

Cor/Raça	N	%
Branca	858	31,81

Preta	313	11,60
Amarela	5	0,18
Parda	1311	48,59
Indígena	34	1,26
Ignorado	177	6,56
Total	2698	100

Fonte: Autores via DATASUS (2021).

Em relação ao grau de escolaridade das mulheres analisadas, é possível inferir que a maioria delas havia cursado apenas o Ensino Fundamental, conforme mostra a porcentagem de 38,91%, seguidas por aquelas com Ensino Médio, representado por 26,72%, sendo a menor parte o Ensino Superior com apenas 6%.

Tabela 3 – Caracterização das amostras segundo grau de escolaridade no ano de 2020.

Grau de escolaridade	N	%
E. Fundamental	1050	38,93
E. Médio	723	26,79
E. Superior	162	6,00
Nenhuma	96	3,55
Ignorado	667	24,73
Total	2698	100

Fonte: Autores via DATASUS (2021).

Após o levantamento das variáveis segundo o estado civil, foi constatado que a maioria das mulheres era caracterizada como solteiras representando 62,56% do total das analisadas, acompanhada pela variável do estado de casada com 20,53%. Ademais, a menor parte das mulheres eram viúvas e separadas judicialmente (DATASUS, 2021).

Tabela 4 – Caracterização das amostras segundo estado civil no ano de 2020. Brasil, 2021.

Estado Civil	N	%
Solteiro	1688	62,56

Casado	554	20,53
Viúvo	28	1,04
Separado Judicialmente	54	2,00
Outro	163	6,04
Ignorado	211	7,83
Total	2698	100

Fonte: Autores via DATASUS (2021).

Com a pesquisa realizada neste trabalho e dando ênfase aos resultados analisados, observou-se sugestiva tendência de redução das internações por aborto no país; como retratado em recente artigo publicado pela Secretaria de Saúde do Rio de Janeiro;

Mesmo com várias pesquisas nessa área, diferenças metodológicas, dados não padronizados nos sistemas de informações de saúde, carência de dados oriundos do sistema de saúde suplementar, entre outros fatores, contribuem para que ainda exista controvérsia na estimativa do número de abortos no Brasil (CARDOSO E SARACENI, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa maneira, com o intuito de enfatizar a questão do aborto no Brasil, concluiu-se que mulheres solteiras, de cor parda, que cursaram apenas o ensino fundamental e com a idade entre 20 a 29 anos foram as que mais praticaram aborto entre os anos de 2010 a 2019.

Neste trabalho destaca-se o aborto intencional, ou seja, quando a mulher deseja abortar em uma situação que envolve apenas o direito sobre o próprio corpo, podendo ocorrer por diversas questões e não observando o direito à vida do nascituro. Todavia, independentemente da situação que envolva o aborto, a prática deve ser severamente acompanhada pelas autoridades.

Os dados obtidos revelam muito sobre o aborto no Brasil. Boa parcela das mulheres mais jovens e solteiras são aquelas que não se cuidam de forma adequada como deveriam ou, até mesmo, sofreram algum tipo de violência sexual, ocasionado gravidez precoce ou indesejada. Trata-se de um quadro alarmante ao qual as autoridades responsáveis devem ficar atentas, implantando projetos concretos de políticas públicas voltadas para a saúde da mulher, campanhas de conscientização

pró-vida, prevenção e apoio às mulheres que almejam continuar com a gravidez (mesmo sendo de risco), respeitando, assim, os direitos do nascituro que são amparados constitucionalmente.

Essa proposta contribuirá para esclarecer e promover um obstáculo, promover uma pausa e uma análise mais cautelosa da situação que envolve duas vidas. Poder ser, também, um impedimento a esse ato vil, considerado normal por indivíduos e movimentos favoráveis a esse crime, pois insistem em declarar que o aborto não fere a vida do feto. O nascituro possui, como qualquer outra pessoa, princípios constitucionais que asseguram a proteção da vida humana, desde a sua concepção.

Sendo assim, pode-se afirmar que o trabalho alcançou o seu objetivo, pois o tema aborto foi discutido de forma coerente e fundamentada a favor da vida desde sua concepção. Também permitiu evidenciar sua incidência no Brasil e a necessidade de novas formas de prevenção e conscientização das autoridades, das famílias e da sociedade. Antes de se assegurar o direito de escolha da mulher, estejam todos envolvidos e atentos à vida de uma pessoa indefesa.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, M.B. Direitos sexuais e reprodutivos para a política de saúde. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.19, sup.2. 2003. Direitos reprodutivos, aborto e serviço social. (2018). Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/vnGNyx7gwTS4QKvdnBRPP3C/?lang=pt> . Acesso em 21 maio 2022.

BRASIL. Decreto Lei nº678, de 22 de dezembro de 1992, que promulgou a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), em 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=4.,mulher%20em%20estado%20de%20gravidez. Acesso em 15 jun. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 de abr. 2002.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 27 maio 2022.

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul.

1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 20 jun. 2022.

_____. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 21 jun. 2022.

_____. Ministério da Saúde. **Sistema de informações sobre mortalidade**. Disponível em: <http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=060701>. Acesso em: 01 jun. 2022.

CARDOSO, B. B., VIEIRA, F. M. S. B. e SARACENI, V. **Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais?** Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro. Rua Afonso Cavalcanti 455, Rio de Janeiro, RJ 20211-110, Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/8vBCLC5xDY9yhTx5qHk5RrL/?lang=pt>. Acesso em 25 abr. 2022.

CARLOTO, C. M. e DAMIÃO, N. A. Direitos reprodutivos, aborto e Serviço Social. **Serviço Social & Sociedade** [online]. 2018, n. 132, p. 306-325. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0101-6628.143>. Acesso em 15 maio 2022.

CHAVES FILHO, C. H. D. M. O aborto analisado na perspectiva da arguição de descumprimento de preceito fundamental Nº 54 - ADPF Nº54. **Portal De Trabalhos Acadêmicos**. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/academico/article/view/2063>. Acesso em: 3 jun. 2022.

CLASSIFICAÇÃO ESTATÍSTICA INTERNACIONAL DE DOENÇAS E PROBLEMAS RELACIONADOS COM A SAÚDE. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Classifica%C3%A7%C3%A3o_Estat%C3%ADstica_Internacional_de_Doen%C3%A7as_e_Problemas_Relacionados_com_a_Sa%C3%BAde. Acesso em 20 abr. 2022

CONCEITO DE PESQUISA BIBLIOGRÁFICA. Disponível em: <https://blog.mettzer.com/pesquisa-bibliografica/>. Acesso em 20 de abr. 2022

COSTA, L. S. B. Aborto e Direito à Vida: Inconstitucionalidade do aborto em caso de estupro. 2018. 37 f. **Trabalho de Conclusão de Curso** (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/23737>. Acesso em 20 mar. 2022.

DINIZ, D.; MEDEIROS, M. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/pYSRDGw6B3zPsVJfDJSzwNt/?lang=pt&format=html#> Acesso em 23 maio 2022.

FERNANDES, G. A. Direito ao aborto no âmbito familiar. Trabalho de Conclusão de curso – Pró- **Reitoria de Graduação – PROGRAD – Ciências Sociais** - Direito - Universidade Católica de Salvador. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/4738> Acesso em 21 mai. 2022

GOMES, M. P. **O aborto perante a legislação pátria**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº. 167.

GRAÇA NETO, E. M. O direito à vida como um direito natural de todos. 2018. 53 f. **Monografia** (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/41232>. Acesso em 15 maio 2022.

MATOS, Fernanda Patrícia. **Aborto**. Barbacena, 2011.

MAZIERO, T. Constitucionalidade do inciso II do artigo 128 do código penal. 2013. 71 f. **Monografia** (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais). Curso de Direito. Universidade de Passo Fundo, Soledade, RS, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/8vBCLC5xDY9yhTx5qHk5RrL/?lang=pt#> . Acesso em 15 jun. 2022.

MORAIS, L. R. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher**. Senatus, Brasília, v. 6, n. 1, p. 50-58, maio 2008.

OLIVEIRA, A, J, de. **A legalidade do aborto**. Conteúdo Jurídico, Brasília- DF: 11 abr. 2014

PRADO, L. R. **Direito Fundamental à vida: prévio e absoluto**. Disponível em: http://www.regisprado.com.br/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Vida%20humana.pdf. Acesso em 12 abr. 2022.

RAZZO, F. **Contra o aborto**. 1.ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Record, 2017. Disponível em: <https://statics-shoptime.b2w.io/sherlock/books/firstChapter/132792206.pdf> . Acesso em 01 maio 2022.

SILVEIRA, G.B. da e GOMES, R. C. S. – SILVEIRA, G. B. da ; e GOMES, R. C. S.; Aborto e questões éticas: uma abordagem civil-constitucional acerca do direito do nascituro versus a liberdade de dispor do próprio corpo . **Repositório do Curso de Direito**. Faculdade Evangélica de Ruiatuba, GO, 2021. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/18662>. Acesso em 20 abr. 2022.

SOARES, L. A. **A sociedade moderna e a questão do aborto**. AmETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - ISSN 21-76-8498, América do Norte, 2014.

TONIETTO, C. **Projeto de Lei – nº 2.893, de 2019**. Revoga o art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília: Câmara dos Deputados, 15 maio 2019.

TONIETTO, C. **Projeto de Lei – nº 564 de 2019**. Dispõe sobre a representação e defesa dos interesses do nascituro. Brasília: Câmara dos Deputados, 07 fev. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708703&filename=PL+564/2019. Acesso em: 23/05/2022.

ZAFFARONI, E. R. **Manual de direito penal brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ANDRADE, M. M. de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**: elaboração de trabalhos na graduação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL DECORRENTE DA DISPUTA PELA GUARDA DOS FILHOS

Acadêmica: Yasmyn Cristina Gomes Barbosa

Orientador: Felipe Delôgo Dutra Pereira

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as consequências na vida dos filhos de pais separados que sofrem com a síndrome da alienação parental. Para tanto, buscou-se, inicialmente, conceituar o que é a síndrome da alienação parental e, posteriormente, elencar as três modalidades de guarda presentes em nosso ordenamento jurídico. Terminada a vida conjugal, os filhos continuam sob a responsabilidade dos pais porque é um vínculo que não se desfaz. Muitos pais se dão bem após a separação e conseguem criar seus filhos de forma harmoniosa, mas isso muitas vezes não acontece. Assim, a alienação parental prejudica muito a saúde mental da criança, pois não pode ser apagada da memória e deve ser evitada. Observou-se, no presente estudo, que um dos melhores métodos para se evitar a síndrome da alienação parental é a guarda compartilhada, defendida pela lei desde o ano de 2014. Constatou-se, também, um crescente nos números de casos de processos envolvendo alienação parental. Por fim, serão abordadas as consequências que podem perdurar toda a vida no desenvolvimento das crianças e adolescentes vítimas de Alienação Parental.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação Parental; Guarda; Síndrome da Alienação Parental; Consequências.

LINHA DE PESQUISA: Direito civil; processual civil.

INTRODUÇÃO

Quando o casal se separa, normalmente, é atribuída a guarda do filho a um dos genitores. Ao outro, cabe a convivência com direito a visitas. Trata-se, portanto, de um direito da criança e tem por objetivo diminuir os efeitos causados pelo fim do relacionamento dos pais, visando a manter os laços afetivos e de convivência entre pais e filhos.

Assim, permite-se que o genitor, que não é o detentor da guarda, participe da formação e desenvolvimento da criança, além de auxiliar em seu sustento. Nesse contexto, surge uma outra discussão de grande importância nas relações parentais e que, atualmente, vem sendo amplamente discutida nos tribunais: o abandono material e formal. Todavia, não é o foco principal deste trabalho e não será abordado aqui.

Com a intenção de atender aos interesses dos filhos e dos pais, o imprescindível direito do convívio entre pais e filhos não pode sofrer nenhum tipo de impedimento para seu exercício, exceto quando acontecerem situações extremamente graves em que o afastamento é a melhor opção.

Além dos direitos dos genitores de visitarem e acompanharem o desenvolvimento dos filhos de relacionamentos extintos, essa proteção é sadia para ambos os lados, tanto para os pais quanto para os filhos, que não se afastam da convivência e não perdem o laço afetivo.

Ressalta-se, ainda, o *caput* do artigo 227 da Constituição Federal que deixa claro que a família tem a obrigação garantir à criança a convivência familiar e também deve protegê-la de qualquer forma de violência, sendo física ou psicológica:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988, Art. 227)

Quando o término do relacionamento ocorre de forma conflituosa, inicia-se a briga judicial para a guarda do filho. Os genitores esquecem que o interesse da criança é que deve ser levado em consideração e, em alguns casos, os filhos tornam-se objetos de vingança.

Com o objetivo de atingir o ex-companheiro, o genitor guardião dá início ao processo de alienação parental, tentando afastar o filho do outro genitor. Como agravante dessa situação, surge uma síndrome, resultado dos procedimentos, atos, atitudes e falas a que o guardião recorre para atingir seu objetivo: a alienação parental.

FUNDAMENTAÇÃO TEORICA

O artigo 1.583 Código Civil, em seu § 1º, conceitua a guarda unilateral como aquela que é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua:

Aguarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). § 1º. Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º. Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. § 3º. Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. § 4º. VETADO. § 5º. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha

a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (BRASIL, 2002, Art. 1583).

Assim, entende-se, a partir da leitura do artigo supracitado, que ele também regula a guarda compartilhada, que será tratada no tópico seguinte. Essa forma concede a guarda do menor a um dos pais e estabelece o sistema de visitas ao pai que não detém a guarda.

O § 5º do artigo 1.583, como se pode ver acima, trata da guarda unilateral, que obriga o pai que não a possui supervisionar os interesses do filho menor, garantindo assim o direito de fiscalizar sua manutenção. Corrobora esse entendimento a Lei nº 12.013 de 6 de agosto de 2009, que altera o artigo 12 da lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, determinando às instituições de ensino obrigatoriedade no envio de informações escolares aos pais, conviventes ou não com seus filhos.

Porém, pode-se entender, também, que essa modalidade de guarda limita o princípio da convivência e do compartilhamento em família, o que torna a guarda unilateral uma exceção, ao não privilegiar os interesses do menor, que deve ter seu bem-estar protegido no que for possível.

Esse entendimento é facilmente percebido pela leitura do artigo, pois a guarda unilateral não está em harmonia com a realidade da família moderna, uma vez que não oferece à criança ou adolescente o perfeito desenvolvimento de sua personalidade. Ou seja, os princípios constitucionais da igualdade, da proteção integral e absoluta, da cidadania e da dignidade humana exigem uma boa convivência no seio familiar, em sua totalidade, e não apenas uma parte, como oferece a guarda unilateral.

