

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 968

(Ano XII)

(25/07/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Sítio, prisão, obstrução da justiça

Adel El Tasse, 05.

ARTIGOS

A flexibilização da lei para plantio da cannabis para fins medicinais: a inibição do sistema brasileiro com uma planta medicinal

Leonardo Silas da Silva Pereira, 08.

A aplicabilidade da Lei Maria da Penha e suas medidas protetivas

Cainan Silva Pereira dos Santos, 21.

Dano moral: por uma teoria renovada para quantificação do valor indenizatório (teoria da exemplaridade)

Nehemias Domingos de Melo, 29.

Aplicação de juros pelas instituições bancárias, financeiras e não financeiras

Guilherme Augusto Neves, 44.

Responsabilidade civil do médico por dano decorrente nas cirurgias obstetrícia

Thays Rodrigues Costa, 52.

A audiência de custódia no Brasil

Lucia Sebastiana de Souza, 68.

Manipulação de material genético e suas consequências práticas e jurídicas

Luccas Augusto Barbosa Dias, 85.

Os direitos do imigrante e sua desumanização perante a legislação trabalhista brasileira

Fernanda de Almeida Castro, 111.

A mediação como instrumento de conservação da afetividade dos núcleos familiares extinto

Brenda Neres Alves, 128.

A conjuntura da locação de imóveis sobre o regime jurídico diferencial das relações de direito privado em face da pandemia do Coronavírus (COVID-19)

Ana Paula Cruz de Santana, 145.

Compliance no direito público

Larissa Silveira Costa, 156.

LGBT's: Análise do Cenário Laboral e da Atuação destas Minorias nas Organizações

Vanessa Andriani Maria, 169.

A aplicação da teoria da internalização das externalidades negativas no caso de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais

Fernanda Barreto Naves, 180.

Loterias Online da Caixa: propostas de melhorias e da complementaridade de corretores lotéricos

Allan Fuezi de Moura Barbosa, 198.

Herança digital: amparo na destinação do conteúdo digital pós morte

Nathalia Caroline Lucas de Souza, 227.

Diretivas antecipadas de vontade e suas implicações jurídicas

Danielle de Assis Silva, 250.

Vinculação jurídica da Administração Pública ao edital e a impossibilidade de desvios unilaterais

Rafael Bemfeito Moreira, 263.

Teoria do queen for a day e provas ilícitas

Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior, 274.

Imunidade tributária religiosa

Thiago dos Santos Dias, 279.

Responsabilidade civil no direito de família: dano moral decorrente da infidelidade

Michael Douglas Estevam Pereira, 293.

A (in) eficiência das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha

Leandro do Nascimento Lucena, 324.

Direito dos animais: a insuficiência de políticas públicas em Teresina - PI

Ingrid Alves de Resende, 343.

O Poder Judiciário no regime democrático e o ativismo judicial a luz do princípio da tripartição dos poderes

Joycy Cardoso Fontinele, 360.

Ativismo judicial em matéria criminal: maior incidência de impactos positivos ou negativos à proteção dos bens jurídicos?

Maria Karolyne Santos, 379.

Nepotismo: Abrangência da Súmula Vinculante nº 13 aos Cargos Políticos

Jordano da Costa Monteiro, 398.

Responsabilidade civil face ao abandono afetivo de pais para com filhos

Vítor Inácio Garcia Coutinho, 415.

Saúde mental da população carcerária: vulnerabilidades jurídicas e sociais

Danúbia Lemos Martins Araújo, 435.

Conceito e função da norma jurídica segundo uma concepção retórica

Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana, 456.

SÍTIO, PRISÃO, OBSTRUÇÃO DA JUSTIÇA

ADEL EL TASSE: Advogado em Curitiba (PR). Procurador Federal. Professor de Direito Penal, em cursos de graduação e pós-graduação, em diferentes instituições de ensino superior. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Professor no Curso CERS. Mestre em Direito Penal. Coordenador no Paraná da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Coordenador Geral do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais.

O Direito Penal democrático não se coaduna com a utilização das regras que estruturam o exercício de sua função essencial de limitação do poder punitivo, conforme manifestações midiáticas ou características pessoais da pessoa acusada.

Essa premissa é essencial quando se avalia o recente e rumuroso aprisionamento de Fabrício Queiroz em um sítio de propriedade de advogado que atua na defesa do Senador Flávio Bolsonaro, situação na qual determinados setores da imprensa e, mesmo do meio jurídico, passaram a proclamar a ocorrência de crimes de obstrução da justiça.

Deixando de lado, neste momento, discussões importantes sobre a constitucionalidade ou não dos dispositivos em que, usualmente, tem sido trabalhados para enquadrar as condutas ditas de obstrução à justiça (artigo 2º, § 1º da Lei 12.850/2013 e artigo 348, CP), há que se observar, o crescimento da referência a estas hipóteses, como uma, entre tantas, das distorções criadas no âmbito da operação lava-jato, na qual o excessivo punitivismo, conduziu até mesmo a uma tentativa de legitimação de ameaça pelo Estado, para que todas as pessoas devam auxiliar a acusação, mesmo diretamente interessados no processo.

A questão em análise no presente texto é, porém, mais simples, pois, taxativamente pode ser afirmado que o advogado, proprietário do imóvel onde o aprisionado estava domiciliado não cometeu sequer remotamente qualquer crime, eis que Fabrício Queiroz não era foragido da justiça e, portanto, não tinha qualquer pessoa a obrigação de apresentá-lo a qualquer órgão de persecução penal, igualmente, não se impondo obrigação de negar-lhe auxílio.

No caso do advogado, a questão é ainda mais profunda, pois há prevalência das regras de sigilo ética profissional, de sorte que não incide contra ele qualquer obrigação de delatar o endereço no qual se encontrava a pessoa investigada, cabendo à autoridade policial realizar as diligências para localizá-la, como ocorrido no caso.

Localizada a pessoa, expedido o mandado de prisão, foi fiel e imediatamente cumprido, ou seja, tudo aconteceu dentro de absoluta normalidade normativa e qualquer tentativa de constranger ou criminalizar o Advogado é grave ataque aos patamares evolutivos pela civilização, no que refere a relação das pessoas com o Estado.

Sobre o dever de sigilo e a ética do advogado, na sua relação com seu cliente, é de se ter muito claro que toda estrutura do Estado de Direito depende da credibilidade da solidez destes valores, pois a fragilização da relação cliente-advogado, submetendo-a à obrigação de ser o profissional da advocacia espécie de delator em desfavor de seu constituinte, faz com as promessas constitucionais de igualdade entre as partes do processo, de indispensabilidade do advogado para a administração da justiça, de contraditórios e de ampla defesa, entre outras, serem letra morta.

Conveniente destacar, assim, que cogitar de obstrução da justiça contra o advogado de pessoa acusada ou investigada em determinado processo equivale a proclamar deve ser a defesa formal e aparente, portanto, o próprio Estado de Direito é uma simples ilusão.

Igualmente, o fato de ser Fabricio Queiroz encontrado no sítio de advogado com relações profissionais com a família Bolsonaro, não prova absolutamente nada em relação a qualquer responsabilidade penal, de qualquer de seus membros.

O princípio do estado de inocência é incompatível com a geração de presunções de culpa, portanto, deve haver efetiva demonstração de que uma pessoa praticou um fato descrito na lei penal como crime, não servindo as situações puramente genéricas e aparentes para gerar certeza alguma, na proporção de produzir afastamento de um princípio constitucional.

Isso vale para todos os cidadãos e assim deve ser, independente de suas posições, suas posturas ideológicas, não devendo ser proclamada a prevalência das regras limitadoras do poder punitivo e dos princípios fundamentais somente em favor da parcela da sociedade com a qual se simpatize.

Talvez, justamente a defesa da inafastável aplicação universal das regras que estruturam o atual nível civilizatório em matéria de justiça, seja o grande passo a ser dado pela sociedade brasileira, após vários atos de afronta ao processo democrático que o Brasil assistiu nos últimos anos, com inclusive com sua glamorização por setores da mídia.

Aceitar que se cogite de crime por um advogado por cumprir com suas obrigações funcionais, ou gerar presunções de culpa a partir de conjecturas, mesmo falar em proteção à criminoso quando não se tem pessoa contra quem foi previamente expedida ordem de prisão, representaria negativa de tudo que deve ser defendido para o avanço do sistema penal de uma nação civilizada.

A análise exige muita serenidade para deixar a situação no seu real nível, ou seja, uma pessoa foi presa, logo após ser expedido seu mandado de aprisionamento, nada mais.