A verdade é que a guarda deve ser estabelecida considerando o melhor interesse do menor, com o intuito de lhe garantir um desenvolvimento saudável dentro da convivência familiar com ambos os pais. Porém, cada caso deve ser analisado de maneira individual. Se, para atender o melhor interesse da criança, for necessário instituir a guarda unilateral, esta deve ser a decisão do magistrado, garantindo, obviamente, ao genitor não guardião o direito de visitação e convivência, em conjunto com a obrigação de supervisionar o menor.

Corroborando, Dias (2011) afirma:

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre

esse dia é um bom dia - isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras. (DIAS, 2011, p.525)

MODALIDADES DE GUARDA GUARDA UNILATERAL

O artigo 1.583 Código Civil, em seu § 1º, conceitua a guarda unilateral como aquela que é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). § 1º. Compreende-se por guarda unilateral atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º. Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. § 3º. Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. § 4º. VETADO. § 5º. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (BRASIL, 2002).

Assim, entende-se, a partir da leitura do artigo supracitado, que ele também regula a guarda compartilhada, que será tratada no tópico seguinte. Essa forma concede a guarda do menor a um dos pais e estabelece o sistema de visitas ao pai que não detém a guarda.

O § 5º do artigo 1.583, como se pode ver acima, trata da guarda unilateral que obriga o pai que não a possui supervisionar os interesses do filho menor, garantindo assim o direito de fiscalizar a manutenção. Corroborando esse entendimento a Lei nº 12.013 de 6 de agosto de 2009, que altera o artigo 12 da lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, determinando às instituições de ensino obrigatoriedade no envio de informações escolares aos pais, conviventes ou não com seus filhos.

Porém, pode-se entender também que esta modalidade de guarda limita o princípio da convivência e do compartilhamento em família, o que torna a guarda unilateral uma exceção, ao não privilegiar os interesses do menor, o que deve ter seu bem-estar protegido no que for possível.

Este entendimento é facilmente percebido pela leitura do artigo, pois a guarda unilateral não oferece à criança ou adolescente o perfeito desenvolvimento de sua personalidade.

Os princípios constitucionais da igualdade, da proteção integral e absoluta, da

cidadania e da dignidade humana exigem uma boa convivência no seio familiar, em sua totalidade e não apenas uma parte, como oferece a guarda unilateral.

A verdade é que a guarda deve ser estabelecida considerando o melhor interesse da criança, com o intuito de lhe garantir um desenvolvimento saudável dentro da convivência familiar com ambos os pais. Porém, cada caso deve ser analisado de maneira individual. Para se atender melhor o interesse da criança, caso seja necessário instituir a guarda unilateral, esta deve ser a decisão do magistrado, garantindo obviamente, ao genitor não guardião, o direito de visitação e convivência, em conjunto com a obrigação de supervisionar o menor.

Segundo Dias (2011),

A guarda unilateral afasta, sem dúvidas, o laço de paternidade da criança com o não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia – isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras (DIAS, 2011).

Ressalta-se que, ao conceder a guarda unilateral, esta decisão deve estar embasada em provas documentais, testemunhais e, até mesmo, periciais tendo em vista que ela se tornou uma exceção ao não mais representar a realidade da família moderna, não garantindo à criança ou ao adolescente o convívio com ambos os pais.

GUARDA COMPARTILHADA

O supramencionado artigo 1.583 do Código Civil 2002 traz a possibilidade de escolha pela guarda compartilhada, que há tempos é utilizada como regra pelos aplicadores do direito.

Por meio das Leis nº 11.698/08 e nº 13.058/14 foi alterado o artigo 1.584 do Código Civil, incluindo, em seu § 2º, a possibilidade da determinação da guarda compartilhada quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar. No entanto, isso não se aplica, caso um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

De acordo com Venosa (2011):

A guarda compartilhada é a divisão dos direitos e deveres em relação aos filhos, menores de 18 anos, não emancipados, ou maiores incapacidades enquanto durar a incapacidade, proporcionando que as principais decisões sejam tomadas sempre em conjunto pelos genitores, mesmo estando separados (VENOSA, 2011, p. 1643).

Essa modalidade de buscar manter os laços afetivos entre pais e filhos,

fundamentais para o pleno desenvolvimento e formação das crianças e adolescentes. Os pais manterão o poder familiar dos filhos nascidos da extinta relação afetiva e, juntos, vão exercer os direitos e cumprir os deveres de tal poder, mesmo morando em residências separadas.

Nesse sentido, Duque e Pedra (2012) defendem que:

O direito não tem o condão de impor condutas ao psiquismo humano e não pode obrigar o indivíduo a pensar, agir ou nutrir sentimentos dessa ou daquela maneira, mas pode corrigir distorções nas relações jurídicas e vincular os atores sociais ao respeito à norma jurídica. (DUQUE E PEDRA, 2012).

Nesse momento, é importante que haja a conscientização dos pais para ajudar o filho a superar esta fase, salientando que “seguem íntegras suas relações de amor e afeto para com ambos os genitores, apesar da separação dos adultos” (MADALENO, 2017).

Em outras palavras, os pais devem participar de todas as etapas da formação dos filhos, mesmo que um dos genitores esteja em contato com os eles apenas nos finais de semana e feriados, atingindo, assim, o objetivo do legislador ao instituir essa modalidade de guarda.

Venosa diz que “[...] quando as partes não chegam ao consenso, a guarda compartilhada, tal como sugerida no art. 1584 §2º CC/02, somente será possível com a boa vontade e consenso de ambos os pais. Não pode ser imposta ao casal que digladia” (VENOSA, 2011).

Já Dias (2011) defende que:

Somente quando ambos os pais se manifestam expressamente pela guarda unilateral o juiz não pode impor o compartilhamento. No entanto, caso somente um dos genitores não aceite, deve ser determinada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se esta for a orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, conforme art. 1584 §3º CC/02 (DIAS, 2011).

De toda sorte, cumpre destacar um julgado do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a guarda compartilhada pode ser imposta pelo magistrado, mesmo não havendo o consenso entre os genitores:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações

diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz inexistente, porque contrária ao escopo do poder familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e CAP. 8 DIREITO DE FAMÍLIA 11327 a custódia física conjunta – sempre que possível – como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.428.596, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.06.2014) (BRASILIA, 2014).

A guarda compartilhada surgiu como uma forma de manter a organização familiar perante à criança, valorizando as relações afetivas para trazer benefícios não apenas às crianças e adolescentes, mas também à boa convivência dos ex-companheiros, facilitando, assim, à criação dos filhos. Segundo afirma Rabelo (2010):

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam em torno da criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sociopsicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha (RABELO, 2010).

Isso posto, a guarda compartilhada aparece como a modalidade mais adequada à aplicação, mantendo os laços afetivos entre os pais e os filhos, possibilitando que os genitores se façam presentes nos momentos mais importantes dos filhos, mantendo, ainda, uma convivência cotidiana. Essa expressão “guarda”, no sentido da guarda dos filhos, simboliza “tanto custódia como proteção que é devida aos filhos pelos pais” (MADALENO, 2016).

GUARDA ALTERNADA

Para fins de esclarecimento, a modalidade de guarda compartilhada não pode ser confundida com a guarda alternada. Esta é uma criação doutrinária e jurisprudencial, pois não há previsão deste instituto no código civil que preveja apenas a guarda unilateral ou a guarda compartilhada.

A guarda alternada possibilita aos pais passarem a maior parte do tempo

possível com seus filhos. Portanto, a guarda alternada caracteriza-se por um período de tempo pré-determinado, que pode ser anual, semestral, mensal, ou mesmo uma repartição organizada dia a dia, possibilitando a cada um dos pais ter um certo período de tempo com a criança, cabendo ao responsável de forma exclusiva, tomar decisões e atitudes no período em que estiver com guarda. Ao término do período, os papéis invertem-se.

Duque muito bem refutou os dois institutos ao julgar um Agravo de Instrumento nº 2011.003738-6.

A diferença entre a guarda alternada e a guarda compartilhada é ontológica. Enquanto a guarda compartilhada de filhos menores é o instituto que visa a participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, a guarda alternada se consubstancia na alternância de lares, ou seja, passa o menor a possuir duas casas (BRASILIA, 2011).

Já no entendimento de Rabelo: “O filho sujeito a este tipo de guarda fica sujeito a mudanças bruscas, que poderá ocasionar-lhe instabilidade emocional, uma vez que não se tornam sólidos os hábitos, padrão de vida, os valores para a formação da sua personalidade” (RABELO, 2010).

A adoção dessa espécie de guarda desagrada à maior parte dos doutrinadores atuais, que entendem que esta alternância comprometeria enormemente o desenvolvimento da criança ou adolescente, em razão da constante “mudança” de rotina. Além disso, cada genitor tem uma visão sobre o que é melhor para seu filho, aplicando-a indiscriminadamente, ainda que signifique a afronta ao modo de educação do outro genitor.

No entendimento de Filho: “não há constância de moradia, a formação dos hábitos deixa a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se do meio familiar paterno ou materno” (FILHO, 2002).

Por fim, a aplicação de qualquer dessas modalidades supracitadas no caso concreto deve sempre levar em consideração o melhor interesse da criança, a harmônica convivência com os genitores e a vontade deles. O poder familiar deve ser exercido de forma plena e eficaz, propiciando ao menor o melhor desenvolvimento de resgatando seus direitos fundamentais.

DIFERENÇA ENTRE A ALIENAÇÃO PARENTAL E A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Para que exista a síndrome da alienação parental, é necessário existir a

alienação propriamente dita, já que aquela é consequência desta. Mas nem sempre vai existir a síndrome, podendo apenas existir a alienação parental, quando esta não se consolidar, dado que, “não há meio para que a Síndrome se desenvolva se a alienação não atingir a sua finalidade” (DUQUE; LEITE, 2015).

Embora intimamente ligadas, uma é o complemento da outra e seus conceitos não se confundem. A alienação parental está definida no artigo 2º, em seu *caput*, da Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010:

Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Esta lei é de grande importância para que esta grave situação — maléfica tanto para o menor quanto para o genitor que é vítima — seja facilmente identificada. Pode-se dizer que a alienação parental acontece quando o elo familiar é perdido e a briga judicial pela guarda dos filhos, além de ser uma questão parental, torna-se uma ferramenta de vingança, onde um genitor quer prejudicar o outro e usa os filhos para isso.

Quando os ex-companheiros não mantêm um relacionamento saudável, que pode ser ainda mais prejudicado por separações conflituosas, acontecem muitas brigas e intrigas, que acaba afetando quem não tem culpa dos acontecimentos: os filhos. Estes são usados como objetos de vingança, gerando, assim, depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, transtornos de identidade e de imagem, sentimento incontrolável de culpa no alienado.

Já a Síndrome da Alienação Parental representa os problemas psicológicos e emocionais, bem como o comportamento da criança que é vítima da alienação parental. Em outras palavras, são as sequelas deixadas pela Alienação Parental.

Vieira, faz uma importante observação:

Alguns entendem a Alienação como uma Síndrome por apresentar um conjunto de sintomas a indicar uma mesma patologia, enquanto que outra corrente exclui o termo Síndrome da definição por determinar que, como não há ‘reconhecimento’ da medicina nem código internacional que defina, não pode ser considerada uma Síndrome, assim subentendida, o fenômeno existe e cada vez mais é percebido e verificado independentemente de classe social ou situação financeira. (VIEIRA, 2013).

Enquanto o processo de alienação parental ainda está no início e não surgiu a síndrome, ainda há possibilidade de reversão e reestabelecer o bom convívio entre o

filho e o genitor alienado. Em contrapartida, quando surge a Síndrome da Alienação Parental a reversão se torna complicada e acontece apenas em poucos casos, e já na vida adulta.

CONSEQUÊNCIAS EMOCIONAIS NA CRIANÇA

A alienação parental traz à vida da criança efeitos devastadores, principalmente, como consequência da perda do contato com um dos genitores que, na fase importante da vida como a infância ou adolescência, representa um grande diferencial, podendo ser comparada, até mesmo, à morte de um ente querido, como avós ou familiares próximos. Isso faz com que a criança fique suscetível a desenvolver problemas psicológicos e transtornos psiquiátricos que podem durar a vida toda.

Nas palavras de Bastos e Luz (2008):

Crianças que sofrem com a Alienação Parental se mostram com quebra de personalidade e transtornos comportamentais, afetando diretamente em seu desenvolvimento e construção social. Casos frequentes de depressão, uso de drogas e álcool são apontados com sintomas de ligação direta com a síndrome, além de outros tipos de doenças psicossomáticas, fatores esses que comprometem sua formação escolar, pois demonstram uma grande dificuldade de concentração e aprendizagem (BASTOS; LUZ, 2008)

Geralmente os conflitos que aparecem nessa situação são: ansiedade, medo, isolamento, desordem emocional, insegurança, dupla personalidade, comportamento hostil, depressão, dificuldades no âmbito escolar, rejeição, irregularidades hormonais, surtos, idealização da imagem do pai, entre outros. Em consequência disso, a criança aprende tais comportamentos, como manipular as pessoas e situações, mentir compulsivamente, apresentar falsas emoções, desconsiderar, ter dificuldade de identificação social e sexual com pessoas do mesmo sexo, ter intolerância com as diferenças e frustrações e exprimir emoções psicossomáticas similares às da criança que sofre abuso.

Para a criança, o divórcio dos pais é entendido como uma rejeição ou um abandono de si mesmo. Por não entender por que um dos pais “não ama mais”, durante esse momento, a criança pode desenvolver sentimento de culpa, desamparo, impotência e insegurança (ALMEIDA, 2009).

A IMPORTÂNCIA DA LEI Nº 12.318/2010

Como toda a sociedade, a família também evoluiu com o tempo e isso trouxe grandes mudanças. A mulher, agora, por exemplo, independência total uma vez que

tempos atrás o homem era quem exercia completa autoridade sobre a família e tinha o poder de decisão sobre a vida dos filhos. À época a mãe era vista, muitas vezes, como responsável apenas dos filhos e da casa. Diante dessas mudanças estruturais dentro do âmbito familiar, Pereira (2012) declara que:

De fato, uma família não deve estar sustentada em razões de dependência econômica mútua, mas exclusivamente, por se constituir um núcleo afetivo, que se justifica, principalmente, pela solidariedade mútua (PEREIRA, 2012).

Ainda sustentado pela ideia de solidariedade, Madaleno (2017) vai enfatizar que:

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-o mutuamente sempre que se fizer necessário (MADALENO, 2017).