A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEI PARA PLANTIO DA CANNABIS PARA FINS MEDICINAIS: A INIBIÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO COM UMA PLANTA MEDICINAL

LEONARDO SILAS DA SILVA PEREIRA:

Discente do curso de Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Bauru-IESB

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem o intuito de demonstrar a eficácia da medicação derivada o óleo da Cannabis sativa, que pode ser usado no tratamento de diversas doenças. Porém a burocracia que rege a liberação para o plantio, e até mesmo para a importação, gera um sentimento de insatisfação e desconfiança sobre o poder judiciário, diante disso, pacientes acabam aderindo à clandestinidade, plantando ilegalmente a Cannabis, extraindo de forma artesanal a substância que se mostra eficaz no tratamento de doenças. Essas pessoas acabam por percorrerem a ilegalidade, correndo o risco de responderem criminalmente pela conduta. Fazendo assim, aumentar, o índice de processos criminais que assoberbam o judiciário atualmente. Com esse embate em andamento, o Brasil ainda não declarou uma solução definitiva sobre o tema, porém, não se pode obstar um tratamento capaz de amenizar sofrimento físico e psicológico, garantindo a supremacia do interesse à vida.

Palavras-Chave: Drogas. Medicinais. Cannabis.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the effectiveness of medication derived from Cannabis sativa oil, which can be used in the treatment of various diseases. However, the bureaucracy that governs the release of cannabis sativa oil for planting, and even for the In the face of this, patients end up adhering to clandestinity, illegally planting cannabis, extracting in an artisanal way the substance that proves to be effective in the treatment of diseases. These people end up by to go through the illegality, running the risk of being criminally responsible for the conduct. Thus, increasing the rate of criminal cases that currently overwhelm the judiciary. With this ongoing conflict, Brazil has not yet declared a definitive solution on the subject, however, one cannot prevent a treatment capable of alleviating physical and psychological suffering, ensuring the supremacy of interest to life.

Keywords: Drugs. Medicinal. Cannabis.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o intuito de explanar as possibilidades do uso do canabidiol para fins de tratamento medicinais. Relataremos o posicionamento da Anvisa a respeito do assunto e as modificações legislativas presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Veremos que o judiciário, mesmo que lentamente, já se mostrou que não está inerte a questão, existindo alguns casos nos quais a jurisprudência reformou sentenças, de pedidos indeferidos em 1ª instância, garantindo o direito aos pacientes de tratamento com o princípio ativo da Cannabis.

A liberação para o cultivo com fins medicinais é um grande avanço no sistema brasileiro. Pesquisas comprovam que o tratamento de determinadas doenças com os princípios ativos da Cannabis sativa, são muito eficazes do que outros princípios farmacêuticos já utilizados.

O tratamento do câncer, por exemplo, resulta em diversos efeitos colaterais negativos aos pacientes, como náusea, ansia, tontura, perda de apetite, entre outros, e os derivados do canabidiol, dentre outros benefícios, possuem substâncias das quais resultam no alívio desses efeitos, assim sendo bem-aceito pelos pacientes que a utilizam.

Dessa forma, levando em consideração os resultados positivos que a planta causa no tratamento desses pacientes, a Anvisa já se manifestou a respeito da modificação de portaria baixada pelo Ministério da Saúde em 1998, que estabelece as diretrizes para o regulamento técnico de substâncias de controle especial.

Diante da manifestação da ANVISA, a economia já vê com bons olhos o investimento na área. A flexibilização das regras para a produção, importação, e estudo da Cannabis, animam os investidores desse mercado.

Pessoas que necessitam do canabidiol, e que aguardam a liberação para seu uso, ou não tem condições de bancar o uso contínuo, se animam diante da manifestação da autarquia, com a esperança de que o acesso ao tratamento será mais célere e barato.

A relevância desta pesquisa contribui, diretamente, para mudanças na interpretação conservadora que se posiciona o país, atribuindo em um material de estudo para aprimorar e instruir o tema abordado. O artigo também tem o objetivo de mostrar, pontos que devem ser mudados, para garantir a evolução no tratamento da saúde.

2 DROGAS

Droga é um substantivo genérico dado a todos os tipos de substâncias, naturais ou sintéticas, que ao serem ingeridas provocam alterações físicas e psíquicas.

Segundo Greco Filho; Rassi, (2006, p. 11, apud Di Mattei), droga é a substância capaz de criar dependência, isto é, tornar viciante. A droga em contato com organismo vivo modifica o comportamento, podendo, por vezes causar uma vontade incontrolável de usá-la de maneira contínua e periódica. O objetivo do usuário é experimentar os efeitos do uso das substâncias ou, quando se trata do dependente, evitar o mal estar que a ausência da droga provoca no organismo. O entorpecente, também é uma droga, porém, pode levar ao vício e não previnem o organismo, pelo contrário, pode deixar o corpo humano ainda mais exposto a consequências maléficas.

"Venenos que agem eletivamente sobre o córtex cerebral, suscetíveis de provocar agradável ebriedade, de serem ingeridos em doses crescentes sem determinar envenenamento agudo ou morte, mas capazes de gerar estado de necessidade tóxicas, graves e perigosos distúrbios de abstinência, alterações somáticas e psíquicas profundas e progressivas" Greco Filho; Rassi, (2006, p. 11, apud Di Mattei),

Podem ser classificadas também em lícitas ou ilícitas, portanto, temos que drogas e entorpecentes são materiais utilizados, naturais ou sintéticos, que previnem ou causam efeitos negativos no corpo humano, podendo ainda causar dependência ao ser humano pelo seu uso excessivo.

"Os Depressores da Atividade do Sistema Nervoso Central (SNC), referem-se ao grupo de substâncias que diminuem a atividade do cérebro, ou seja, deprimem o seu funcionamento, fazendo com que a pessoa fique "desligada", "devagar", desinteressada pelas coisas. Os Estimulantes da Atividade do Sistema Nervoso Central referem-se ao grupo de substâncias que aumentam a atividade do cérebro. Ou seja, estimulam o seu funcionamento, fazendo com que a pessoa fique mais "ligada", "elétrica", sem sono. Os Perturbadores da Atividade do Sistema Nervoso Central referem-se ao grupo de

substâncias que modificam qualitativamente a atividade do cérebro". (Fonte: CEBRID. Jogo de folhetos explicativos sobre drogas psicotrópicas. São Paulo: CEBRID/EPM, s. d.)

2.1 Drogas lícitas

As drogas lícitas, tem os seus materiais utilizados em bens de consumo legais, como o álcool e cigarro, pois sua produção e comercialização, estão liberadas no ordenamento jurídico brasileiro, limitado pela maioria penal das pessoas.

Devido o consumo excessivo e, em alguns casos, a dependência, constata-se, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), que o mercado de drogas lícitas, se encontra no ranking dos maiores do mundo.

(Fonte: CEBRID. Jogo de folhetos explicativos sobre drogas psicotrópicas. São Paulo: CEBRID/EPM, s. d.)

2.2 Consumos de drogas lícitas

De acordo com o Ministério da Saúde, o álcool é uma droga cujo consumo vem mundialmente aumentando. Seu consumo leva a sensação de desinibição, segurança e euforia. Porém, a ingestão deste, provoca a perda da percepção, e caso seja consumido de maneira frequente, pode levar à dependência, além do desenvolvimento de cirrose, e da hipertensão.

O cigarro é considerado uma droga lícita, é um produto cuja composição é de substâncias cancerígenas e tóxicas. Seu uso carrega a sensação de felicidade e euforia, sendo classificado como um narcótico dos mais viciantes, entretanto, o uso constante, pode levar a perda da resistência respiratória, garganta irritada, enfisema ou câncer.

Conforme dados extraídos do Ministério da Saúde, o Estado Brasileiro, investe bilhões de reais na saúde pública, para o tratamento das doenças de usuários do cigarro. Como alternativas para tentar a diminuição do uso, o governo utiliza medidas como o aumento de impostos, a proibição de propagandas, e expõe imagens das consequências negativas na saúde das pessoas em decorrência do uso, em suas embalagens.

"Mas, somente pelo fato de serem liberadas por lei não significa que não tenham algum tipo de controle dos órgãos governamentais, bem como não provoquem algum prejuízo à

saúde mental, física e social da pessoa que a utiliza".
(COLUNISTA PORTAL - EDUCAÇÃO).

2.3 Consumos de drogas ilícitas

Ao contrário das drogas lícitas, as ilícitas, são aquelas em que a lei determina a sua proibição, tanto o seu uso recreativo, como a produção.

O consumo, como não é possível a aquisição em estabelecimentos comerciais, se consagra através do tráfico de drogas, considerado como crime hediondo, conforme artigo 33 do Código Penal:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

A opinião pública é regida com clamor, pois a estatística brasileira referente a drogas, trás uma bagagem muito negativa quando se fala nesse assunto, que automaticamente se remete ao tópico guerra as drogas, que é inerente a diversos embates gerados no dia a dia, como, o sofrimento das famílias que perdem seus entes para o mundo do tráfico, para ao uso desenfreado de entorpecentes, para o sistema prisional, sem falar nas mortes geradas por esse ato ilícito. Portanto, o contexto que se baseia a opinião pública, é bastante plausível.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), a droga ilícita mais consumida do mundo é a maconha, esta é oriunda da planta Cannabis sativa (é produzida com as flores moídas, e normalmente enrolada como um cigarro). Conhecida por carregar consigo um efeito estimulante, com sensações analgésicas e oxigenas. Outra droga que também é muito utilizada no Brasil é a cocaína, derivada da folha da coca, e através de diversos procedimentos é transformada em pó de cor branca, seu uso é através da inalação ou a injeção diretamente na corrente de sangue. Os efeitos é a excitação, ansiedade, dificuldade para dormir, tremor leve, pupilas dilatadas, ansiedade, agressividade. Causando também a diminuição da vontade de se alimentar e o aumento da pressão na corrente sanguínea. O desenfreamento do uso pode causar problemas no coração, resultando em infarto, derrame, ou até mesmo uma overdose.