Essa constante evolução ainda trouxe o afeto para o centro de uma relação, superando, até mesmo, o vínculo sanguíneo, biológico ou genético, trazendo, assim, igualdade no poder familiar onde pai e mãe possuem as mesmas responsabilidades e deveres. O que permitiu, ainda, a desvinculação do matrimônio, possibilitando novas configurações de família.

A Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010 dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Isso foi fundamental para promover a proteção da criança em situação de alienação parental, trazendo um rol exemplificativo dos atos alienantes e mostrando ainda a forma de se aplicar as medidas protetivas. Essa lei tem o intuito de assegurar um ambiente familiar saudável e favorável ao desenvolvimento do menor, protegendo o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente.

De tudo posto, conclui-se que a Lei nº 12.318/2010 é de suma importância em nosso ordenamento jurídico, trazendo a melhor forma de lidar com casos onde se identifica a alienação parental, punindo o genitor alienante e observando o melhor interesse e a proteção da criança ou adolescente, por meio da manutenção e respeito à convivência familiar de maneira equilibrada.

METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa descritiva com abordagem quantitativa. A pesquisa descritiva, segundo Gil (2008, pág. 28):

Têm como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações entre variáveis. São inúmeros os estudos que podem ser classificados sob este título e uma de suas características mais significativas está na utilização de técnicas padronizadas de coleta de dados.

A pesquisa quantitativa é, de acordo com Knechtel (2014), uma modalidade de pesquisa que atua sobre um problema baseando-se no teste de uma teoria, com variáveis quantificadas em números.

A pesquisa foi realizada por meio de análise descritiva com abordagem no estudo bibliográfico de artigos jurídicos e científicos divulgados no meio eletrônico sobre o tema.

Foram avaliadas doutrinas e jurisprudências dos Tribunais Superiores presentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como nos dados numéricos fornecidos e encontrados no IBGE e nos respectivos tribunais.

Os dados foram obtidos por meio de consulta aos sites do IBGE e nos levantamentos realizados nos sites dos tribunais, em especial nos anos de 2016 e 2018.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Frente aos resultados obtidos no presente estudo, observa-se que as relações familiares, assim como todas as áreas, têm se modificado e evoluído com o tempo. Sendo assim, cabe a nós modificarmos os nossos sistemas de pensar e agir perante lei para resguardar a vida daqueles que não podem se proteger. Apesar das leis citadas acima serem relativamente novas, há disponível uma quantidade significativa de estudos na literatura, tanto em revistas eletrônicas, quanto publicações acadêmicas.

De acordo com os resultados obtidos, encontrou-se indícios de que a guarda compartilhada, protegida pela lei nº 13.058, pode minimizar a alienação parental sofrida pelas crianças que convivem com a separação dos pais. Alexandra Ullman, especialista em Direito da Família publica seu livro “Tudo em dobro? Ou pela metade” (2015) que vai falar de uma maneira simplificada e de fácil acesso sobre as relações familiares diversas ente filhos e pais separados, mostrando de maneira lúdica que pode sim, ter relações saudáveis nesse meio.

O que pode ser observado é que durante a história da sociedade os processos

de guarda foram se modificando como diz Sousa (2017):

Observa-se que a guarda dos filhos passou por diversas mudanças ao longo dos anos. Historicamente, os filhos sempre ficavam com a mãe, que tinha o papel de exercer atividades domésticas e devido ao despreparo dos pais, que tinham como papel principal ser o provedor da família (SOUSA, 2017).

Outrossim, a Lei nº 13.058/14 supracitada, que determina a guarda compartilhada como regra no caso da separação dos pais, foi sancionada pela presidente da República, Dilma Rousseff, em 2014, sem vetos, as mudanças dentro do Código Civil aprovadas por deputados e senadores.

Além disso, segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) *Apud* Dornelas (2017), no Brasil, há cerca de 60,8 milhões de adolescentes e crianças. O Datafolha indica que existem 20 milhões de filhos de casais separados e 80% desses já sofreram algum tipo de alienação.

Ademais, de acordo com uma pesquisa feita junto ao Tribunal de Justiça apurou que nos anos de 2016 houve 2.241 processos por alienação parental. Já no ano de 2017 houve um salto para 2365 casos registrados, ou seja, cresceram 5,5% nos números de casos (TJMG, 2018).

Constata-se, portanto, que a Lei foi bem aceita dentro do meio Jurídico, tornando-se regra em todo o território nacional desde sua publicação na terça-feira do dia 23 dezembro de 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou a síndrome da alienação parental decorrente da disputa da guarda dos filhos, colocando em evidência os transtornos de personalidade que foram acarretados ao longo do processo de guarda de um dos genitores.

Constatou-se com o estudo que a guarda compartilhada é um dos melhores meios para se evitar o processo de alienação parental, dando ao menor ou adolescente o direito de uma criação completa. Todavia não se pode descartar as outras modalidades de guarda, uma vez que a guarda compartilhada só entrará em vigor se ambos os pais quiserem exercer seu direito à paternidade.

Portanto, fica claro que a síndrome da alienação parental requer tratamento adequado para cada situação. Quando uma fase leve é detectada, o acompanhamento psicojurídico irá colaborar com a decisão do magistrado em caso de litígio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, C. V. G. et. al. **Alienação Parental**: uma discussão sobre a responsabilização decorrente da alienação parental. Revista Processus. de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, [S.l.], v. 10, n. 39, p. 230-251, nov. 2019. ISSN 2178-2008.

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: 8 de jul. de 2019.

_____. **Lei nº 12.318/2010 de 26 de agosto de 2010**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/lei/12318.htm. Acesso em: 19 de ago. de 2019.

_____. Código Penal: decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 06 de jun. de 2022.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 de jun. de 2022.

_____. Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em: 04 de jun. 2022.

_____. Civil e processual Civil. Recurso especial. Direito civil e processual civil. Família. Guarda compartilhada. Consenso. Necessidade. Alternância de residência do menor. Possibilidade. 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj> Acesso em: 03 de jun. de 2022.

BASTOS, E. F. LUZ, A. F. **Família e jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASÍLIA. Agravo de Instrumento nº 2011.003738-6 de Santa Catarina. 2011. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20719355/agravo-de-instrumento-ai-37386-sc-2011003738-6-tjsc/inteiro-teor-20719356?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19 de jul. de 2019.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/448026-ENTRA-EM-VIGOR-LEI-QUE-PRIORIZA-GUARDA-COMPARTILHADA-DE-FILHOS>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2011.

DORNELAS, M. C. **A alienação parental será do passado, isto é, todos juntos na proteção da criança e do adolescente**. Instituto Brasileiro de Direito da Família. 2019. Acesso em: 27 de jun. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1321/A+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+ser%C3%A1+do+passado,+isto+%C3%A9,+todos+juntos+na+prote%C3%A7%C3%A3o+da+crian%C3%A7a+e+do+adolescente#:~:text=No%20Brasil%2C%20os%20dados%20e>

stat%C3%ADsticos,80%25%20sofrem%20com%20esse%20mal.

DUQUE, B. L. LEITE, L. D. **A alienação parental sob perspectiva do dever fundamental de afeto e a psicologia**. 1º jornada científica do Fórum de Assistentes Sociais e Psicólogos do Poder Judiciário do Espírito Santo, p.293-298, jul., 2015.

DUQUE, B. L. PEDRA, A. S. **Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. Direitos e deveres fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GRISARD FILHO. Waldir. **Guarda compartilhada**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

JORNAL DA EPTV 2ª EDIÇÃO. **Aumento do número de processos por alienação parental mostra que famílias estão mais informadas, diz OAB**. *G1.Globo*. acesso em: 27 de jun. de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/aumento-do-numero-de-processos-por-alienacao-parental-mostra-que-familias-estao-mais-informadas-diz-oab.ghtml>.

MADALENO, R. **Curso de direito da família**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.89.

MADALENO, R. **Curso de direito da família**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 468.

MARCONI, M. A. LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PEREIRA, R. C. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.149.

RABELO. Sofia Miranda. **A guarda compartilhada**. 2010. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm>. Acesso em: 28 de mai. de 2019.M

SOUSA, D. A. **A eficácia da guarda compartilhada na diminuição dos casos de alienação parental**. Faculdade de Direito de Vitória. Vitória. 2017.

ULLMANN, A. **Tudo em dobro? ou pela metade**. CASSARA. Rio de Janeiro, 2015.

VENOSA, S. S. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2011.

VIEIRA, G. F. A síndrome da alienação parental e o ordenamento jurídico brasileiro. 2013. Disponível em: <https://phmp.com.br/artigos/a-sindrome-da-alienacao-parental-e-o-ordenamento-juridico-brasileiro/> acesso em: 01 de jun. de 2022.

BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC): A DIFICULDADE DA CONCESSÃO FRENTE AO REQUISITO DA RENDA FAMILIAR

Acadêmicas: Valentina Maria Pereira Magalhães e Yasmin Bastos Guerra

Orientador: Sérgio de Souza

RESUMO

A CF de 1988 introduziu princípios e direitos básicos, que se baseiam na existência da democracia e do Estado de Direito para a realização de uma sociedade mais justa e igualitária. Em virtude disso, foi criado o Benefício de Prestação Continuada, previsto na LOAS. O objetivo deste trabalho é demonstrar a necessidade de adequação da Lei Orgânica da Assistência Social com a situação atual da sociedade brasileira, que é de extrema pobreza. A questão norteadora deste estudo é: O requisito de renda estabelecido pelo §3 do Artigo 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS) tem sido fiel com o conceito de miserabilidade dos dias atuais? Portanto, em função dos pontos levantados, esta pesquisa irá aprofundar os principais aspectos do Benefício de Prestação Continuada relacionados à Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), por meio de revisão bibliográfica, análise jurisprudencial e doutrinas.

PALAVRAS-CHAVE: Assistência; Benefício; Idoso; Renda; Dignidade.

LINHA DE PESQUISA: Direito Constitucional e Administrativo.

INTRODUÇÃO

Desde sua independência, o Brasil promulgou sete Constituições. Diante disso, diversas mudanças foram feitas. A última Constituição, promulgada em 1988, foi anunciada da seguinte maneira: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição” (BRASIL, 1988).

Apesar do Preâmbulo não ter força normativa, a Constituição vem atribuindo direitos, mas também deveres aos cidadãos.

Este trabalho pretende discutir sobre o Benefício de Prestação Continuada (BPC), criado após essa Constituição e regido pela lei nº 8.742 de 07 de dezembro

de 1991, chamada de LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LOAS). O BPC abrange dois públicos: os idosos e os portadores de deficiência. Para o idoso requerer o benefício é preciso ter, no mínimo, 65 anos de idade e também comprovar baixa renda familiar. Já os portadores de deficiência, independentemente da idade, podem requerer o benefício, comprovando a deficiência e também a renda per capita ($\frac{1}{4}$ do salário mínimo). O requerimento é feito por meio da Autarquia Federal do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O Benefício de Prestação Continuada vem sendo alvo de muitas críticas, devido à grande rigidez em seus requisitos. Um dos assuntos mais abordados é a questão da renda familiar.

Diante das críticas, há uma necessidade de adaptação da Lei Orgânica da Assistência Social à situação vivenciada pela sociedade atualmente. O critério de renda não mais condiz com a situação de miserabilidade, mas sim de extrema pobreza. O INSS vem indeferindo muitos benefícios. Acarretando, com isso, um retrocesso social, pois tal critério objetivo imposto pela LOAS não analisa com precisão a real situação do grupo familiar, sendo ineficaz de atender ao mandamento constitucional previsto no artigo 7º, IV, no que se refere a garantia ao cidadão de um mínimo de condições necessárias para suprir as necessidades vitais básicas e da família.

O meio judicial tem sido muito procurado para que o cidadão, cujo benefício foi negado no âmbito administrativo, possa gozar de seu direito. Há diversos entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e súmulas acerca do assunto, nos quais este trabalho análise irá se basear.

REFERENCIAL TEÓRICO

A humanidade passou por grandes mudanças durante toda a sua história, tanto sociais como econômicas. Com a crescente desigualdade, atingindo principalmente a sociedade de classe econômica menos privilegiada, a necessidade do homem de se sentir amparado cresceu cada vez mais, tornando-se indispensável a proteção social para ele.

Conforme pontua Santos (2013, p.34), “A concentração da maior parte da renda nas mãos de poucos leva à miséria da maioria, que se ressentida da falta dos bens necessários para sobreviver com dignidade”.

Com isso, surge a necessidade de proteger aqueles mais vulneráveis que precisam de amparo financeiro, para que consigam o mínimo para sobreviver e ter uma vida digna.

Santos (2013, p.34) entende que:

Dessas situações o homem não consegue sair apenas com o seu esforço individual, necessitando do amparo do Estado para prevenir e remediar suas necessidades. Todos esses fatores levaram à busca de instrumentos de proteção contra as necessidades sociais, com reflexos na ordem jurídica.

Por essa dificuldade de sair das situações de miserabilidade, surgiu a necessidade do amparo do Estado, como forma de proteção social para os mais vulneráveis economicamente.

Na Constituição Federal de 1988, por meio do art. 194, a seguridade social foi estruturada. Também foi estendido a todos o direito à previdência, à assistência social e à saúde.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.
- VIII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988).

Uma vez que esses direitos passaram a ter previsão legal na Constituição Federal de 1988, houve um aumento da aplicação dos princípios assistenciais, em que foram estipuladas formas de aplicabilidade, conseqüentemente, protegendo as pessoas que viviam em situação de pobreza.

A CF/88, por meio do art. 203, em entendimento com o princípio da dignidade da pessoa humana, permite que pessoas de alta vulnerabilidade econômica possam alcançar a proteção social, independentemente de terem contribuído ou não com a previdência social.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1988).

Conforme exposto, a seguridade social no Brasil percorreu uma longa história até chegar a sua atual interpretação.

A seguir serão tratados temas mais específicos do Direito Previdenciário.

INTRODUÇÃO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A política assistencial tem como base a proteção social dos indivíduos, com o intuito de garantir o básico para fornecer as necessidades essenciais para aqueles que mais precisam.

O histórico da Assistência Social, antes de se tornar uma política pública, é caracterizado pelo assistencialismo, pelo clientelismo, pela caridade, pelo voluntariado. Essas motivações têm forte presença no cotidiano dessa política (PESTANO, 2006).

Di Giovanni (1998) conceitua proteção social como sendo as formas institucionalizadas ou não a que as sociedades recorrem para proteger seus membros dos riscos sociais ou vicissitudes da vida em sociedade.

As Políticas Sociais são garantidas às sociedades que vivem em situação de necessidade por inúmeros motivos, seja por desemprego, por alguma doença, ou outros e geram a oportunidade de garantir o básico para sua família, por meio da atuação do Estado.