3 O TRATAMENTO DE DOENÇAS COM O USO DO CANNABIDIOL

Os medicamentos que contêm as substâncias da Cannabis têm sido cada vez mais utilizados. O cannabidiol (CBD), matéria contida na maconha, tem sido cada vez mais utilizado para produção de fármacos. Esses medicamentos têm sido usados nos tratamentos de epilepsia, esclerose múltipla, esquizofrenia e também serve para controlar vômitos na quimioterapia.

Os receptores que recebem as substâncias da Cannabis é o CB-1 que se encontra nos terminais centrais dos neurônios, pois quando são ativados impedem a exibição de neurotransmissores. Os receptores CB-2 localizam-se nas células de imunidade, que quando são ativadas liberam as citosinas. Segundo Cardoso (2015),

estudos sustentam uso de Cannabidiol para tratamento de doenças crônicas, pesquisas realizadas pelo Departamento de Neurociências e Ciências do Comportamento, da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (FMRP), apontam resultados promissores no uso de compostos da maconha para o tratamento de distúrbios crônicos como Parkinson e Epilepsia.

4 RESPONSABILIDADE DA ANVISA

O órgão que dispõe diversas providências, como controlar e fiscalizar produtos que dizem respeito à saúde no Brasil, é a ANVISA (Agência nacional de Vigilância Sanitária), regulada pela Lei 9.782 de Janeiro de 1999, foi a primeira agência a ser criada como uma autarquia reguladora brasileira.

Juntamente ao MP (Ministério Público), a ANVISA é estritamente ligada ao (SUS) Sistema Único de Saúde, e tem por objetivo promover o controle sanitário em relação a produção e a consumação dos serviços inerentes à vigilância sanitária, incluindo também ambientes, processos e tecnologias.

Responsável também pela coordenação o (SNVS) Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, é a agência que tem a finalidade de fiscalização sanitário de portos e aeroportos, com o intuito de impedir que a saúde humana seja exposta a diversos riscos. Conforme artigo 6º da Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999:

Art. 6 ° - A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

4.1 A flexibilização da Portaria da ANVISA

O artigo 2º da Lei nº 11.343/06 retira da norma proibitiva as substâncias proscritas, quando a lei, regulamento ou convenção internacional excepcionar o uso para fins medicinais.

Em relação ao controle da ANVISA sobre substâncias proscritas, que vem de uma portaria do Ministério da Saúde em 1998. Estabelece as diretrizes sobre o regulamento técnico de substâncias de controle especial.

O artigo 62 Portaria Nº 344, de 12 de maio de 1998, determina que as plantas na lista "E" (aquelas que são originárias de substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas) e a lista "F" (aquelas de consumo proscrito no estado Brasileiro), descrevem que não poderão ser objeto de prescrição e de manipulação de fármacos alopáticos e homeopáticos. A maconha e seus derivados eram incluídos nas duas listas até janeiro de 2015.

De acordo com pesquisas recentes e com o apoio da ANVISA, a planta poderá ser cultivada para pesquisa e produção de remédios pela própria empresa, ou ser vendida para instituições de pesquisa. A planta não poderá ser comercializada por pessoas físicas e farmácias de manipulação.

Segundo o presidente da ANVISA, William Dib (2019), "a liberação do cultivo por empresas pode dar precursão à produção de novos medicamentos e com preço menor." Ele relata também que os atrasos em pesquisa e produção de medicamentos é devido à falta de regulamentação da possibilidade de cultivo no país. Após a aprovação o medicamento apenas será vendido com receita e prescrição médica, e somente para uso oral.

5 PROJETO DE LEI PARA COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS BASEADOS EM CANNABIS SATIVA

O Projeto de Lei 399/15 tramitado em 09 de outubro de 2019, proposto pelo deputado Fábio Mitidieri, permite a comercialização no território brasileiro, de fármacos que contenham substratos da planta Cannabis sativa, conhecida popularmente como maconha.

O texto é formulado com a proposta de que ficará sujeito à comprovação da eficácia terapêutica da medicação, devidamente comprovada por laudo médico para todos os casos nos quais o uso for indicado.

O projeto está em análise na Câmara dos Deputados. Para Fábio Mitidieri, embora a droga esteja classificada na legislação penal, ela contém propriedades medicinais que devem ser exploradas.

O projeto tem como comparação o sistema adotado nos Estados Unidos - o Food and Drug Administration - que aprovou a utilização dos derivados da maconha na manipulação de medicamentos, como o dronabinol que pode ser utilizado no tratamento da quimioterapia. Segundo Lara Haje (2019),

o Projeto de Lei 399/15 permite a comercialização no território nacional de medicamentos que contenham extratos, substratos ou partes da planta Cannabis sativa, popularmente chamada de maconha, ou substâncias canabinoides (derivadas da Cannabis) em sua formulação.

6 LEGISLAÇÃO ATUAL

Regido pela Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, a conhecida lei de drogas, institui o sistema nacional de políticas públicas, e prescreve as medidas para prevenção do uso indevido, bem como crimes e outras providências que devem ser adotados no combate ao consumo de drogas. Em seu artigo 2º, prevê:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Podemos verificar que, conforme o texto, é estipulado que a União poderá autorizar o plantio, a cultura e a colheita das plantas com o intuito exclusivamente para fins medicinais ou científicos.

Dentre as mudanças que podem surgir, a diretoria da ANVISA está analisando duas resoluções sobre o plantio e o registro de fármacos à base de Cannabis.

A primeira resolução, diz respeito ao cultivo controlado da planta, com o fim medicinal e científico. A segunda resolução, é referente a obtenção de registro de medicamentos produzidos com os derivados da maconha.

7 TRATAMENTOS COM A PLANTA

Plantas medicinais sempre foram usadas pelos homens antigos, e eram utilizadas nos tratamentos de doenças. Contemporaneamente, existem tribos que ainda fazem o uso de plantas para tratamentos, pois tem a convicção que este é o único recurso terapêutico. Segundo Cardoso (2015),

Entre os derivados com a ação farmacológica em plantas, existem algumas substâncias que se destacam: Alloides (atua no sistema nervoso, e é funcional para acalmar e anestesiá-lo); mucilagens (contém ativo cicatrizante e laxativo); flavonoides (ativo anti-inflamatório e anti-hepatotóxico); taninos (ativo adstringente e antimicrobiano) e óleos (contém ativo relaxante e cicatrizante).

7.1 CASO DE ANNY FISCHER E O USO DO CANABIDIOL

Em meados de 2013, Anny Fischer, portadora de uma epilepsia refratária (CDKL5) uma doença genética rara que há levava a ter aproximadamente 80 convulsões por semana. Trouxe à tona o tratamento utilizado com fármaco da Cannabis. O tratamento feito com outros remédios não surgiam efeitos e ainda causavam indesejáveis efeitos colaterais. Os pais de Anny, tomaram conhecimento de uma garota americana que portava a mesma doença, e utilizava o Canabidiol, e por consequência estava tendo ótimos resultados. A família da menina brasileira, conseguiu um contato nos EUA, e por meio de uma embalagem camuflada o produto chegava até o Brasil, originando assim o tráfico. As convulsões de Anny cessaram após o uso do remédio, os pais informam que a transformação foi surpreendente, emitindo sons, ter expressões e movimentos. Não necessitava mais de sondas para se alimentar e ganhou força e condições de se submeter a fisioterapia. Porém, não conseguiram mais acesso ao produto, pois esse fora barrado pela Receita Federal.

A família entrou com uma ação para conseguir uma autorização para importar o componente à base de Cannabis. O juiz Bruno César Bandeira Apolinário, da 3ª Vara Federal de Brasília, concedeu a liminar para que os pais de Anny importassem o produto. Segundo o juiz,

Neste momento, pelos progressos que a autora tem apresentado com o uso da substância, com uma sensível melhora da qualidade de vida, seria absolutamente desumano negar-lhe a proteção requerida. [...] Antecipo os efeitos da tutela para determinar à Anvisa que se abstenha de impedir a

importação, pela autora, da substância Canabidiol (CBD), sempre que houver requisição médica.

Casos semelhantes ao de Anny vem recorrendo com veemência ao judiciário para conseguir a liberação para o plantio, pois a importação, é de alto valor, não favorecendo assim famílias mais carentes. Porém, o judiciário já vem se mostrando mais flexível nesse assunto.

Habeas Corpus no 0011944-38.2019.8.26.0000 Impetrante: Dalton Felix de Mattos. Impetrado: Secretário da Segurança Pública do Estado - SP Paciente: Frederico Batistella Yasuda Voto no 11.776. HABEAS CORPUS - CULTIVO MEDICINAL DA CANNABIS SATIVA L (MACONHA) - Pretensão de expedição de salvo-conduto ao paciente a fim de garantir que ele efetue o plantio de 'Cannabis Sativa' em sua residência para a extração artesanal do óleo da planta, que se mostra eficaz aos fins medicinais que necessita, livre do risco de prisão - Liminar deferida - Indicação médica para uso da substância, com autorização, inclusive, de importação do produto pela ANVISA - Ordem concedida.

7.2 Derivados e benefícios da planta

Como visto, os benefícios trazidos, pelo uso do cannabis, auxiliam na progressão da recuperação dos pacientes de forma relevante. No cannabis, temos 104 derivados da planta e dentre eles, os dois mais conhecidos são o CBD e o THC.

O CBD (é uma substância que contém concentração de anandamida no hipotálamo, no hipocampo e na amígdala), e o THC (ativa receptores no córtex pré-frontal, hipocampo e amígdala) esses podem ser usados no tratamento da ansiedade.

Outra doença que também pode ser medicada com esses derivados é a Esclerose Múltipla, pois esses controlam os movimentos e amenizam a dores, vedando ainda o desconforto de espasmos e rigidez muscular.

O CBD se mostra muito eficaz no tratamento da Epilepsia, atuando nos receptores celulares. A planta Cannabis sativa, também está sendo utilizado no tratamento do Alzheimer e Parkinson.

8 CONCLUSÃO

Quando se trata do derivado da Cannabis, alguns acórdãos já se declinaram, sobre a inconstitucionalidade a respeito da opinião conservadora que rodeia a sociedade. Porém, não obstante, a opinião pública é regida com certo clamor, pois a estatística brasileira referente a drogas, trás uma bagagem muito negativa quando se fala nesse assunto, que automaticamente se remete ao tópico guerra as drogas, que é inerente a diversos embates gerados no dia a dia, como, o sofrimento das famílias que perdem seus entes para o mundo do tráfico, para ao uso desenfreado de entorpecentes, para o sistema prisional, sem falar nas mortes geradas por causa de drogas. Portanto, o contexto que se baseia a opinião pública, é bastante plausível.

Atualmente uma grande discussão que percorre a tangente desse assunto, é o uso medicinal do derivado da Cannabis. Comprovada cientificamente que o uso do óleo do cannabidiol, é eficaz em casos neurológicos e também de saúde.

Essa medicação tem se mostrado mais benéfica do que outros medicamentos usados, porém estes, não estão tendo o mesmo êxito que o cannabidiol, não satisfazendo assim a necessidade das famílias que necessitam de um tratamento para seus entes.

A fundamentação usada pelos advogados que buscam a flexibilização da jurisprudência, é que os pacientes vêm sofrendo constrangimento ilegal, pois, estão sendo impedidos de cultivar a planta Cannabis Sativa para os fins medicinais. Mais a principal argumentação é em razão do custo, pois, o número de pacientes que estão pleiteando a liberação para a importação do medicamento vem crescendo, porém, o preço não é acessível a todos, que tem que desembolsar um valor mensal consideravelmente alto.

A burocracia que rege a liberação para o plantio, e até mesmo para a importação, gera um sentimento de insatisfação e desconfiança sobre o poder judiciário, diante disso, pacientes acabam aderindo à clandestinidade, plantando ilegalmente a Cannabis, extraindo de forma artesanal a substância que se mostra eficaz no tratamento de doenças. Essas pessoas acabam por percorrerem a ilegalidade, correndo o risco de responderem criminalmente pela conduta. Fazendo assim, aumentar, o índice de processos criminais que assoberbam o judiciário atualmente.

O artigo 2º da Lei nº 11.343/06 retira da norma proibitiva as substâncias proscritas, quando a lei, regulamento ou convenção internacional excepcionar o uso para fins medicinais. Esse argumento, além de ser muito usado, é o fundamento para afirmar que o sistema brasileiro, não acompanha a celeridade da necessidade da

sociedade. Essa é a sensação que se tem, ao ver relatos de pacientes que não conseguem a liberação imediata para o uso do medicamento.

Com esse embate em andamento, o Brasil ainda não declarou uma solução definitiva sobre o tema, porém, não se pode obstar um tratamento capaz de amenizar sofrimento físico e psicológico, ante a supremacia do interesse à vida.

Em contrapartida, o Estado mantinha a absoluta posição conservadora, pois se entendia que este não podia ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, isto por que, o medicamento não obtinha o registro sanitário na ANVISA. Alguns casos excepcionais eram liberados por estarem norteados por três requisitos: existência de pedido de registro na ANVISA, salvo em caso de doenças raras ou ultrarraras, mora irrazoável na apreciação do pedido, registro em renomadas agências de regulação do exterior e inexistência de substituto terapêutico disponível no Brasil.

Um dos pontos mais relevantes nos indeferimentos proferidos nas ações de pedido de liberação para plantio da Cannabis, é que a fiscalização de paciente que venham a cultivar a planta, se mostra impossível, seja em relação à quantidade, seja em relação ao teor da substância produzida. Em contra argumento, o requerente indaga a eficácia da substância produzida artesanalmente com extração de óleo da planta de Cannabis, cultivada em casa e seu efeito superior ao dos medicamentos similares (efeito entourage); o alto custo dos medicamentos à base de canabidiol disponíveis no mercado; e a burocracia para importação do medicamento, que acarreta a demora e prejudica o uso contínuo do produto.

O direito à saúde não pode ser cerceado às pessoas inscritas em programas públicos de saúde, portanto, é assegurado o tratamento prescrito por profissional habilitado, conforme preceitua o artigo 5º, caput, da Constituição Federal. Ademais, de acordo com o dispositivo 198, II da CF, é dever do estado assegurar o atendimento integral à saúde, caso contrário, estaremos diante de um entrave com o Princípio da Legalidade.

Nesse diapasão, o presente trabalho teve o objetivo de extinguir o conceito conservador que a sociedade e parcialmente o judiciário tem com o tratamento de doenças utilizando a Cannabis para fins medicinais. Ensejou a classificação das drogas lícitas e ilícitas, e a forma como são dispostas no ordenamento jurídico, se são legalizadas ou descriminalizadas. Além da atuação no tratamento de vários tipos de doenças, e a eficácia de seu uso medicinal.

REFERÊNCIAS

Fonte: CEBRID. **Jogo de folhetos explicativos sobre drogas psicotrópicas.** São Paulo: CEBRID/EPM, s. d. <http://imesc.sp.gov.br/index.php/classificacao-das-drogas/> Acessado em 24/11/2019.

Fonte: **COLUNISTA** **PORTAL EDUCAÇÃO** <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/medicina/drogas-licitas-e-ilicitas/60307>. Acessado em 20/11/2019.

Fonte: **Brasília, 23 de agosto de 2006; 185º da Independência e 118º da República.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acessado em 23/11/2019.

Fonte **FIOCRUZ.** <https://g1.globo.com/jornalnacional/noticia/2019/08/09/fiocruz-traca-o-retrato-do-uso-de-drogas-licitas-e-ilicitas-no-brasil.ghtml>. Acessado em 19/11/2019.

Por Louise Cardoso. Fonte: 22/04/2015 - **Ano: 48 - Edição N°: 23 - Saúde - Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto - USP** <http://www.usp.br/aunantigo/exibir?id=6709&ed=1171&f=54>. Acessado em 19/11/2019.

Fonte: **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro 1999,** <http://portal.anvisa.gov.br/institucional>. Acessado em 18/11/2019.

Fonte: **Reportagem - Lara Haje. Edição - Roberto Seabra.** <https://www.camara.leg.br/noticias/596906-projeto-permite-comercializacao-de-medicamentos-baseados-em-cannabis-sativa/> Acessado em 24/11/2019.

ANVISA - AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. <http://portal.anvisa.gov.br/> Acessado em 20/11/2019.

Pais lutam na Justiça por liberação de remédio derivado da maconha. **Globo Comunicação e Participações S.A.** São Paulo, 30 de março de 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/03/pais-lutam-na-justica-porliberacao-de-remedio-derivado-da-maconha.html>

A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA E SUAS MEDIDAS PROTETIVAS

CAINAN SILVA PEREIRA DOS SANTOS:

Discente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho vem demonstrar a aplicabilidade da lei Maria da penha e as medidas protetivas nela imposta, se ao decorrer dos anos essa lei realmente é eficaz perante a sociedade. Tendo como objetivo principal, apontar com base em bibliografias e jurisprudências se a atual lei previne os crimes contra as mulheres, já que conforme os números e estatísticas, os casos de denúncias em relação à lei aumentaram significativamente durante os últimos anos. Casos em que as mulheres já solicitaram ajuda anteriormente e mesmo com a medida protetiva imposta vieram sofrer agressões e até mesmo o crime de homicídio. Em casos de agressões físicas, morais e psicológicas as mulheres recorrem às delegacias e solicitam as medidas cabíveis para sua proteção, porém em muitos dos casos essas medidas não são o suficiente para assegurar tal proteção, apesar do avanço da lei e de suas medidas impostas contra a violência da mulher, a violência ainda persiste constantemente na sociedade atual.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Lei 11.340/06. Medidas Protetivas.