A Assistência Social teve seu início nas instituições religiosas, e, posteriormente, nas instituições públicas, pelo princípio da miserabilidade, garantindo apoio para os mais carentes. Sobre isso, Santos pontua (2013, p.34):

A primeira etapa da proteção social foi a da assistência pública, fundada na caridade, no mais das vezes, conduzida pela Igreja e, mais tarde, por instituições públicas. O indivíduo em situação de necessidade — em casos de desemprego, doença e invalidez — socorria-se da caridade dos demais membros da comunidade. Nessa fase, não havia direito subjetivo do necessitado à proteção social, mas mera expectativa de direito, uma vez que o auxílio da comunidade ficava condicionado à existência de recursos destinados à caridade.

No Brasil, a política social apresentava-se de forma fragmentada, havendo apenas menção ao direito de seguridade social. O direito aos socorros públicos foi um dos primeiros indícios de assistência pública no nosso país, fundamentado no art. 179, § XXXI, da Constituição de 1824.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império [...] (BRASIL, 1824).

Outro exemplo de onde o princípio assistencialista está localizado é o art. 79 do Código Comercial de 25 de junho, posteriormente, revogado pela Lei 10.406/02. Nele, passou-se a garantir 3 meses de salários para administradores das empresas que viessem a sofrer algum acidente: “Art. 79 – Os acidentes imprevistos e inculcados, que impedirem aos prepostos o exercício de suas funções, não interromperão o vencimento do seu salário, contanto que a inabilitação não exceda 3(três) meses contínuos”.

Em 1993, houve a promulgação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), Lei nº 8.742/93, e a criação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), que foi implantado em 2005, com a finalidade de organizar as ações de assistência social.

No entanto, um dos maiores marcos da aplicação das políticas de assistência pública foi o Benefício de Prestação Continuada (BPC) que foi regulamentado pelo LOAS.

Seu objetivo é amparar os cidadãos menos favorecidos, tanto pela condição financeira, como pela condição social, como é o caso de deficientes e idosos, conforme o art. 203, V, da CF/88:

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1988).

O BPC (Benefício de Prestação Continuada) também está elencado na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), conforme prevê o art. 20, da Lei 8.742/93:

O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (BRASIL, 1993).

O responsável por custear os benefícios advindos da Assistência Social é o Fundo Nacional de Assistência Social - FNAS, cujos recursos são oriundos da União, conforme art. 29, caput, da Lei 8.742/93 que estabelece: “os recursos de responsabilidade da União destinados à assistência social serão automaticamente repassados ao Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), à medida que se forem realizando as receitas.”

No entanto, não há obrigação de repassar esses recursos para o FNAS, uma vez que a lei prevê essa possibilidade direto ao INSS (Instituto Nacional de Seguro Social):

Art. 29, parágrafo único. Os recursos de responsabilidade da União destinados ao financiamento dos benefícios de prestação continuada, previstos no art. 20, poderão ser repassados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social diretamente ao INSS, órgão responsável pela sua execução e manutenção. (BRASIL, 1993).

Tais custos são possíveis devido às receitas provenientes de contribuições sociais, a níveis: municipais, estaduais e federais.

Portanto, os métodos de financiamento da seguridade social são considerados propriedades inerentes ao objetivo de proteger as pessoas dos riscos sociais. Constituem, no entanto, de uma norma jurídica positiva porque decorre do interesse público.

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO IDOSO

O Benefício de Prestação Continuada (BPC), conhecido como Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), foi criado pela lei 8.742/1993 e implantado em 1996, por meio do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), órgão responsável pela política previdenciária. Nele foi garantido às pessoas com deficiência e aos idosos

(65 anos) a prestação de um salário mínimo mensal. Porém, destaca-se que o benefício não dará direito ao décimo terceiro salário e não pode acumular com outros benefícios no âmbito da Seguridade Social.

Nesse sentido, Ibrahim (2015, p.17) define que:

Tecnicamente, não se trata de benefício previdenciário, embora sua concessão e administração sejam feitas pelo próprio INSS, em razão do princípio da eficiência administrativa. Não é benefício previdenciário devido à sua lógica de funcionamento: não carece de contribuição do beneficiário, bastando a comprovação da condição de necessitado. Veio substituir a renda mensal vitalícia, que era equivocadamente vinculada à previdência social, em razão de seu caráter evidentemente assistencial. Ainda hoje esta prestação é frequentemente denominada ainda de renda mensal vitalícia ou amparo assistencial. A concessão é feita pelo INSS devido a preceitos práticos – se o INSS já possui estrutura própria espalhada por todo o país, em condição de atender à clientela assistida, não haveria necessidade da manutenção em paralelo de outra estrutura.

A CF/1988, em seu art. 203, prevê o Benefício de Prestação Continuada – BPC:

Art. 203 A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1988.)

Para a concessão do Benefício, é preciso que o idoso ou o portador de deficiência comprovem que não possuem condições de arcar com os custos de remédios, consultas, alimentos, entre outros fatores, pois é imprescindível que a renda mensal per capita do grupo familiar seja igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente.

Além disso, os portadores de deficiência devem apresentar impedimento a longo prazo de natureza física, mental ou intelectual que, de alguma maneira, interfira na sua capacidade de inclusão social.

Semelhantemente, em 2009, foi promulgado o Decreto nº 6.949 que estabelece:

Art. 1º - Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Os impedimentos a longo prazo são aqueles que produzem efeitos pelo período mínimo de dois anos, conforme as Leis nº 12.435, de 6 de julho de 2011 e nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, que alteraram a LOAS (Lei Orgânica de Assistência Social).

Além do requisito per capita do grupo familiar, o BPC vem passando por muitas modificações ao longo dos anos desde a sua implantação. Em 2016, passou a ser obrigatória a apresentação do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (Cadastro Único) para o requerimento do Benefício. Com isso foi possível identificar a renda da família cadastrada no órgão, além de ser uma forma de os Assistentes Sociais conhecerem melhor as famílias, uma vez que a vulnerabilidade não deve ser observada somente pela renda familiar.

O caminho para a concessão do Benefício para o Idoso nem sempre foi o mesmo, passando por algumas alterações ao longo dos anos. Até 2003, a idade mínima exigida era de 67 anos, mas, com a aprovação do Estatuto do Idoso em 2003, a idade foi reduzida para 65 anos.

Após o critério da idade, também é observado o critério da renda. Atualmente, é possível dois idosos do mesmo grupo familiar receberem o BPC, mesmo que a renda ultrapasse $\frac{1}{4}$ per capita do salário mínimo, pois o benefício não será computado para fins de cálculo de renda.

A Lei 13.892/2020 adicionou o §15 ao art. 20 da Lei 8.742/1993 e pacificou a questão: “§15. O benefício de prestação continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos nesta Lei”.

A Lei 13.982/2020 promulgou e aplicou as alterações abordadas nos dois itens anteriores:

Art. 2º A partir de 2 de abril de 2020, os valores recebidos por componentes do grupo familiar, idoso, acima de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou pessoa com deficiência, de BPC/LOAS ou de benefício previdenciário de até um salário-mínimo, ficam excluídos da aferição da renda familiar mensal per capita para fins de análise do direito ao BPC/LOAS.

§ 1º A aplicação do caput dispensa a operacionalização no sistema de benefício (PRISMA) para aplicação das ações civis públicas com o mesmo objeto.

§ 2º Na hipótese em que, mesmo aplicada a desconsideração prevista no caput, da renda familiar mensal per capita permanecer em valor igual ou superior a um quarto (1/4) do salário-mínimo, ainda caberá a aplicação de ACP que possua regras com maior extensão que as definidas no § 3º deste artigo.

§ 3º Para fins do disposto no caput, até que haja regulamentação da alteração na Lei nº 8.742/1990, considera-se o benefício assistencial à pessoa com deficiência (Espécie 87), a aposentadoria por idade e a por tempo de contribuição prevista pela Lei Complementar nº 142/2013 (Espécies 41 e 42).

§ 4º Nas hipóteses de incidência de ACP, cujo escopo foi apenas 82 parcialmente atendido pela previsão do caput, devem ser observados os demais elementos que compõem a determinação judicial.

Diante dessas alterações, abriu-se a possibilidade de exclusão não somente da renda originária de Benefício Assistencial ao Idoso, mas também o da Pessoa com Deficiência e do beneficiário previdenciário que recebe o valor correspondente a um salário mínimo.

METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, em que serão analisados criticamente os dados coletados sobre o tema.

Sobre os estudos qualitativos, Sampieri, Collado e Lúcio (2013, p. 33) definem que:

ao contrário da maioria dos estudos quantitativos, em que a clareza sobre as perguntas de pesquisa e as hipóteses devem vir antes da coleta e da análise dos dados, nos estudos qualitativos é possível desenvolver perguntas e hipóteses antes, durante e depois da coleta e da análise dos dados.

Quanto aos objetivos, trata-se de um estudo descritivo, desenvolvido pela análise de doutrinas, artigos científicos, legislações e jurisprudências,

A pesquisa qualitativa também pode possuir um conteúdo altamente descritivo e pode até lançar mão de dados quantitativos incorporados em suas análises, mas o que vai preponderar sempre é o exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado e reinterpretado de acordo com as hipóteses estrategicamente estabelecidas pelo pesquisador (MEZZARROBA e MONTEIRO, 2019, p. 130).

Para este estudo, foram realizadas pesquisas em doutrinas e jurisprudências e artigos científicos pesquisados no Google Acadêmico (<https://scholar.google.com.br/>), plataforma esta que permite uma busca rápida de literatura acadêmica.

Para a seleção do material bibliográfico, realizou-se uma busca utilizando os seguintes descritores: Assistência; Benefício; Idoso; Renda; Dignidade. Considerou-se como critério publicações no período de 2009 a 2019. Após a leitura dos artigos encontrados, foram selecionados apenas aqueles relacionados à concessão do Benefício de Prestação continuada chegando a um total de dez textos contemplados para esta investigação.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Como mencionado acima, o requerente deve estar inscrito no Cadastro Único, possuir a idade mínima (65 anos), bem como comprovar a renda familiar igual ou inferior a um quarto do salário mínimo, dessa forma comprovando a situação de miserabilidade.

Esse critério objetivo para verificação da miserabilidade foi declarado parcialmente inconstitucional, sem pronúncia de nulidade, pelo STF. Atualmente vigora o entendimento de que a definição dos critérios a serem observados para a concessão do benefício assistencial depende de apurado estudo e deve ser verificada de acordo com as reais condições sociais e econômicas de cada candidato à beneficiário. Assim, o critério objetivo de renda per capita não é legítimo para se aferir a condição de miserabilidade (BRASIL, 2013).

O Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre a matéria da seguinte forma:

Tema 185: A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

Em relação ao cômputo da renda familiar, a Portaria nº 1.282, de 22 de março de 2021, em seu Art. 1º, estabelece que não será computado para o cálculo da renda per capita familiar, o benefício previdenciário de até um salário-mínimo ou o Benefício de Prestação Continuada (BPC) concedido a idoso, acima de 65 anos de idade ou a pessoa com deficiência, para a concessão do BPC.

Com o advento da Lei 12.435 de 2011, houve a alteração do seu art. 20, §1º, da Lei 8.742 de 1993, que dispõe:

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. Desse modo, a renda per capita pode ser avaliada pelo Cadastro Único, que indica os componentes do grupo familiar e a renda.

Recentemente, foi sancionada a Lei nº 14.176 de 22 de junho de 2021, alterando alguns dispositivos da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Houve uma mudança significativa em relação a renda per capita, como dispõe:

§ 11 O regulamento de que trata o § 11 deste artigo poderá ampliar o limite de renda mensal familiar per capita previsto no § 3º deste artigo para até 1/2 (meio) salário-mínimo, observado o disposto no art. 20-B desta Lei.

No entanto, tal alteração ainda não está em vigor, conforme Art. 6º, Parágrafo único, da Lei 17.176/21:

Parágrafo único. A ampliação do limite de renda mensal de 1/4 (um quarto) para até 1/2 (meio) salário-mínimo mensal, de que trata o § 11-A do art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, mediante a utilização de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade e da situação de vulnerabilidade do grupo familiar, na forma do art. 20-B da referida Lei, fica condicionada a decreto regulamentador do Poder Executivo, em cuja edição deverá ser comprovado o atendimento aos requisitos fiscais.

Além das informações acima, é importante salientar que o BPC de uma pessoa idosa não entrará para o cálculo da renda familiar para o pedido de outro BPC ao idoso de uma mesma família, conforme prevê o Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003.

O requisito de renda per capita, $\frac{1}{4}$ ou $\frac{1}{2}$ do salário mínimo vem sendo discutido há um tempo. Porém, esse não deveria ser um parâmetro de grande importância, uma vez que miserabilidade não deve ser conceituada apenas em um valor numérico. Além disso, é importante salientar que o salário mínimo não vem atendendo às pequenas necessidades do ser humano como: vestuário, alimentação, lazer, moradia, entre outras, o que é muito grave, uma vez que a dignidade da pessoa humana é princípio da Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inciso III.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

É importante salientar que, devido a diversas mudanças que o BPC passou em toda a sua trajetória, principalmente em relação à renda, grandes consequências surgiram para aqueles que buscam a concessão do benefício. O acesso a ele por meio do INSS foi dificultado, levando os idosos a buscarem o judiciário para recorrer do indeferimento do pedido.

O acesso ao judiciário, na maioria das vezes, é penoso e custoso, além de demorado. Cenário que não condiz com a urgência pelo benefício, motivada pelas condições precárias nas quais os idosos requerentes vivem. Se a questão da renda fosse um critério que trouxesse maior segurança e não houvesse divergências para o INSS ou para o Judiciário, casos assim seriam mais fáceis de serem solucionados. Seria importante que houvesse consenso entre a Lei e a Jurisprudência para que o acesso ao BPC fosse algo menos doloroso para aqueles que realmente necessitam do benefício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado implementou diversas políticas públicas como instrumento de entrega de direitos e garantias ao cidadão. A prestação da Assistência Social está amparada pelo art. 203, inciso V, da Constituição Federal. É regida, também, por sua legislação infraconstitucional, Lei nº 8.742 de 1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

Por meio de uma política assistencial, foi criado o Benefício de Prestação Continuada, alvo do presente estudo. O Benefício caráter assistencial destinado ao idoso, com sessenta e cinco anos ou mais e à pessoa com deficiência passou por uma série de alterações em relação à sua concessão. Ao longo deste estudo foram apresentadas essas mudanças e discutidas as suas implicações na vida dos beneficiários.

Essa análise permitiu concluir que o cidadão enfrenta dificuldades para ter acesso ao benefício no âmbito administrativo (INSS). Na maioria das vezes, cabe-lhe, apenas, recorrer ao judiciário para gozar do benefício, que é considerado um instrumento de inclusão social para a população mais vulnerável do país.