ABSTRACT: The present work demonstrates the applicability of the Maria da Penha law and the protective measures imposed on it, if over the years this law is really effective before society. Its main objective is to point out, based on bibliographies and jurisprudence, whether the current law prevents crimes against women, since according to the numbers and statistics, the number of complaints about the law has increased significantly in recent years. Cases in which women have already requested help before and even with the protective measure imposed came to suffer aggression and even the crime of homicide. In cases of physical, moral and psychological aggression, women resort to police stations and request the appropriate measures for their protection, but in many cases these measures are not enough to ensure such protection, despite the advance of the law and its measures imposed against women's violence, violence still persists constantly in today's society.

Key words: Maria da Penha. Law 11.340/06. Protective measures.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo ampliar reflexões acerca da implementação da lei n 11.340/06 conhecida como lei Maria da penha, desde a sua entrada em vigor, seus avanços e possíveis falhas na sua aplicação, especificamente procura analisar a efetividade da lei e se essa cumpre com os seus objetivos.

Primeiramente o estudo busca um histórico da criação da lei perante o momento atual em que está lei foi aplicada na sociedade, quais eram os problemas enfrentados para essa aplicação.

Conseqüentemente apontaremos um levantamento das medidas de proteção da lei, analisando a sua efetividade, ou seja, de que maneira as medidas vêm contribuindo de maneira significativa para diminuir a violência contra as mulheres.

Ao caminhar do artigo busca-se demonstrar o desenvolvimento que essa lei vem sofrendo, ocorrendo grandes avanços na aplicação, porém alguns questionamentos referentes à sua efetividade. Há um grande despreparo para proteção dessas mulheres e a aplicação da lei. Abordaremos ainda, as conseqüências para o agressor com o descumprimento da lei e das medidas protetivas impostas.

Em relação à violência contra a mulher, o presente artigo demonstra os problemas e soluções a serem explorados para enfrentar a desigualdade entre os homens e as mulheres, visando mostrar as proteções e garantias para aquelas que sofrem com a violência.

A final, a uma grande importância da discussão que cerca da proteção social oferecida as mulheres que sofrem agressões e requisitaram as medidas protetivas de urgência judiciais previstas na lei. A lei Maria da penha é necessária para proteger as mulheres, porem suas medidas protetivas não é suficiente para conter esses crimes, portanto o estudo busca esclarecer se a lei cumpriu com o seu objetivo social desde a sua entrada em vigor até os dias atuais.

2. A LEI MARIA DA PENHA

Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha uma lei federal brasileira sancionada em 07 de agosto de 2006 que entra em vigor 22 de setembro de 2006. Está lei tem o objetivo de proteção e punição para que sejam reprimidos os atos de violência doméstica contra tantas mulheres existentes no país. O nome da lei é devido à biofarmacêutica que sofreu varias agressões e duas tentativas de assassinato em seu casamento pelo seu marido. Temendo a integridade de sua vida e das filhas resolveu fazer a denúncia, a partir dai começou uma grande batalha judicial para que ele fosse condenado. Em conseqüência do fato varias entidades pressionaram o governo a

adotar medidas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher. No ano de 2005, foram realizadas varias audiências na assembléia legislativa pelo país, ao longo de todo o processo de discussão, o texto legal teve a participação em conjunto de várias ONGs e reformulada por um grupo coordenado pela SPM (Secretária Especial de Políticas para as Mulheres). Diz a lei:

“Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências”

Em 2019 relatório apresentado pelo IPEA, a ONU - Organização das Nações Unidas considera uma das mais modernas leis da legislação do mundo. Segundo BIROLI (2018, p. 113), “a lei contempla amplo conjunto de parâmetros para a prevenção da violência e o atendimento às vítimas e marca um avanço por compreender que “a privacidade não pode ser usada para a proteção de agressores e que as relações de poder no domínio familiar devem ser

reguladas com o objetivo de garantir integridade física e mental das pessoas”

“[...] uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma forma de violação dos direitos essenciais do ser humano.” (CAVALCANTI, 2010, p. 11)

O Código Penal foi alterado na introdução do parágrafo 9, artigo 129, que os agressores sejam presos em flagrante ou prisão preventiva decretada não podendo mais ser punidos de penas alternativas. Com essa alteração:

- aumenta o tempo máximo de detenção de um ano para três;
- o agressor será removido do domicílio e a proibição de sua aproximação das vítimas.

Para Jandira Feghali, “Lei é lei. Da mesma forma que decisão judicial não se discute e se cumpre essa lei é para que a gente levante um estandarte dizendo: Cumpra-se! A Lei Maria da Penha tem de ser cumprida. Está lei não responde por crimes de menor potencial ofensivo e não restringe a uma agressão física. É uma lei muito mais abrangente, por isso vemos hoje vários tipos de violência denunciados e com respostas mais ágeis da justiça

No caso Maria da Penha, na época em questão, não existia uma determinada lei de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, nestes casos se aplicava a norma penal vigente, que abordava a violência de maneira geral, sem distinções, tipificando como menor potencial ofensivo. Em observação a questão criminal, ou seja, a violência em si, será necessário junto à justiça a abertura de uma nova ação comum para tratar as questões cíveis.

3. MEDIDAS PROTETIVAS

A Lei 11.340/2006 deu a sociedade um grande salto no combate a violência contra as mulheres. Uma das formas de inibir essa violência é chamada de medidas protetivas e o ato de inibir as agressões as vitima. Como o ato de agressão a vitima é uma medida de urgência, ela pode solicitar por meio de uma autoridade policial ou Ministério Público essas medidas protetivas que ira ser encaminhado ao juiz, onde o prazo de decisão do pedido é de 48 horas. Essas medidas deverão ser cumpridas, em caso de necessidade poderá ser requisitado a qualquer momento de força policial.

Em 14 de maio de 2019, foi publicada a lei 13.827/19, onde autoriza a aplicação da medida preventiva de urgência que autoriza pela autoridade policial ou judicial a mulher em situação de violência e que seja feito e mantido um registro da medida protetiva de urgência em bancos de dados pelo CNJ. Essas medidas são para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, para garantir a toda mulher, independente de classe social, que goze dos direitos inerentes a pessoa humana, assegurando uma forma melhor de viver, sem violência, preservando sua saúde física, mental e moral perante a sociedade. Neste caso a lei prevê dois tipos de medidas de urgência: - a induzir o criminoso a não praticar o delito, assegurando uma proteção a mulher e seus filhos com determinadas medidas.

As medidas protetivas de urgência estão descritas:

– art. 22 da lei 11.340/06

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de

imediate, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

– arts. 23 e 24

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar

contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Para DIDIER e R.OLIVEIRA, “Pode-se dizer, então, que subsiste um verdadeiro princípio da atipicidade das medidas protetivas de urgência, o que corrobora a

tendência, já estabelecida no ordenamento processual civil no que diz respeito a proteção exata do dever de fazer e não fazer.(arts. 461 e 461-A, do CPC), de conferir ao magistrado a possibilidade de se valer. De acordo com cada caso, impor a medida mais adequada para atingir o resultado almejado, ainda que tal medida não esteja prevista ou regulamentada na lei.”

“a medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo; o processo cautelar é a relação jurídica processual, dotada de um procedimento próprio, que se instaura para a concessão das medidas cautelares.” (Vicente Greco Filho)

4. VIOLÊNCIA DOMESTICA

A violência e o abuso por parte de uma pessoa contra a outra é um comportamento que se envolve no ambiente doméstico, em um caso de casamento, união de facto, contra crianças ou idosos. A violência pode ser considerada de agressões físicas, psicológicas, sexual e moral crescendo a cada dia. Em 2018 foram registrado 42% de números de casos de violência em ambiente doméstico. Pais, milhares de mulheres sofrem agressões pelos seus companheiros e na maioria das vezes nem chegam a denunciar o agressor. Com a lei em constante evolução e os benefícios a mulher, é muito nítida que muitas mulheres ainda possuem medo de denunciar seus companheiros, ficando impunes as penalidades do judiciário.

A lei nº 11.340, no seu artigo 5º estabelece que configure violência doméstica e familiar contra a mulher “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. No artigo 7º, são elencadas as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, a saber, a violência física, psicológica, a patrimonial e a moral. Em estudo a UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais apresenta uma pesquisa em audiência pública que a cada quatro minutos no Brasil mulheres são agredidas por ser seus parceiros. Na CPMI do Congresso Nacional há cerca de quatro mil mulheres são assassinadas por ano no Brasil. Em 2014, para Eluf: “O Brasil ocupa o sétimo lugar no ranking mundial de violência domestica sendo um dos piores lugares do mundo.

Segundo pesquisas, nos últimos anos o Brasil teve um índice que ultrapassou mais de 90 mil mulheres assassinadas, isso significa que embora haja uma lei específica para o gênero, está não é eficaz ao ponto de solucionar ou inibir o agressor a praticar violência.