REFERÊNCIAS

AMADO, F. **Direito Previdenciário**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição Política do Império do Brasil 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10/05/2022.

_____, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10/05/2022.

_____. **Decreto n. 6.214, 26 de setembro de 2007.** Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 28, Set., 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm. Acesso em 20/06/2022.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Rcl 4.374**, rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18.04.2013, Acórdão Eletrônico DJe, divulgado 03.09.2013, publicado 04.09.2013.

_____. **Lei nº 8.742, de 7 de Dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm. Acesso em: 30/05/2022.

_____. **Lei nº 14.176 de 22 de Junho de 2021.** Dispõe que o regulamento de que trata o § 11 do artigo 20 da LOAS poderá ampliar o limite de renda mensal familiar per capita. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15/05/2022.

CASTRO, C. A P. **Manual de Direito Previdenciário.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI GIOVANNI, G. Sistemas de proteção social: Uma introdução conceitual. *In*: OLIVEIRA, A. M, (org.). **Reforma do Estado e políticas de emprego no Brasil.** Campinas, 1998. p. 9-29.

IBRAHIM, F. Z. **Curso de direito previdenciário.** 20. ed. Niterói: Impetus, 2015.

LOAS - Comentários à Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal -Ano VII, n. 36. p. 141.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** São Paulo: Saraiva, 2019.

SAMPIERI, Roberto H.; COLLADO, Carlos F.; LUCIO, María del Pilar B. **Metodologia de Pesquisa.** Porto Alegre: Penso, 2013.

PEREIRA, Luciano. **Análise Crítica Do Benefício De Prestação Continuada E A Sua Efetivação Pelo Judiciário.** Revista CEJ, Brasília. Ano XVI, n. 56, p. 15-27, jan./abr. 2012.

PESTANO, Cíntia Ribes e REIS, Carlos Nelson. **A especificidade da Assistência Social: algumas notas reflexivas.** Revista Virtual Textos e Contextos, nº 5, ano V, nov. 2008.

PORTARIA Nº 1.282, DE 22 DE MARÇO DE 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.282-de-22-de-marco-de-2021-310077600>. Acesso em: 30/05/2022.

SANTORO, J. J. D. S. **Manual de Direito Previdenciário.** 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora, 2001.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Assistência Social – benefícios**. Revista de Direito Social, Sapucaia do Sul, ano 1, n. 2, p. 11-25, 2001.

SPOSATI, A. **Proteção social e seguridade social no Brasil**. Cortez. São Paulo, 13 de maio de 2013. Disponível em: www.scielo.br.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232/DF**, Rel. ILMAR GALVÃO. Data de Julgamento: 27/08/1998, TRIBUNAL PLENO. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 03/04/2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Tema Repetitivo 185**. REsp 1112557/MG.

Data de Julgamento: 20/11/2009. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=185&cod_tema_final=185

**DA POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA NULIDADE NOS
CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 148,
§ 2º DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Nº
14.133/21**

Acadêmicos: Delson Pereira e Rômulo de Oliveira

Orientador: Douglas Caetano Vieira

RESUMO

O objetivo deste estudo é compreender a intenção do legislador na elaboração da Lei 14.133/2021, ao permitir, em seu art. 148, § 2.º, a continuidade da execução de contratos quando declarados nulos. O presente artigo tem como finalidade trazer à tona aos operadores do Direito, principalmente administrativo, uma análise quanto à possibilidade de modulação dos efeitos da nulidade em Contratos Administrativos, analisando os princípios cabíveis ao tema que possam fundamentar a intenção do legislador sob a óptica da nova lei de licitações e contratos administrativos. Com a aprovação e entrada em vigor do novo instrumento normativo Lei n.º 14.133/21, observa-se o surgimento de uma grande celeuma jurídica, principalmente, quando comparado com o texto anterior da lei n.º 8.666/93. Ocorre que se encontra uma grande diferença quando da aplicação da nulidade nos contratos da Administração Pública quando verificadas hipóteses de nulidade, ou seja, a lei 8.666/93 é taxativa em relação à aplicação da nulidade de imediato, não sendo possível sua manutenção em detrimento da nulidade declarada, tendo em vista os vícios insanáveis de legalidade. Entretanto, a lei nº 14.133/21 autoriza a admissibilidade de modulação dos efeitos da nulidade em contratos administrativos, ou seja: é possível que um contrato, mesmo declarado nulo, permaneça em execução por prazo determinado, nos termos da lei. Nesse sentido, busca-se com a presente pesquisa analisar os fundamentos jurídicos plausíveis e os efeitos gerados no mundo jurídico da presente novidade normativa identificada pelo art. 148, § 2º, da Lei. 14.133/21, calcada em princípios aplicáveis à Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Contratos; Nulidade; Princípios; Continuidade.

LINHA DE PESQUISA: Ciências sociais aplicadas- Direito- Linha 4: Direito Constitucional e Administrativo

INTRODUÇÃO

É sabido que a competência para legislar sobre normas gerais de licitação é privativa da União, conforme previsão constitucional dos artigos 22, inciso XXVII, e 37, inciso XXI, da CF/88 (BRASIL, 2022).

Nesse sentido, em 1º de abril de 2021, foi promulgada a nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, lei n.º 14.133/21, ou seja, foi criado um novo

marco regulatório para os processos licitatórios e contratos administrativos para Administração Pública Pátria. Quanto à vigência do presente instrumento jurídico, percebe-se que se torna facultativa sua aplicação imediata, porém, obrigatória a partir de 1º de abril de 2023, quando os demais instrumentos legais serão revogados, unificando a legislação apenas para a Lei n.º 14.133/21. Sendo assim, será revogada, no prazo estipulado legalmente, a Lei n.º 8.666/93, conforme art. 193, da Lei n.º 14.133/21 (BRASIL, 2021).

Portanto, até o ano de 2023, os processos licitatórios brasileiros poderão utilizar qualquer das duas normas legislativas ora vigentes, sendo estas as leis n.º 8.666/93, e a atual lei n.º 14.133/21. Desse modo, pode-se interpretar essa liberalidade quanto à possibilidade de utilização das duas normas ora existentes como uma celeuma jurídica quanto ao princípio da continuidade. Isso porque, quando se interpreta a Lei n.º 8.666/93 não se observa a possibilidade de continuidade de contrato declarado nulo, existe, na verdade, uma retirada imediata de tal instrumento.

Por outro lado, se observa que tal interpretação ganhou uma nova roupagem na Lei n.º 14.133/21, pois o mencionado instrumento autoriza, mesmo um contrato declarado nulo, a permanecer sendo executado por um prazo específico estabelecido na Lei.

É imprescindível demonstrar que será obrigatória a aplicação da nova Lei de Licitações somente a partir de 1º de abril de 2023, visto que no intervalo compreendido entre 1º de abril de 2021 a 1º de abril de 2023, ambos os instrumentos sobre licitação (Lei n.º 8.666/93 e 14.133/21) poderão ser escolhidas pela administração pública. Todavia isso não significa dizer que poderá existir a duplicidade de aplicação de normas. Em outras palavras, num único processo licitatório não poderão ser utilizadas as duas normas, uma vez que isso representaria criação de novo instrumento normativo, o que se caracterizaria como inconstitucional.

Outro ponto importante quanto à aplicação da Lei.º 14.133/21 é que não houve revogação integral da lei 8.666/93, com as exceções das seções III, sobre os crimes e sobre as penas, e também da seção IV, que trata dos processos e dos procedimentos judiciais relacionados com a Administração Pública, essas situações estão previstas nos artigos 89 a 108 da lei 8.666/93.

Tomando como base as exceções mencionadas acima, as demais normas permanecem aplicáveis no mundo jurídico até sua revogação. Nesse diapasão, o presente trabalho foi elaborado para se entender a importância da possibilidade de

aplicação da modulação dos efeitos da nulidade nos contratos licitatórios a partir na nova Lei de Licitações, no intuito de fazer com que o interesse público seja respeitado e, por conseguinte, o erário público seja preservado com decisões mais estratégicas.

Nesse sentido, pretende-se demonstrar que: a lei n.º 14.133/21 trouxe uma novidade importante quando autoriza a possibilidade de modulação dos efeitos da nulidade, contribuindo para que eventual serviço público não seja interrompido, preservando o princípio da continuidade, mesmo que diante de flagrante nulidade.

Portanto, percebe-se que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos deu maior protagonismo ao princípio da continuidade em relação à eventual nulidade, caracterizando como verdadeiro sopesar de princípios, analisando para essa decisão o próprio princípio da indisponibilidade do interesse público.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Tem-se como marco teórico da presente pesquisa o entendimento sustentado por doutrinadores, legislações e interpretações jurisprudências dos tribunais superiores.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabelece:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;
Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL 1988)

Ainda, o Decreto Lei 4657/42- Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, LINDB, estabelece:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.
Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma

administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (BRASIL 2022)

Em 1º de abril de 2021, foi promulgada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (lei 14.133/21), ou seja: o novo marco regulatório para os processos licitatórios e contratos administrativos no Brasil, que tornará obrigatório sua aplicação a partir de 1º de abril de 2023.

Essa nova ferramenta jurídica introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em seu art. 148, § 2.º, fundamenta-se no princípio da continuidade. Observa-se que a nova Lei revogou diversos artigos, dentre eles os artigos 89 a 108, da lei 8.666/93, permitindo, entre elas, que eventual contrato declarado nulo possa continuar a ser executado por prazo determinado.

Ocorre que o direito não é uma ciência exata, o que possibilita diferentes interpretações por seus operadores, tanto àquele que legisla quanto àquele que interpreta, surgindo análises de diversas situações por diversos ângulos e possibilidades.

Segundo Nóbrega (2019):

A licitação regida pela Lei 14.133/2021 não só é um processo seletivo, mas também deve cumprir objetivos que vão além da determinação racional-legal do adjudicatário do contrato administrativo, sendo que as inclinações da nova lei mostram a vocação do processo licitatório “para a regulação da economia, tendo em vista o fomento do mercado nacional, a promoção da sustentabilidade, inclusive no emprego, com redução da processualidade e em consonância com a realização de uma política anticorrupção nos contratos públicos (NÓBREGA, 2019, p. 373).

Percebe-se que licitação é um procedimento administrativo no qual a administração pública apresenta aos interessados a abertura de um processo licitatório, possibilitando aos licitantes a apresentação de propostas. A partir delas, a administração pública, depois dos trâmites legais, escolherá a mais vantajosa ao serviço público, nos termos especificados no edital de licitação.

Analisando a ótica do conceito de licitação e, principalmente, sobre as mudanças trazidas pelo novo ordenamento jurídico é que se desenvolve o presente trabalho, considerando que a administração pública deve ofertar inúmeros serviços públicos à população. Esses serviços têm como característica terem sido objeto de

processo licitatório prévio naqueles casos onde uma empresa privada é quem irá explorar atividade econômica na prestação de serviços públicos.

Para que se possa chegar ao cerne da presente proposta de desenvolvimento do trabalho, foram necessários análises dos artigos 147 a 149 da lei 14.133/21, pois, para se falar sobre a possibilidade ou não de anulação de um ato administrativo em um processo licitatório, primeiramente o ato tem que existir. A grande questão que se pretende discutir é sobre a possibilidade da modulação dos efeitos da nulidade, ou seja, o que antes não era possível passa a ser. Quando a própria Lei n.º 14.133/21 autoriza, em seu art. 148, § 2.º, a possibilidade de modulação dos efeitos da nulidade, significa que, com o advento da presente lei, o gestor público pode manter a execução de um contrato declarado nulo por prazo determinado, para que a Administração Pública possa se organizar e realizar novo processo licitatório.

É sabido que a anulação é uma ferramenta jurídica utilizada para extinguir um ato contaminado por vícios insanáveis. Nesse sentido, durante a apresentação deste trabalho, pretende-se deixar claro a diferença entre anulação e rescisão em um processo licitatório. Isso porque entre extinção e rescisão os atos jurídicos são distintos; a anulação é aplicada desde o nascimento do contrato e é justamente nesse ponto que o presente estudo se preocupa. O *caput* do artigo 147 da nova lei de licitações, lei 14.133/21, apresenta uma grande novidade legislativa quanto ao tema anulação. Vejamos:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: (BRASIL 2021)

Nesse sentido, a nova lei de licitações n.º 14.133/21 trouxe grandes mudanças no sistema licitatório brasileiro, com destaque para o artigo 148, § 2º, objeto de estudo do presente artigo. Assim, apresenta-se a possibilidade de que o contrato, mesmo tendo declarada sua nulidade, possa continuar a produzir seus efeitos, permanecendo vigente sua execução. Poderão, ainda, ser modulados os efeitos de sua nulidade por até 06 meses, prorrogados por igual período, gerando, assim, grande celeuma jurídica quanto à possibilidade dessa modulação dos efeitos da nulidade e os efeitos que podem gerar.

Serão analisados dispositivos jurídicos, posicionamentos de tribunais superiores e doutrinas, a fim de se realizar avaliações sobre os impactos trazidos pela

nova lei no sentido da possibilidade, no gerenciamento dos contratos administrativos celebrados pela Administração Pública quando da modulação dos efeitos da nulidade visando resguardar e respaldar o interesse público.

Diante do exposto acima, o art. 148.º, § 2.º, da Lei 14.133/21 permite a modulação dos efeitos da nulidade em contratos administrativos por período de 06 meses, prorrogável por igual período. Sendo assim:

Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

(...)

§ 2º Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez. (BRASIL 2021)

É importante expor que, caso ocorra a nulidade, os atos executados pelo contratado deverão ser pagos, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Poder Público. Vejamos:

Art. 149. A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa. (BRASIL 2021)

Percebe-se a existência de uma contradição entre instrumentos normativos, em relação à Lei 8.666/95 e à Lei 14.133/21. Ocorre que, na Lei 8.666/95, está claro, nos artigos 49 e 59, a atribuição ao gestor público do poder-dever de anular atos licitatórios viciados. É o que se observa:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§1ºA anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§2ºA nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§3ºNo caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§4ºO disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Art.50.A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade. (BRASIL 1995)

O presente trabalho tem como escopo analisar a possibilidade de aplicação ou não da modulação dos efeitos da nulidade em contratos administrativos, tendo em vista a nova lei de licitação nº. 14.133/21, especificamente em seu art. 148, § 2.º, utilizando-se de interpretações fundamentadas em princípios aplicáveis ao Regime Jurídico de Direito Público, principalmente, o princípio da continuidade.

Percebe-se que o legislador objetivou garantir a continuidade do serviço público quando permite, por lei, que contratos declarados nulos possam permanecer vigentes por determinado período. É evidente que a Administração Pública não pode parar, uma vez que isso representaria prejuízo à toda sociedade, tendo em vista o próprio o princípio da continuidade, princípio este muito caro ao Direito Administrativo.

Ao que se pode observar, é justamente por esta seara que trilha o professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Logo:

A Administração não tem discricção administrativa que lhe permita escolher com liberdade se convalida um ato viciado ou se deixa de fazê-lo. Também não tem liberdade para optar se o invalida ou se deixa de invalidá-lo (BANDEIRA DE MELLO, p. 487).

Corroborando o presente entendimento, segundo a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob o regime público, seja sob o regime privado. E a contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo o regime de direito público. (DI PIETRO, 2020, p. 299).

Ainda, segundo o professor José dos Santos Carvalho Filho:

A Constituição, em seu artigo 37, XXI, enuncia o princípio da exigibilidade de licitação para a Administração Direta e Indireta e, ao fazê-lo, incluiu as empresas públicas e as sociedades de economia mista. O Estatuto, portanto, não poderia dispor de forma contrária. Por tal motivo, deixa expresso que os contratos dessas entidades com terceiros, tendo variados objetivos, serão precedidos obrigatoriamente de licitação, com a ressalva estabelecida na própria lei. (CARVALHO, 2017. p. 552).

Na mesma esteira, o professor Alexandre Mazza, ao argumentar sobre ato administrativo, afirma que:

Nasce com um déficit democrático inerente ao modo unilateral como é praticado. Sua legitimidade é apenas indireta, porque deriva da lei cuja execução o ato administrativo se encarrega de realizar. Portanto, como não é lei, o ato administrativo por si só está impossibilitado de criar deveres e proibições ao particular. (MAZZA, 2013, p. 89).

Percebe-se que houve uma mudança legislativa com o advento da Lei n.º 14.133/21, pois tal dispositivo possibilitou uma decisão que não encontra guarida na

Lei anterior n.º 8666/93. Nesse diapasão, é necessário o seguinte questionamento: Seria o princípio da Continuidade o fundamento para justificar a permissão da manutenção da execução de um contrato declarado nulo? Quais seriam os benefícios para a Administração Pública com a possibilidade de modulação dos efeitos da nulidade em contratos administrativos?

Segundo o entendimento sustentado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar de nulidade dos contratos, “Há, pois, o estabelecimento de critérios a serem sopesados quando da invalidação do ato ou do contato, que, inclusive, poderá continuar vigendo, se assim comandar o interesse público”. (BANDEIRA DE MELLO, 2021)

Buscando responder à hipótese de pesquisa acima, levanta-se, ainda, como marco teórico a Lei. 8.987/95, art. 6.º, §1.º que estabelece: “§ 1º-Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. (BRASIL, 2021)

Ainda conforme o art. 37, CF/88, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

O presente princípio se caracteriza como um dos princípios mais importantes da Administração Pública, principalmente por se relacionar aos serviços públicos. Nesse sentido, falar de continuidade é expressar a obrigatoriedade do Poder Público em não deixar que os serviços públicos sejam interrompidos, salvo as hipóteses da Lei em casos específicos.

Nesse sentido, entende-se que o serviço público deve ser contínuo, com prestação ininterrupta.

O presente princípio tem seu fundamento no art. 6.º, § 1, da Lei n.º 8.987/95, que trata de serviços públicos, e estabelece que serviço público adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. (BRASIL, 2022).

Sobre o presente princípio o professor Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que:

Princípio da continuidade, significando isto a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido. (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 663)

Corroborando essa linha, a professora Irene Patrícia Nohara ensina que:

No âmbito privado, as empresas devem ser sensíveis às modificações do mercado; já os órgãos que prestam serviços públicos demandam uma certa padronização para o alcance de progressiva universalização, impessoalidade e, acima de tudo, continuidade na satisfação de necessidades coletivas. (NOHARA, 2022, p.73)

Ainda, o professor Rafael Carvalho de Oliveira

O princípio da continuidade impõe a prestação ininterrupta do serviço público, tendo em vista o dever do Estado de satisfazer e promover direitos fundamentais.

A continuidade pressupõe a regularidade na prestação do serviço público, com observância das normas vigentes e, no caso dos concessionários, das condições do contrato de concessão. (OLIVEIRA, 2022, p. 246.)

Portanto, é evidente que o princípio da Continuidade é de fundamental importância para que a Administração Pública possa atender às necessidades do cidadão. Nesse sentido, o que se tinha anteriormente à Lei n.º 14.133/21 caracterizava-se como uma barreira à manutenção da continuidade, uma vez que, caso fosse encontrado alguma nulidade, o contrato seria anulado imediatamente desde a origem, fazendo com que eventual serviço público prestado, mediante o contrato nulo fosse paralisado. Isso geraria sérios riscos de ferir de morte o princípio da continuidade ou, caso outro, mesmo que não houvesse a paralisação do serviço, a Administração pública teria de contratar temporariamente outra pessoa para continuidade do contrato até nova licitação, o que geraria mais gastos e maior prejuízo ao erário público.

Nesse diapasão, o legislador na busca de maior eficiência e, principalmente, galgado em manter o cumprimento do princípio da continuidade, entendeu por bem autorizar a manutenção do contrato, mesmo que considerado nulo, pelo prazo de até 06 meses, prorrogável por uma única vez.

Vejamos o que estabelece o diploma legal no art. 148, da Lei n.º 14.133/21:

Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

§ 1º Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

§ 2º Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez. (BRASIL, 2021)

Percebe-se, portanto, que o legislador objetivou dar maior segurança à manutenção do serviço público, não sendo mais necessário, após a decretação de nulidade, a contratação de uma pessoa temporária, para somente depois fazer nova licitação. A partir da Lei n.º 14.133/22, o gestor pode modular os efeitos da nulidade a fim de que organize nova licitação para contratação de nova pessoa.

O que se percebe com essa nova interpretação legal é que o princípio da continuidade será preservado e, ainda, representará uma economia se comparado ao procedimento anterior da Lei n.º 8.666/93. Portanto, o presente artigo contribui positivamente para Administração Pública, esclarecendo procedimentos gerenciais fundamentados na legislação vigente, diminuindo as aventuras filosóficas que, por vezes, acabam contribuindo muito mais com a burocracia e pouco com uma gestão de alta performance.

METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa de revisão bibliográfica realizada em março de 2022, voltada para a análise de seis grandes doutrinadores de Direito Administrativo, em suas obras publicadas após Lei n.º 14.133/21, para analisar se a doutrina está a simpatizante a essa nova possibilidade de modulação dos efeitos da nulidade.

A pesquisa bibliográfica pode ser considerada uma contribuição para construção de teorias/conhecimento de uma referida área. Além disso, possibilita agrupar resultados ampliar conhecimento na área do estudo (ANDRADE, 2010).

A escolha pela pesquisa bibliográfica se deve ao fato de o presente artigo ter sido desenvolvido buscando demonstrar por meio das interpretações do novo marco legislativo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, sobre a possibilidade, ou não, quanto a aplicação da modulação dos efeitos da nulidade nos contratos da administração pública, prevista no artigo 148, § 2º da nova lei de licitações administrativos n.º 14.133/21.

Em relação à abordagem da pesquisa, optou-se por um estudo qualitativo, o qual, segundo Minayo (2003), pode ser utilizado para responder questões específicas, como é o caso deste artigo:

A diferença entre qualitativo-quantitativo é de natureza. Enquanto cientistas sociais que trabalham com estatística apreendem dos fenômenos apenas a região “visível, ecológica, morfológica e concreta”, a abordagem qualitativa aprofunda-se no mundo dos significados das ações e relações humanas, um lado não perceptível e não captável em equações, médias e estatísticas (MINAYO, 2003, p. 22).

A metodologia qualitativa tem como característica principal a exploração do assunto pesquisado, ou seja, é um método direcionado ao estudo de forma subjetiva do assunto pesquisado. Assim, tendo em vista que presente estudo foi voltado especificamente para a possibilidade, ou não, quanto a aplicação da modulação dos efeitos da nulidade nos contratos da administração pública, prevista no artigo 148, § 2º da nova lei de licitações administrativos nº 14.133/21, essa abordagem se mostra como mais adequada para tanto.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Tomando como base as críticas às legislações anteriores à lei 14.133/21, é possível observar que o novo dispositivo legislativo trouxe mudanças importantes no ordenamento jurídico brasileiro quando se trata de processos licitatórios e contratos administrativos. Dentre as mudanças destaca-se a possibilidade de aplicação da modulação dos efeitos da nulidade e, em seguida, a convalidação dos atos. Essas mudanças podem ser observadas em Niebuhr (2015), conforme citação abaixo:

A autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez. (NIEBUHR. 2015, p. 515).

Durante o desenvolvimento do presente artigo, a medida em que se aprofundava no assunto “possibilidade ou não aplicação da modulação dos efeitos da nulidade nos contratos licitatórios e administrativos”, observou-se que o § 2º, do art. 148, da lei 14.133/ 21 prevê sim a aplicação da modulação.

Embora exista esta possibilidade, cabe à autoridade superior que estiver frente ao certame licitatório, preliminarmente, buscar sanear os vícios possíveis de serem saneados conforme determina o art.71, I, da lei 14.133/21. Sendo possível o saneamento do vício, a autoridade não pode aplicar os efeitos da modulação. Nessa

situação deverá a autoridade determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades.

Ainda, no mesmo caminho, outra situação que deverá ser observada antes da modulação de efeitos da nulidade é a exigência de que autoridade responsável pelo certame faça uma avaliação do art. 147, da lei 14.133/21, pois não são em todas e quaisquer situações que se permite a aplicação da modulação da nulidade.

Portanto, o artigo 148 da lei 14.133/21, demonstra de forma clara a possibilidade de aplicação da modulação dos efeitos da nulidade, mas também remete à necessidade de análise criteriosa quanto ao interesse público. Vejamos:

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis. (BRASIL. 2021)

Isso faz com que seja reforçada e sustentada a tese de que a declaração de nulidade de contrato licitatório só deverá ser aplicada em hipóteses, em que a garantia e a tutela do interesse público sejam o principal objetivo.

Como sustentação das alegações acima, podemos citar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), de acordo com a Súmula 473:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Sendo assim, após a leitura dos artigos 148 e 149 do novo marco regulatório dos processos licitatórios brasileiro Lei nº. 14.133/21, é possível observar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) via Súmula 473, foi fortalecido, pois permite à Administração Pública a possibilidade, nos termos da lei, de decidir pela modulação dos efeitos da nulidade em contratos, por até 06 (seis) meses, permitindo, ainda, a sua prorrogação por igual prazo, em uma única vez.

Conforme mencionado na seção Metodologia, observa-se que o tema é muito recente, existindo poucos trabalhos científicos sobre a temática. Entretanto, com o objetivo de apresentar um cenário doutrinário quanto o entendimento da temática, foi realizado uma análise de seis (06) grandes doutrinadores administrativistas para, com base nessa amostra, observar o entendimento sobre a possibilidade ou não da modulação dos efeitos da nulidade, a fim de verificar se os doutrinadores estão adeptos à tal autorização legal.

Sendo assim, após análises das diversas doutrinas apresentadas durante o desenvolvimento do presente trabalho, foi possível observar o posicionamento favorável da doutrina pela possibilidade de modulação dos efeitos da nulidade em contratos administrativos, mesmo quando declarado nulo, indo, portanto, ao encontro da legislação. Conforme tabela abaixo:

Tabela. 1

Doutrinadores favoráveis e contra à possibilidade de modulação dos efeitos da nulidade em contratos administrativos		
Professor	Favorável	Contra
Celso Antônio Bandeira de Mello (BRASIL, 2021, p.663)	x	-
Hely Lopes de Meireles (BRASIL, 2015, p.180)	x	-
Irene Patrícia Nohara (BRASIL, 2022, p.73)	x	-
José dos Santos Carvalho Filho (BRASIL, 2017. p. 552)	x	-
Maria Sylvia Zanella de Pietro (BRASIL, 2020, p. 299).	x	-
Rafael Carvalho Rezende Oliveira (BRASIL, 2022, p. 246)	x	-
Total	6	0

Fonte: Autores, 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas, licitações e contratos administrativos foram pautados nas Leis n.º 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011. Os citados dispositivos vinham passando por diversas críticas em relação ao modelo jurídico. Os críticos dessas legislações apresentavam a falta de transparência, a morosidade, excesso de burocracia e a não efetividade, o que contribuiu para ineficiência. Devido aos pontos críticos suscitados acima, foi possível observar os riscos que os contratos administrativos podem trazer à segurança jurídica quando há relacionamento entre particular e Administração Pública e, principalmente, quanto há execução de serviços públicos que necessitam serem contínuos em benefício de toda sociedade.

Nesse sentido, com o antigo regramento da Lei n.º 8.666/93, ainda vigente, era impossível manter em execução, pois, para manter a execução de qualquer serviço

público diante da decretação da nulidade, agravam-se sérios risco de suspensão da prestação de serviços públicos. A nulidade retirava a pessoa e, conseqüentemente, surgia a necessidade de nova contratação, entretanto, até a nova contratação, o serviço estaria prejudicado.

É justamente no calor das críticas aos dispositivos regradores de licitação e contratos administrativos que surge o novo marco jurídico voltado à correção das críticas apontadas. A Lei n.º 14.133/2021 surge com o objetivo de ampliar, de forma mais transparente, as licitações e os contratos públicos. A referida norma trouxe a possibilidade de unificação do regime jurídico a ser utilizado nos processos licitatórios e a substituição de institutos antigos, previstos nas legislações anteriores, por institutos modernos. Como exemplo, podemos citar a previsão de adoção de princípios constitucionais e infraconstitucionais possíveis de serem utilizadas pela administração pública brasileira contemporânea.

Sendo assim, a nova lei (14.133/2021), demonstra de forma cristalina que seu objetivo principal é combater fraudes nas licitações e contratos administrativos e, por conseguinte, teremos melhor controle de gastos do dinheiro público.

Como demonstrado, a nulidade do contrato tem previsão legal, no artigo 148, §2º, da lei 14.133/21. Todavia, para que seja declarada, é necessário que alguns requisitos sejam observados. Dentre esses requisitos encontram-se o interesse público como primordial para declaração da anulação do ato.

É importante observar que, em relação ao novo marco jurídico, o princípio da continuidade ganhou maior protagonismo, visto que é perfeitamente possível a modulação dos efeitos da nulidade, conforme previsão do §, 2º, da lei 14.133/21.

Observa-se que uma das finalidades da Lei n.º 14.133/21 foi a proteção do interesse público, pois — ainda que essa modulação não seja de forma definitiva, visto que o prazo máximo é seis (06) meses, prorrogável uma única vez por igual período — ela contribuirá para própria economicidade do erário público, diante do prazo suficiente para sanar os atos irregulares do processo e realização de nova contratação.