Segundo a fonte do Relatório Central de Atendimento Ligue 180, entre os meses de janeiro e junho de 2014 foram registrados 82,82% de casos de violência

entre relações afetivas, 11,20% entre familiares, 0,33% entre relações homoafetivas e 5,66% entre relações externas. A pesquisa da Data Senado revelou as razões de as mulheres não recorrerem a lei para enfrentar os agressores. A principal delas é o medo. O dado é significativo por que o medo se sobressai expressivamente em relação as demais razões.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As medidas protetivas de urgência foram estabelecidas para coibir a violência praticada pelos agressores, sendo aplicadas sempre que houver um perigo eminente às mulheres e seus entes. Tendo como objetivo principal a lei Maria da Penha, assegurar e a garantir a mulher proteção. Hoje a violência doméstica e familiar contra as mulheres é um dos principais problemas sociais que enfrentamos no Brasil, são diversos casos de mulheres violentadas por seus companheiros que ficam inertes perante o medo que as vítimas tem em denunciar os

agressores, estes ficando impunes de sanções diante do judiciário. Ainda que a lei tenha sido criada visando a proteção da vítima de seu agressor, isso tem se mostrado muito longe de se tornar real, pois, em alguns casos a vítima fica exposta ao agressor, convivendo por tempos, dia a dia com violências. Portanto, com base em jurisprudências e bibliografias podemos concluir que a lei que assegura proteção às mulheres vítimas de agressões domésticas físicas, morais e psicológicas demonstram dificuldades, falhas e lacunas, não sendo uma forma eficaz de combater os inúmeros casos que o Brasil enfrenta. Neste caso, a lei vem com intuito a proteger e amparar as mulheres vítimas de agressões, sabendo também que a aplicação às vezes seja ineficaz socialmente na maioria das vezes.

6. REFERÊNCIA

DIDIER, Fredie Jr. et al. **Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha** (violência doméstica e familiar contra a mulher), família e responsabilidade, teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3.

MELLO, Adriana Ramos (Org.). **Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

DANO MORAL: POR UMA TEORIA RENOVADA PARA QUANTIFICAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO (TEORIA DA EXEMPLARIDADE)

NEHEMIAS DOMINGOS DE MELO: Advogado em São Paulo, palestrante e conferencista. Professor de Direito Civil, Processual Civil e Direitos Difusos nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito na Universidade Paulista (UNIP). Professor convidado nos cursos de Pós-Graduação em Direito na Universidade Metropolitanas Unidas (FMU), Escola Superior da Advocacia (ESA), Escola Paulista de Direito (EPD), Complexo Jurídico Damásio de Jesus, Faculdade de Direito de SBCampo, Instituto Jamil Sales (Belém) e de diversos outros cursos de Pós-Graduação. É Doutor em Direito Civil, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos, Pós-Graduado em Direito Civil, Direito Processual Civil e Direitos do Consumidor¹.

Sumário: I – Conceito do dano moral individual. II – Da caracterização do dano moral. III – Da prova do dano. IV – Dos fundamentos da reparação. V – Por uma teoria renovada para quantificação da indenização por dano moral (teoria da exemplaridade). VI – Bibliografia.

I – Conceito do dano moral individual

No conceito de dano moral encontramos definições para todos os gostos. Neste particular aspecto a doutrina é pródiga, porém, em que pesem pequenas nuances, há uma concordância quanto a classificar a lesão que possa autorizar a

¹ Tem atuação destacada na Ordem dos Advogados Seccional de São Paulo (OAB/SP) onde, além de palestrante, já ocupou os cargos membro da Comissão de Defesa do Consumidor; Assessor da Comissão de Seleção e Inscrição; Comissão da Criança e do Adolescente; e, Examinador da Comissão de Exame da Ordem. É membro do Conselho Editorial da Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil (Ed.IOB – São Paulo) e também foi do Conselho Editorial da extinta Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor (ed. Magister – Porto Alegre). Autor de 18 livros jurídicos publicados pelas Editoras Saraiva, Atlas, Juarez de Oliveira e Rumo Legal e, dentre os quais, cabe destacar que o seu livro “Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum”, foi adotada pela The University of Texas School of Law (Austin, Texas/USA) e encontra-se disponível na Tarlton Law Library, como referência bibliográfica indicada para o estudo do “dano moral” no Brasil.

indenização por danos morais, como aquela que atinge o âmago do indivíduo, causando-lhe dor (incluindo-se aí a incolumidade física), sofrimento, angústia, vexame ou humilhação e, por se passar no íntimo das pessoas, torna-se insusceptível de valoração pecuniária adequada, razão porque o caráter da indenização é o de compensar a vítima pelas aflições sofridas e, de lhe subtrair o desejo de vingança pessoal.

Nos ensinamentos do laureado mestre Wilson Melo da Silva os danos morais são definidos como sendo as "lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico". Para melhor explicitar o seu pensar o insigne mestre complementa: "Danos morais, pois, seriam exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, à liberdade, à vida, à integridade corporal".[1]

O magistrado Arnaldo Marmitt conceitua o dano moral como sendo "o efeito da ofensa a um bem jurídico imaterial, integrante da personalidade ou do patrimônio moral de alguém".[2] Daí porque se pode afirmar que resulta em lesão que tanto pode ser do patrimônio moral ou à honra da pessoa natural quanto a reputação e a fama quando se tratar de pessoa jurídica.

Por seu turno, a renomada professora Maria Helena Diniz, escudando-se também em Wilson Melo da Silva, preleciona: "O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo". Para ao depois arrematar que o dano moral pode consistir na lesão a um interesse jurídico extrapatrimonial relacionado aos "direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou aos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família)", além daqueles que decorrem do valor afetivo atribuído a qualquer bem material, caso em que a sua perda pode vir a representar um menoscabo.[3]

Dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade, é o que afirma de forma peremptória o magistrado e professor Sérgio Cavalieri Filho. Ao depois, definindo melhor o alcance do preceituado esclarece que "hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no direito português". Para ao depois concluir que "em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de

avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização”.[4]

Com o advento do novo Código Civil e, cotejando os avanços doutrinários e jurisprudenciais, ousamos afirmar que o dano moral é toda agressão injusta àqueles bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica ou mesmo da coletividade, insusceptível de quantificação pecuniária, porém indenizável com tríplice finalidade: satisfativo para a vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade.

II – Da caracterização do dano moral

É preciso destacar que não é qualquer dissabor ou qualquer contrariedade que caracterizará o dano moral. Na vida moderna há o pressuposto da necessidade de coexistência do ser humano com os dissabores que fazem parte do dia-a-dia. Desta forma, alguns contratemplos e transtornos são inerentes ao atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade.

Neste sentido, como alerta o mestre Antônio Chaves, há que se ter prudência de tal sorte que não se venha reconhecer a existência de dano moral em “todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação do amor-próprio pretensamente ferido, a mais suave sombra, o mais ligeiro roçar das asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitando sejam extraídas da caixa de Pandora do direito centenas de milhares de cruzeiros”.[5]

O memorável Aguiar Dias, em sua obra de antes da metade do século passado, com lastros da doutrina dos irmãos Henri e Leon Mazeaud, já advertia que “à medida que a civilização se desenvolve, tornam-se mais e mais complexas as relações sociais, com interpenetração cada vez mais profunda dos círculos de atividade jurídica de cada um. É inevitável, em tais condições, o atrito de interesses, cada vez mais intenso, desdobrando-se em problemas de responsabilidade civil”.[6]

Muitos doutrinadores consideram árdua a tarefa de separar o joio do trigo, isto é, delimitar frente ao caso concreto, o que vem a ser dissabores normais da vida em sociedade ou danos morais. Esta questão é das mais tormentosas, exatamente por não existirem critérios objetivos definidos em lei, de tal sorte que o julgador acaba por buscar supedâneo na doutrina e na jurisprudência para aferir a configuração ou não do dano moral. De toda sorte, o que precisa haver na avaliação do dano moral é prudência e bom senso de tal sorte que se possa, considerando o homem médio

da sociedade, ver configurado ou não a lesão a um daqueles bens inerentes à dignidade humana de que a Constituição nos fala.

Neste aspecto, cumpre ao juiz um papel de relevo, seja porque é ele que, a partir das chamadas máximas de experiências, irá analisar o caso concreto e adequá-lo à proteção legal, seja porque dependerá de seu livre arbítrio, segundo a melhor doutrina, a fixação do *quantum* indenizatório. Contudo, esta discricionariedade do juiz, deverá ser pautada pelo bom senso, seguido de alguns critérios, porquanto haverá de, frente ao ilícito perpetrado, sopesar o grau de culpa do ofensor, as condições sociais e econômicas das partes envolvidas, a repercussão do fato lesivo no seio social, de tal sorte que a indenização não seja tão grande que leve o ofensor à ruína, nem seja tão pequena que avilte a vítima.