Portanto, com base em todo exposto, é perfeitamente possível, nos termos do art. 148, § 2º da Lei 14.133/21, a aplicação da modulação dos efeitos da nulidade em contratos administrativos, com objetivo de preservação do princípio da continuidade em benefício à toda sociedade. Dessa forma, garante-se economicidade ao erário público, fazendo com que o Poder Público tenha tempo suficiente para organizar nova

contratação, sem que haja interrupção na prestação de serviços públicos, preservando, dessa forma, o princípio da continuidade.

É importante destacar que a Administração Pública deve buscar uma gestão gerencial com as melhores práticas de gestão possíveis, a fim de que a sociedade e o erário público estejam preservados, garantindo maior segurança jurídica nas relações diversas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Herbert. **Nova Lei de Licitações – Esquematizada. Lei 14.133/21.** Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/>. Acesso em 27/04/2022

ANDRADE, M. M. **Introdução à metodologia do trabalho científico:** elaboração de trabalhos na graduação. São Paulo, SP: Atlas, 2010.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 18/11/2021.

BRASIL, Decreto – Lei 4657/ 42- **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.**

BRASIL, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – **Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL, **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987_cons.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.
BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL, **Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9.784_const.htm. Acesso em 06 mai.2022

BRASIL. **Lei nº. 14.133, de 01 de abril de 2021.** Institui normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 552

DALFOVO, M. S.; LANA, R. A.; SILVEIRA, A. Métodos quantitativos e qualitativos: um resgate teórico. **Revista Interdisciplinar Científica Aplicada**, Blumenau, v.2, n.4, p.01- 13, Sem II. 2008 ISSN 1980-7031

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 299.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 35.º ed. Malheiros Editores, 2021.

MENDONÇA, J. V. S. de. **Art. 21 da LINDB – indicando consequências e regularizando atos e negócios**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, nov. 2018, p. 59.

MINAYO, M. C. de S. (Org.). **Pesquisa Social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

NIEBUHR, J. de M. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 515

NÓBREGA, T. **A nova lei de licitações no Brasil: a licitação diante das transições legislativas**. Revista da AGU, Brasília, v. 18, n. 2, p. 349-376, abr./jun. 2019.

NOHARA, I. P. **Direito Administrativo: 11ª ed.** Barueri, SP: Atlas 2021, p.73)

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Método 2022, p. 246

INCIDENTE DE DOENÇA MENTAL E AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Acadêmicos: João Pedro da Silva Miranda e Luís Mauro Rosa Gomes

Orientador: Auriston Magalhães

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade agregar informações sobre as medidas de segurança aplicadas às pessoas acometidas por transtornos mentais em situações de conflito com a lei. Foi revisada uma série de trabalhos acadêmicos, livros e documentos que aprofundam o conhecimento a respeito das medidas de segurança e suas formas de aplicação. Com todo o material pesquisado, verificou-se a ineficiência das medidas de segurança, tanto no seu modelo de aplicação quanto em sua execução, não promovendo a reinserção do indivíduo na sociedade de forma satisfatória.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Medida de Segurança; Transtorno Mental; Incidente.

LINHA DE PESQUISA: Direito Penal e processual penal.

INTRODUÇÃO

O presente estudo apresenta as faces da incidência de doença mental e as medidas de segurança frente aos indivíduos que cometem algum ato infracional perante a sociedade.

Sabe-se da inexistência de leis que sejam específicas sobre o tema, tornando, assim, equivocadas as análises das autoridades, pois os indivíduos considerados psicopatas ou doentes mentais são encaminhados para centros de reabilitação psiquiátrica, com possibilidades de retorno para a sociedade sem o devido tratamento.

O interesse do estudo surgiu após leituras e filmes acerca da temática e da constatação de ser reduzido o número de publicações sobre o tema

Repugnado pela sociedade em que se está inserido, o criminoso com transtorno psicopatológico é um elemento que traz consigo condutas antissociais e ilícitas.

Essas ações geralmente se configuram em episódios de extrema violência e hediondez, sendo responsáveis por causar desconforto ao júri. Este, apesar de possuir o poder de punição, não possui conhecimento científico suficiente para distinguir um psicopata de um infrator (SANTOS e GOUVEIA, 2018).

Os indivíduos considerados psicopatas não se enquadram nos preceitos morais da sociedade, justificado pela ausência de consciência de seus atos.

Psicopatas tendem à realização de práticas cruéis por seus crimes que causam indignação coletiva. Repercutidos ou não na mídia, esses delitos acarretam o sentimento estorpecimento diante da capacidade de violência e ausência de algum sinal de remorso, arrependimento ou culpa.

Além disso, psicopatas são indivíduos que, dificilmente, ressocializaram-se facilmente na sociedade (FERNANDES e FERNANDES, 2012).

Mesmo a psicopatia não sendo considerada doença mental, nos mesmos modelos da esquizofrenia e depressão, a psicopatia está atrelada ao Código Penal, no artigo 26 parágrafo único (BRASIL, 1940).

A psicopatia vem sendo tratada como um transtorno mental. Todavia, o mais adequado é tratá-la como um transtorno de personalidade, pois apresenta condição mais grave em sua formação. Psicopatas são considerados semi-imputáveis e ficam submetidos à pena reduzida a dois terços ou à medida de segurança (TRINDADE, 2017).

Por serem indivíduos insensíveis quanto à dor física, quase sempre não apresentam sentimentos de medo, não se preocupam quanto à sociedade e a inexistência do senso de bem ou mal. Além disso podem apresentar diversas causas e motivações para a conduta psicopática. A psicopatia pode ser classificada como padrão comportamental científico denominado Transtorno de Personalidade. Todavia, o indivíduo psicopata nem sempre atende a todos os critérios definidos (FIORELLI; MANGINI, 2017).

As medidas de segurança são fundamentadas e, de acordo com a periculosidade, possuem função preventiva de agravos. São caracterizadas por valerem por tempo indeterminado, ou seja, seu encerramento só chega ao final quando a periculosidade do indivíduo cessar.

As medidas de segurança possuem três pressupostos para a aplicação: a prática de fato punível, consiste na situação em que o indivíduo tenha praticado um ilícito típico; a periculosidade, quando o indivíduo comete a prática de ato penal ilícito típico, dotado de periculosidade e ausência de imputabilidade plena, ou seja, quando o indivíduo não pode sofrer medida de segurança, somente pena, e se necessitar de tratamento especial curativo, o indivíduo nunca cumprirá pena e medida de segurança juntos (BITENCOURT, 2012).

No que se diz respeito à aplicação de sanções penais, o Código Penal Brasileiro trabalha com sistema vicariante. O ato criminal resulta em aplicação de pena

ou medida de segurança. Nesses casos, somente a presença da doença psiquiátrica não basta, o indivíduo deve apresentar, no momento do ato ou omissão, o comprometimento de autocontrole, para ter sua responsabilidade penal a diminuída (OLIVEIRA, 2015).

No Código Penal, também se enquadra a possibilidade de diminuir a responsabilidade penal, tendo sido avaliada a capacidade de compreensão ou controle da vontade reduzida no momento do ato criminoso ou sua omissão em virtude da perturbação da saúde mental.

No parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, a pena para esses indivíduos pode ser reduzida em um ou dois terços em virtude da condição psicológica ou pelo desenvolvimento mental incompleto ou retardo, não sendo completamente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar acordo com o entendimento (BRASIL, 1940).

Em alguns casos, o indivíduo permanece sob custódia do Estado e recebe tratamento e acompanhamento psicológico periódico para verificar a capacidade de respeito às regras de convívio e possibilidade de reintegração à sociedade (CASOY, 2014).

Ressalta-se, também, que há incluso na jurisprudência pátria um dissenso ou discordância diante do assunto, sendo, portanto, um posicionamento majorado, tratando das divergências aos aspectos que envolvem a punição do indivíduo psicopata criminoso.

Em registro mostra-se que o Supremo Tribunal Federal já adotou, em suas decisões, ambas linhas de resolução. O que emerge em face da discussão sobre a necessidade de tratamento jurídico-criminal diferente aos indivíduos considerados psicopatas (CAPEZ, 2017).

Sendo assim, o presente estudo atua como mais uma obra bibliográfica sobre a doença mental e as medidas de segurança cabíveis a indivíduos que comentem atos infracionais contra a sociedade. Frente a diversas pesquisas, evidenciou-se a necessidade de mais trabalhos de conteúdo correspondente à temática. Sabe-se que a doença mental é grande fator desencadeante para a agressividade.

As autoridades devem estar preparadas para detectarem a presença de indivíduos portadores de doença mental na sociedade e empenhadas em alcançar a efetividade do cumprimento da lei.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Moura e Feguri (2012), em estudo realizado, apresentam o conceito de crime como qualquer ação que seja legalmente punível frente à justiça, usualmente cometida por um indivíduo que age contrariamente a uma forma jurídica.

De forma material, apresenta-se a questão de indagar ao legislador a previsão de punição para o indivíduo que cometeu fatos e os critérios para a distinção de ilícitos penais e condutas. Os autores defendem, ainda, que, em relação às peculiaridades dos atos, são imputáveis de conduta positiva ou negativa.

Também apresentam as classificações de transtornos mentais com consequências imputáveis perante a lei em: como transtornos de personalidade, transtornos de personalidade obsessiva-compulsiva, psicopata e personalidade introvertida.

Os autores, então, concluem que pouco se pode fazer para alterar a conduta de um psicopata, pois é uma situação que não há cura. Assim, a medida de segurança com função de ressocialização não ocorre da forma esperada.

Nos dizeres de SILVEIRA (2018), “em estudo, evidencia que o atual sistema de medidas de segurança viola parte dos direitos humanos dos indivíduos que são submetidos a estas sanções penais, abordando todas as esferas da legislação pertinentes: direito penal, processo penal e lei de execução penal”.

Evidencia que se deve analisar os aspectos de inimputabilidade e os principais transtornos mentais, identificando a dimensão que pode ser alcançada, afetando a capacidade de entendimento e auto determinação de situações em pacientes com sofrimento psíquico.

Ainda faz uma abordagem histórica da loucura e as formas de tratamento aplicadas a esses indivíduos ao longo da história. Faz crítica aos pontos controversos da legislação penal em comparação com a Lei da Reforma Psiquiátrica e aponta tratamentos cruéis e torturas sofridas por internos em Hospitais de Custódia e Tratamento.

Em suas lições, FARIA (2018) traz uma discussão sobre o instituto de medidas de segurança como uma modalidade da resposta jurídica e ressalta que conceitos de periculosidade e imputabilidade se relacionam. Evidencia que a Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216/01) realçou um novo paradigma, tendo o foco no indivíduo e não a doença em si. Entretanto não realça a cessação da situação de periculosidade, mas sim a

reinserção do indivíduo portador de um transtorno mental na sociedade conflitante com a lei.

Segue elucidando FARIA (2013), em seu estudo, apresenta o caso de um duplo homicídio ocorrido no Estado de São Paulo. Instaurou-se ao acusado incidente de insanidade mental, sendo proferida sentença de absolvição imprópria, aplicando-se a medida de segurança em seu desfavor.

O caso foi transferido para a Comarca de Goiânia, onde residia a família do autor do crime, almejando uma assistência mais adequada e a possibilidade de reinserção social.

No decorrer da sentença, chegou-se até o tratamento ambulatorial do indivíduo, contando com apoio de equipe multidisciplinar e familiar. Todavia, o indivíduo, no decorrer dos anos, cometeu outros crimes, perdendo, assim, o direito a medida de segurança, alterando sua mudança de sentença para regime fechado em penitenciária.

Sobre a eficácia das medidas de segurança, discorrem MOUTINHO E SILVA (2019), “em específico a internação no tratamento de psicopatas, e avaliam se existe conformidades diante dos serviços oferecidos nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátricos”. Discorrem se é possível ou não oferecer a medida de segurança ao psicopata com base na Lei da Reforma Psiquiátrica.

O estudo foi elaborado por meio de pesquisas e análise de estudos sobre o assunto e assim foi feito um novo estudo, realçando a ineficiência dos hospitais disponíveis para tratamento psíquicos no Brasil.

Concluíram, também, que mesmo que se cumprissem as medidas de segurança, não seria possível a garantia da recuperação do indivíduo frente às especificidades de cada caso.

OLIVEIRA E DIAS (2018) abordam a temática voltada para o destino dos pacientes psiquiátricos que comentem algum crime no Brasil e a consequência desse ato. Sugerem a substituição do modelo tradicional pelo médico psiquiátrico para o modelo de atenção psicossocial, enfatizando que a internação psiquiátrica passou a ser contraindicada.

No entanto, nos casos em que há falta de recursos necessários extra hospitalares ou quando indicada judicialmente, a internação deve ser feita. Os pesquisadores visitaram alguns estabelecimentos de custódia em cinco estados brasileiros diferentes. Essas observações identificaram relação entre os domínios

resguardados pelo direito e pela medicina e que os indivíduos submetidos a esse regime têm os direitos humanos violados. Em todos os estabelecimentos, concluiu-se que a assistência na saúde mental não contempla o que se pretende.

TRANSTORNO MENTAL

De acordo com a Classificação Internacional das Doenças, transtornos mentais são identificados como doenças de manifestação psicológica, atreladas ao comprometimento funcional devido a perturbações biológicas, sociais, psicológicas, genéticas, físicas ou químicas (CARMO *et. al.* 2016).

Os transtornos mentais podem afetar o modo de pensar e agir, modificando o humor e causando alterações no desempenho global do indivíduo. Além disso, também afetam o âmbito pessoal, social e ocupacional e familiar.

Transtornos mentais, em sua grande maioria, causam consideráveis impactos na saúde dos indivíduos, prejuízos na funcionalidade, além da diminuição da qualidade de vida dos portadores. Alguns sintomas relacionados aos transtornos mentais são apresentados como depressão, ansiedade, insônia, fadiga, irritabilidade, disfunção de memória e problemas de concentração (FRANÇA, 2017).

PSICOPATIA

O termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopata literalmente significa doença da mente. No entanto, em termos médicos-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa nessa visão tradicional de doenças mentais.

Os psicopatas, em geral, são indivíduos frios, calculistas, dissimulados, mentirosos, que visam apenas ao benefício próprio. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos (SILVA, 2014, p. 25).

O padrão da personalidade do psicopata como um todo o distingue do criminoso comum. Sua agressividade é mais intensa, sua impulsividade é mais pronunciada, suas reações emocionais são mais “rasas”. Entretanto, a ausência de sentimento de culpa é a principal característica distintiva. O criminoso comum tem um conjunto de valores internalizados, embora distorcidos e, quando viola esses padrões, ele sente culpa (HARE, 2013, p. 71).

REFORMA PSIQUIÁTRICA NO BRASIL

BULHÕES, VASCONCELOS E ESCÓCIA (2015), em seu estudo, abordam sobre o descaso a que os pacientes com transtornos mentais eram submetidos. Indicam, também, o movimento responsável para que os hospitais psiquiátricos mudassem a forma de como eram os tratamentos.

A nova modalidade de tratamento tinha como finalidade a desinstitucionalização do indivíduo portador de transtorno mental e a inclusão e capacitação da família como eixo chave no cuidado. O movimento de Reforma psiquiátrica iniciou em 1970 no Brasil e trazia como proposta o fechamento dos hospitais psiquiátricos e o tratamento baseado no seio famílias e inserção na sociedade.

AMARANTE E NUNES (2018) afirmam que o Brasil, à época, estava submetido a uma redemocratização e buscava os direitos humanos para vítimas de violência ocorridas nos hospitais psiquiátricos. A reforma psiquiátrica contribuiu de forma significativa para a criação de uma nova política pública de saúde mental, alavancando outros pontos dos direitos sociais dos indivíduos naquela situação.

De acordo com HIRDES (2008), após toda a revolução ocorrida no período, como fechamento de hospitais psiquiátricos, foram elaboradas outras estratégias para auxiliar no tratamento de pacientes portadores de transtornos psiquiátricos, denominados Centros de Atenção Psicossocial.

Em 2011, foi instituída portaria necessária para a instituição desse modelo de atenção aos pacientes, que possibilitou uma nova visão em saúde mental e ampliação de acesso ao atendimento à população.

MEDIDAS DE SEGURANÇA E CULPABILIDADE

Medida de segurança é uma sanção penal com caráter preventivo e curativo. É aplicada ao agente de fato típico e ilícito, que seja inimputável ou semi-imputável, desde que apresente algum grau considerável de periculosidade. É vista como sanção penal pois “Toda privação de liberdade, por mais terapêutica que seja, para quem a sofre não deixa de ter um conteúdo penoso” (NUCCI, 2014).

Nos dias de hoje, depois de ocorrida a reforma do Código Penal de 1984, foi adotada a ideia do sistema vicariante em que se aplica a pena ou medida de segurança. Dessa forma, o agente de fato típico e ilícito que for inimputável não será

culpável de modo que será absolvido e terá aplicada a medida de segurança, cuja finalidade difere da pena (GRECO, 2012)

Culpabilidade é o juízo de reprovação social sobre os atos ilícitos bem como seus agentes. Imputabilidade “é a capacidade ou aptidão para ser culpável, embora, convém destacar, não se confunda com responsabilidade, que é o princípio segundo o qual o imputável deve responder por suas ações.”

O imputável não deixa ter a pena aplicada, porém, são aplicadas a ele as penas de medida de segurança, aos semi-imputáveis poderá ser aplicado pena ou medida de segurança. Tornando então de suma importância a caracterização desses dois tipos de agentes, semi e inimputável, pois a aplicação da sanção vem a ser diferente a cada caso (SILVA, 2016).

O inimputável não possui a capacidade de discernimento de seus atos, tornando o de baixo grau ofensivo, não sendo apto a distinguir uma conduta reprovável de outra que não vem a ser.

Perante tais casos, o agente inimputável não poderá vir a ser considerado, tampouco tratado, como qualquer agente de fato típico comum, uma vez que inexistente a culpa por parte do infrator. Os agentes que não possuem a incapacidade total de discernimento são chamados de semi-imputáveis.

A ocorrência de uma perturbação na saúde mental do agente que o impediu de discernir de forma saudável para entender o caráter ilícito do fato que ele tenha vindo a praticar é muito comum nesses casos (CUNHA, 2016).

A medida de segurança tanto a internação em hospital psiquiátrico quanto ao tratamento ambulatorial não possui um limite definido, conforme o disposto no art. 97, Parágrafo primeiro do Código Penal. A medida de segurança persistirá até o fim da periculosidade, que será feita por perícia médica.

O notificado artigo também estabelece limite mínimo de 1 (um) ano e máximo de 3 (três) anos, a ser estipulado pelo juiz, para que seja feita a primeira perícia médica, que será sempre feita de ano em ano ou em outro tempo estipulado pelo magistrado (MASSON, 2012).

A cessação da periculosidade, realizada por perícia médica, deverá comprovar a cura do agente submetido à medida de segurança ou então a da periculosidade,

sendo realizado após o prazo mínimo do artigo 97, parágrafo segundo do Código Penal. No entanto, poderá ser requerido o exame antes do tempo estipulado mínimo (DINIZ, 2013).

METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa de revisão bibliográfica realizada entre os meses de agosto de 2021 e março de 2022. A pesquisa bibliográfica pode ser considerada uma contribuição para construção de teorias/conhecimento de uma referida área. Além disso, possibilita agrupar resultados ampliar conhecimento na área do estudo (ANDRADE, 2010).

Foram utilizados na pesquisa artigos científicos pesquisados no Google Acadêmico (<https://scholar.google.com.br/>), plataforma esta que permite uma busca rápida de literatura acadêmica, bem como a partir de doutrinas e a análise de jurisprudências dos Tribunais Superiores presentes no ordenamento jurídico brasileiro

Para a seleção do material bibliográfico realizou-se uma busca utilizando os seguintes descritores: Direito Penal, Processual Penal e a Psicologia, a partir de uma vertente que se avalia pontos do ordenamento jurídico. Considerou-se que eles deveriam ser nacionais e que fossem publicados no período de 2009 a 2021.

Após a leitura dos artigos encontrados, foram selecionados apenas aqueles relacionados teoricamente sobre o incidente de doença mental e as medidas de segurança, através de uma pesquisa descritiva chegando a um total de 20 (vinte) textos contemplados para esta investigação.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Entende-se que a finalidade da medida de segurança estipulada pelo Código Penal Brasileiro consiste em afastar os criminosos acometidos por transtornos mentais ou de personalidade do meio social e tentar recuperá-los para a reinserção da vida comum em sociedade, no que tange tratamento e condições de vida. Ao longo da pesquisa, percebeu-se que a medida de segurança não possui tanta eficácia na recuperação de indivíduos considerados psicopatas.

Essas pessoas não compreendem a pena como o direcionamento a um modo de corrigir o que fizeram de errado para não reincidirem no mesmo crime ou ato infracional (PAULINO e BERTOLAZO, 2016).

É possível observar que os psicopatas não aprendem com as experiências, não têm cura, pois a psicopatia é entendida como transtorno de personalidade ligada ao caráter do indivíduo e possui peculiaridades que dificultam o tratamento.

Transtornos mentais, usualmente, são carregados de diversas temáticas e o funcionamento cerebral fica afetado.

Além disso, os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátricos não oferecem condições ideais para um tratamento mínimo, devido à falta de estrutura, à presença de profissionais sobrecarregados, ao preparo técnico insuficiente, à desorganização e disposição e à carência de espaços semelhantes (FIGUEIRÊDO *et.al.* 2014).

Estranha-se que os hospitais de custódia e tratamento fazem parte do Sistema Penitenciário e não do Sistema Único de Saúde. Sendo assim, os princípios doutrinários são regidos pela execução penal e não pelos princípios sanitários do sistema de saúde, portanto focando, essencialmente, em medidas de segurança.

Uma vez que alguns dos princípios da finalidade da medida de segurança são o tratamento, cura e reintegração na sociedade, não se pode confundir as ações executadas.

O tratamento médico não pode ser considerado uma pena a ser cumprida. Os indivíduos acometidos com transtorno mental têm direito ao tratamento conforme sua necessidade (AVENA, 2017).

Nesse sentido, BITTAR (2017) assegura que ainda é realçada, nas garantias do processo legal, a consideração de culpado somente após todo o trânsito em julgado. Dessa forma, a pena não deve ser apenas ao condenado.

Além disso, o autor tece apontamentos sobre a dificuldade de constitucionalidade do sistema em que da periculosidade e da não culpabilidade ao doente mental surgem indagações para quem se deve ir a culpa, vez que o responsável pelo ato, é legalmente irresponsável pelas atitudes.

Assim, dificulta-se a aplicação da pena em um indivíduo que, em sua consciência, não sabe a culpa que carrega. Logo, ficam evidentes as inequações normativas e conceituais de periculosidade.

Dessa forma, o conceito de periculosidade é considerado um conceito jurídico e não médico ou psicológico, acarretando, assim, a manutenção da medida de segurança imposta para a proteção da sociedade no que acredita ser a loucura.

Evidencia-se, portanto, que o estado mental de uma pessoa com transtorno mental não está ligado ao comportamento violento ou antissocial, uma vez que não se tem como prever qual pessoa é portadora ou não de algum transtorno ou se apresenta perigo para a sociedade (DALUL FARIA, 2018).

Ainda é necessária a readequação de alguns conceitos relativos sobre a medida de segurança, como o conceito de imputabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se no presente estudo que indivíduos que são acometidos por transtorno mental devem ser beneficiados com o beneplácito da semi-imputabilidade, prevista no artigo 26, em parágrafo único do Código Penal Brasileiro. O que se percebeu ao longo do trabalho é que o benefício da imputabilidade penal diminuída, garantida a indivíduos que não possuem plena capacidade mental, torna-se, em muitos aspectos, ineficaz. O que se espera não é cumprido, como por exemplo a internação em hospitais de custódia e tratamento, que apresentam tratamento ineficiente ou ineficaz, ficando o indivíduo à mercê do que lhe é aplicado.

Quando se trata de indivíduos com transtorno mental, sabe-se que o indivíduo não tem a plena capacidade mental. As medidas de segurança podem recorrer aos estabelecimentos psiquiátricos por um período de até três anos, na tentativa de ressocialização desse indivíduo, pois as medidas de segurança, possuem uma face de benevolência das leis. Realça-se, portanto, que o modelo de medida de segurança voltado para uma reclusão em um hospital de custódia se apresenta de forma discriminatória, mesmo que sendo executada com o objetivo de melhorar a qualidade de vida e tratamento do indivíduo.

Foi possível aferir a necessidade de um amplo estudo para o entendimento dessa sanção penal. Mostrou-se necessário um estudo aprofundado dos princípios constitucionais, da evolução histórica do tratamento oferecido, bem como das dificuldades a serem enfrentadas para reinserção do indivíduo acometido por transtorno na sociedade. Foi possível reconhecer formas de tratamento inadequadas ou ineficientes.

Por fim, denota-se que que a internação como medida de segurança não respeita o direito da pessoa com transtorno mental, não disponibiliza tratamento psicossocial adequado e não oferece suporte necessário para reinserção digna

REFERÊNCIAS

AMARANTE, P; NUNES, M.O. A reforma psiquiátrica no SUS e a luta por uma sociedade sem manicômios. **Ciência & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro.2018.

ANDRADE, M. M. de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**: elaboração de trabalhos na graduação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

AVENA, N. C. P. **Execução penal**. 4. ed. São Paulo: Método, 2017.

AZEVEDO, M. A; SALIN, A. **Direito Penal Parte Geral**. Coleção Sinopses para Concursos. 3º ed. 2013. Editora JusPodvim.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral I**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, N. **Medicina legal e noções de criminalística**. 6. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

BULHÕES, A.B.C; VASCONCELOS, M. F. F; ESCÓSSIA, L. Processos de Desinstitucionalização em CAPS ad como Estratégia de Humanização da Atenção e Gestão da Saúde, **Caderno humaniza SUS**, 2015. P 46.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARMO, C.L.S; *et.al*. Perfil de pacientes com transtornos mentais atendidos no centro de atenção psicossocial do Município de Candeias: Bahia. **Rev. Bras. Ciênc. Saúde**. 2016; 20(2):93-98.

CASOY, Ilana. **Seriais killers: made in Brasil**. Edição Definitiva. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2014.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal**. 4ª. ed. [S.l.]: Jus PODIVM, v. único, 2016.

DALUL FARIA, G. A (in) sustentabilidade dos conceitos de inimputabilidade e de periculosidade diante da reforma psiquiátrica. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 10, n. 1, p. 202-222, 08 out. 2018.

DINIZ, D. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil**. Brasília: UNB, 2013
FARIA, G.D; A (In) Sustentabilidade Dos Conceitos De Inimputabilidade E De Periculosidade Diante Da Reforma Psiquiátrica. **REVISTA CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS**. ISSN1982-310x.2018.

FERNANDES, V; FERNANDES, N. **Criminologia Integrada**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FIGUEIRÊDO, M. L. R. et al.; Entre loucos e manicômios: história da loucura e a reforma psiquiátrica no Brasil. **Ciências Humanas e Sociais, Maceió**, v. 2, n. 2, p. 121-136, nov. 2014.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FRANÇA, G. V. Medicina legal. 11. ed. Rio de Janeiro: **Guanabara Koogan**, 2017. Livro eletrônico, não paginado.

GRECO, R. **Código Penal Comentado**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HIRDES, A. A reforma psiquiátrica no Brasil: uma (rei) visão. **Texto & Contexto – Enfermagem**. Florianópolis- SC.2004.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2012.

MOUTINHO, T.S; SILVA, M.L; A Eficácia Da Medida De Segurança Do Tipo Internação No Tratamento De Psicopatas E Os Reflexos Da Lei Nº 10. 216/2001. **Revista de Direito FIBRA Lex** Ano 4, nº 5, 2019.

MOURA, J.A.G; FEGURI, F.E.S.F; Imputabilidade penal dos psicopatas à luz do código penal Brasileiro. **Seminário Ciências Sociais e Humanas**, Londrina, v. 33, n. 2, p. 203-216, jul./dez. 2012.

NUCCI, G. S. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª edição. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2016.

OLIVEIRA, Alex Moises de. **O psicopata e o direito penal brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 139, ago. 2015.

OLIVEIRA, A.S; DIAS, F.M.V; Andando na contramão: o destino dos indivíduos com transtorno mental que cometem crimes no Brasil. **Physis: Revista da Saúde Coletiva**. 28 (03) 08 Out 2018.

PAULINO, L. L. A; BERTOLAZO, I. N. Psicopatia e imputabilidade penal no hordierno sistema jurídico brasileiro. **Docplayer**, 2016.

SANTOS, J.P. GOUVEIA, R.S.V. Aplicabilidade Da Medida De Segurança Em Casos De Psicopatia. **Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ – João Pessoa**. 2018.

SILVA, Davi André Costa. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2016.

SILVEIRA, A.M; Medidas De Segurança E A Lei Da Reforma Psiquiátrica - A Necessidade De Repensar A Legislação Penal. UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO CURSO DE DIREITO. **Trabalho de conclusão de curso**. São Leopoldo 2018.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.