III – Da prova do dano

Outra questão tormentosa refere-se a necessidade ou não de prova do dano moral. Autores renomados têm afirmado que o dano moral, por tratar-se de lesão ao íntimo das pessoas, dispensa a necessidade de prova, conformando-se a ordem jurídica com a demonstração do ilícito porquanto o dano moral estaria configurando desde que demonstrado o fato ofensivo, existindo *in re ipsa*.^[7]

Nesse mesmo sentido tem se orientado a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode notar no voto do saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, de cujo trecho se transcreve: “Já assentou a Corte que não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil”.^[8] Ou como vaticinou o então Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em julgamento do qual foi relator, cujo trecho da emenda assim se redigiu: “A prova do dano moral se satisfaz, na espécie, com a demonstração do fato que o ensejou e pela experiência comum”.^[9] Mesmo entendimento manifesta o Ministro Cesar Asfor Rocha que, em termos da questão em análise, já teve oportunidade de se manifestar e, assim o fez: “Na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto”.^[10]

E existe uma natural lógica para assim proceder, porquanto, se o dano moral existe a partir da lesão a um daqueles direitos íntimos da pessoa humana, tal qual a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, somente para citar alguns, não há nenhuma lógica exigir-se a prova da repercussão no íntimo do ofendido dos efeitos de tais violações. O ordenamento jurídico há que se conformar com a presunção de

que, em razão de máximas de experiências, qualquer indivíduo de mediana sensibilidade, se sentiria ofendido e agredido em seus valores anímicos, diante de determinados procedimentos ilícitos.

De outro lado, dentre os vários elementos que norteiam a caracterização do dano moral, há que se destacar a dor (tanto física quanto moral), como um dos elementos essenciais para a determinação da existência do dano moral, que também se pode presumir. Sabemos que não se pode medir a extensão da dor de quem tenha sido lesionado, porém, é evidente a dor dos pais pela morte violenta do filho; assim como se pode presumir o sofrimento ou complexo de quem sofreu um dano estético; ou ainda, daquele que foi humilhado por publicação injuriosa, dentre tantos outros exemplos que se poderia ofertar. Em casos, não há dúvidas, os atingidos sentirão grande aflição, ainda que se possa considerar as variáveis de pessoa para pessoa.

Contudo, é importante salientar que não é somente a dor o elemento que caracteriza o dano moral e o correspondente dever de indenizar. Situações há que a caracterização independe da existência ou não da dor, tais como nos casos que envolvem exposição indevida na mídia, agressão à honra, violação da intimidade e da privacidade, dentre outras.

Ocorrendo agressões a esses bens personalíssimos do indivíduo, nascerá para o ofensor a obrigação de indenizar por dano moral, porquanto tais atos não podem ficar impunes.

IV – Dos fundamentos da reparação

Como ensina o mestre Caio Mário da Silva Pereira, “o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos”.^[11]

Ademais, não se pode descurar do caráter penal que a condenação por dano moral deve conter. Além do caráter compensatório é certo que “quem exige uma reparação do dano moral sofrido não visa tanto a recomposição do seu equilíbrio de afeição ou sentimento, impossível de conseguir, como infligir, por um sentimento de represália inato, ao seu ofensor, uma punição, por precária que seja, que, na maior das vezes não encontra outro parâmetro senão em termos pecuniários”.^[12]

Nesta linha de raciocínio, o professor e magistrado José Luiz Gavião de Almeida afirma de maneira categórica que “a reparação dos danos morais não busca reconduzir as partes à situação anterior ao dano, meta impossível. A sentença visa a deixar claro que a honra, o bom nome e a reputação da vítima restaram lesionados

pela atitude inconseqüente do causador do dano. Busca resgatar o bom conceito de que se valia o ofendido no seio da sociedade. O que interessa, de fato, é que a sentença venha declarar a idoneidade do lesado; proporcionar um reconforto à vítima, e, ainda, punir aquele que agiu, negligentemente, expondo o lesado a toda sorte de dissabores”.[13]

Ainda nesse sentido defende Martinho Garcez Neto que a função penal, da condenação por dano moral, pode e deve ser encarada como algo altamente moralizador, na medida em que, atingindo o patrimônio do agressor com a sua consequente diminuição, estaria, frente à luz moral e da equidade, cumprindo a mais elementar noção de justiça: estar-se-ia punindo o ofensor para que o bem moral seja respeitado e, mais importante, fazendo calar o sentimento de vingança do ofendido, sentimento este inato em qualquer pessoa, por mais moderno e civilizado que possa ser.[14]

Ademais, é preciso recordar que a dignidade da pessoa humana foi elevada a um dos fundamentos básicos do Estado brasileiro. Veja-se que na Constituição Federal de 1988 o legislador constituinte fez insculpir, já no artigo primeiro, dentre os fundamentos sobre os quais se assenta o Estado Democrático de Direito, a dignidade humana (art. 1º, III).

Desta forma, conforme preleciona Sérgio Cavalieri Filho “temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade”,[15] com reflexos inevitáveis na conceituação de dano moral, na exata medida em que, os valores que compõem à dignidade humana são exatamente aqueles que dizem respeito aos valores íntimos da pessoa, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à honra, ao bom nome e outros inerentes à dignidade humana que, em sendo violados, hão de ser reparados pela via da indenização por danos morais (CF, art. 5º, V e X).

De nossa parte, temos certeza em afirmar que se fosse dada oportunidade de escolha aos lesados, seguramente eles desejariam que não tivesse ocorrido a lesão. Contudo, como independentemente da vontade das pessoas agressões ocorrem, temos que o sentimento de justiça presente em cada cidadão faz surgir a necessidade de “uma vez verificada a existência do dano, e sendo alguém responsável pela lesão de direito ocorrida, há que se buscar uma solução para o evento danoso” de tal forma a que se procure “compor a ordem que foi quebrada, o direito que foi ofendido”.[16]

De maneira objetiva e com a clareza que lhe é peculiar, Antonio Jeová Santos preleciona que “seria escandaloso que alguém causasse mal a outrem e não sofresse nenhum tipo de sanção; não pagasse pelo dano inferido”.[17] Em outras palavras, o

princípio que fundamenta o dever de indenizar se encontra centrado no fato de que a todo o dano injusto deve corresponder um dever de reparação.

De tal sorte que se pode concluir, utilizando as sábias palavras de Artur Oscar de Oliveira Deda: "Quando a vítima reclama a reparação pecuniária de dano moral, não pede um preço para sua dor, mas, apenas, que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica. Na reparação dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como, em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena".[18]

Por fim, trazemos à colação os ensinamentos contemporâneos do professor e brilhante magistrado paulista Ênio Santarelli Zuliani, que com maestria, nos brinda com uma pérola que deveria, tal qual um farol, iluminar e indicar a direção a toda a magistratura, no que diz respeito à reparação por dano moral. Veja-se: "A honra, embora conceito abstrato, incorporou-se na anatomia do ser que é sujeito de direito de personalidade e ganhou função orgânica por constituir o fluído da felicidade ou alimento da dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e os Magistrados devem reparar uma ofensa à honra com a mesma eficiência e rapidez com que os médicos estancam uma hemorragia sanguínea. A alma perece com a honra afrontada e sepulta o encanto da vida. Sociedade povoada com homens infelizes, doentes de espírito, não evolui; retroage à barbárie".[19]

V – Por uma teoria renovada para quantificação da indenização por dano moral (teoria da exemplaridade).

Em face de tudo quanto argumentado é que defendemos uma nova teoria para a apuração do *quantum* indenizatório nas ações de reparação por danos morais, com caráter predominantemente punitivo.

Por essa nova teoria, a definição da verba indenizatória, a título de danos morais, deveria ser fixada tendo em vista três parâmetros: o caráter compensatório para a vítima; o caráter punitivo e dissuasório para o causador do dano e, o caráter exemplar e pedagógico para a sociedade.

Para a vítima, este caráter compensatório nada mais seria do que lhe ofertar uma quantia capaz de lhe proporcionar alegrias que, trazendo satisfações pudesse compensar a injusta agressão sofrida, além do sentimento de que a justiça foi realizada.

No tocante ao agressor, o caráter punitivo teria uma função de desestímulo que agisse no sentido de demonstrar ao ofensor que aquela conduta é reprovada pelo ordenamento jurídico, de tal sorte a que não voltasse a reincidir no ilícito.

Quanto ao caráter exemplar, a condenação deveria servir como medida educativa para o conjunto da sociedade que, cientificada de que determinados comportamentos são eficazmente reprimidos pelo Judiciário, tenderia a ter maior respeito aos direitos personalíssimo do indivíduo.

Em face deste trinômio e tendo em vista o caráter da efetividade da condenação por danos morais, defendemos que, na fixação do *quantum*, o juiz além de ponderar os aspectos contidos no binômio punitivo-compensatório, poderia adicionar outro componente, qual seja, um *plus* que servisse como advertência de que a sociedade não aceita aquele comportamento lesivo e o reprime, de tal sorte a melhor mensurar os valores a serem impostos como condenação aos infratores por danos morais.

Neste particular aspecto, para evitar-se o chamado enriquecimento sem causa, esse *plus* advindo da condenação não seria destinado à vítima, mas sim, para entidades que defendam o interesse público ou coletivo gratuitamente (entidades de benemerência, assistenciais, filantrópicas ou de pesquisas) tais como as Santas Casas e outros hospitais congêneres; lares e casas de apoio às crianças ou aos idosos; entidades religiosas com trabalho social relevante; entidades de pesquisa ou investigação científica, preferencialmente localizada na comarca onde o dano foi perpetrado.

Na hipótese de inexistência de entidades que se qualifiquem e preencham os requisitos para o recebimento acima preconizado, o juiz destinará esses valores para o fundo estadual de interesses difusos.

O aspecto inovador na propositura acima esposada, é que, partindo da premissa de que quanto maior for a pena, menor será o índice de reincidência, associado ao fato de que se a sociedade tomar ciência de que determinadas condutas são reprimidas com vigor pelo Poder Judiciário, acredita-se que os direitos humanos e a dignidade das pessoas sofreriam menos agressões, na exata medida em que o peso da condenação seria sentida no bolso do infrator como fator de desestímulo.

De outro lado, ao adotar-se que a destinação desse *plus* condenatório deve ser destinado à entidades de benemerência ou ao fundo estadual de interesses difusos, estar-se-ia atingido dois objetivos relevantes: recompensando-se o corpo social, já que último destinatário dos comandos jurisdicionais e, de outro lado, evitando o chamado “enriquecimento sem causa” da vítima, argumento atualmente muito utilizado como fator limitativo do montante indenizatório.

Dessa forma, o juiz ao fixar o *quantum* indenizatório, deveria levar em consideração, frente ao caso concreto, os seguintes aspectos:

- a) A angústia e o sofrimento da vítima: de tal sorte a lhe propiciar uma indenização possível de lhe compensar os sofrimentos advindos da injusta agressão.
- b) A potencialidade do ofensor: para que não lhe impinja uma condenação tão elevada que signifique sua ruína, gerando por via de consequência a impossibilidade de cumprimento da medida, e nem tão pequena que avilte a dor da vítima.
- c) E, finalmente, a necessidade de demonstrar à sociedade que aquele comportamento lesivo é condenável e que o Estado juiz não admite e nem permite que sejam reiterados tais ilícitos sem que o ofensor sofra a devida reprimenda.

Diferentemente do direito americano, onde vige o *exemplary damages*, pelo qual a vítima é quem se beneficia do *plus* condenatório outorgado a título de condenação penal, propomos que esses valores sejam destinados a entidades de benemerência, voltadas para obras de assistência social ou de pesquisa científica, de sorte que esses valores, retornem para sociedade, ainda que de forma indireta.

Assim, podemos concluir: o mundo moderno, onde a desmedida corrida em busca do lucro, sem que se respeitem a ética e a moral nas relações negociais, transformou os seres humanos em frios e abstratos números. O melhor método de garantir o respeito à dignidade e aos direitos fundamentais da pessoa humana, somente atingirá seus desígnios, se for adotada uma postura sólida de reprimenda aos abusos amiúde cometidos.

O peso da indenização no "bolso" do infrator é, a nosso sentir, a resposta mais adequada que o ordenamento jurídico pátrio pode oferecer para garantir não sejam ofendidos diuturnamente os bens atinentes aos direitos da personalidade.

Em resumo:

1. A condenação por danos morais deve ter o caráter de atender aos reclamos e anseios de justiça, não só do cidadão, mas da sociedade como um todo.
2. Na questão de danos morais, a sentença deve atender ao binômio efetividade e segurança, de tal sorte que as decisões do Judiciário possam

proporcionar o maior grau possível de reparação do dano sofrido pela parte, independentemente do ramo jurídico em que se enquadre o direito postulado.

3. Conquanto o brio, o amor próprio, a honradez e a dignidade não tenham preço para o homem de bem, a condenação do ofensor em valores significativos, poderá representar para o ofendido o sentimento de justiça realizada.
4. Ademais, a indenização por dano moral deverá ter como objetivo, além do caráter pedagógico, a finalidade de combater a impunidade, já que servirá para demonstrar ao infrator e a sociedade que aquele que desrespeitou às regras básicas da convivência humana, poderá sofrer uma punição exemplar.
5. Desta forma, a teoria que melhor se coaduna com os anseios da sociedade moderna, no tocante à reparação por danos morais, é aquela que tem um caráter tríplice, qual seja: punitivo, compensatório e exemplar.
6. A aceitação da tese de criação de uma pena pecuniária adicional, que pode ser chamada de multa civil, com o fito de servir como desestímulo à prática de novos ilícitos, cuja verba deva ser revertida para entidades de benemerência ou ao fundo estadual de interesses difusos, é a melhor solução para evitar que a vítima venha a ser beneficiária do chamado "enriquecimento sem causa".
7. Aos grandes conglomerados econômicos cabe exigir atitudes de vigilância quanto à qualidade dos serviços prestados ou de produtos ofertados, especialmente no tocante à prevenção dos chamados erros operacionais, cometidos amiúde por seus funcionários e prepostos, de tal sorte a reduzir a incidência de afrontas aos direitos e a dignidade dos usuários de tais produtos e serviços.
8. A utilização desmedida do instituto do dano moral poderá criar o descrédito e vir a banalizar tão importante instrumento, por isso que se recomenda ao Judiciário a adoção de critérios sólidos na aferição e na quantificação da indenização por ilícitos desta ordem e, aos operadores do direito, que utilizem de cautela e prudência na propositura de demandas a esse título.
9. O fato de existirem desvios, não pode ter o condão de invalidar tão importante preceito legal. É preciso que se aperfeiçoem os instrumentos postos à disposição daqueles que manejam o direito, de tal sorte que os excessos possam ser coibidos.

Desta forma, sugere-se ao Congresso Nacional, a alteração do art. 944 do Código Civil, para contemplar a possibilidade de uma indenização adicional nas ações decorrentes de dano moral, além da justa indenização à vítima, cuja redação, em que pese a eventual imperfeição legislativa da propositura, poderia ter o seguinte teor:

Proposta de alteração do Código Civil – Lei n° 10.406/02:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

§ 1° - (o atual parágrafo único, renumerado).

§ 2° - Nas ações de reparação por dano moral, poderá o juiz de ofício, sopesando o grau de culpa ou dolo do infrator e seu potencial econômico, fixar, além da justa indenização para a vítima, uma multa civil cujo valor será destinado à entidades de benemerência ou ao Fundo Estadual de Interesses Difusos.

Quer dizer, a função pedagógica da indenização por dano moral deve ser preponderante sobre a reparadora, razão pela qual o valor da indenização deverá ser arbitrado com rigor, de modo a que o ofensor, e todos que tomarem conhecimento da condenação, se abstenham de praticar conduta semelhante no futuro.[20]

Assim, o caráter punitivo da indenização por dano moral deve prevalecer em relação ao caráter compensatório. Se dúvida restar, tomemos como exemplo dois acidentes de trânsito com vítima: um causado por simples imprudência, no qual o agente socorre a vítima; outro causado dolosamente ou de maneira gravemente reprovável e na qual o agente nada faz em favor da vítima. Condenar os dois motoristas a pagar indenização em valores iguais atentaria contra o princípio constitucional da igualdade e o senso comum de justiça. Quer dizer, não se pode defender indenizações idênticas para danos iguais, porque eles podem ter sido causados por condutas completamente distintas em termos de reprovação.[21]

Sob pena de redundância, vejamos outro exemplo. Duas pessoas têm seus nomes incluídos indevidamente no Serasa. Ambas reclamam extrajudicialmente com as empresas que apontaram seus nomes: uma das empresas atende prontamente e corrige a falha operacional, excluindo o nome de seu cliente daquele banco de dados; a outra, queda-se silente e nada faz, de sorte que o consumidor só consegue a retirada de seu nome daquele cadastro negativo de crédito através de decisão judicial. Em situação como esta, não se pode condenar

ambas as empresas em valores iguais, sob pena de premiar a incúria daquela que, mesmo instada, nada fez.

Por isso entendemos que as condenações, em face de determinadas condutas, devem ser exemplares, quer dizer, em valores significativos, de sorte a fazer com que os grandes conglomerados econômicos, especialmente as instituições financeiras, os planos de saúde e as empresas de telefonia (fixa ou móvel), apenas para citar alguns exemplos, repensem seus conceitos de atendimento aos clientes.

Quer dizer, as sentenças poderão ser transformadas em armas de uma política de conscientização dos fornecedores de produtos e serviços. Isto porque, se os profissionais prestadores de serviços e as empresas de um modo geral, tomarem conhecimento de que as condenações não são mais simbólicas, ou seja, que elas estão rompendo os redutos onde antes reinava a impunidade, é de se esperar que eles criem métodos eficazes de eliminação das reclamações, pois saberão de antemão que assim não procedendo, poderão sofrer severas condenações.[22]

Assim podemos concluir: o instituto do dano moral, expressamente previsto na Constituição Federal (art. 5º, V e X), deve ser visto como instrumento eficaz no sentido de assegurar o direito à dignidade humana (CF, art. 1º, III), e precisa ser aperfeiçoado, de tal sorte que podemos afirmar que a sua efetividade somente ocorrerá, de forma ampla e cabal, quando se puder dotar o juiz da liberdade plena na aplicação "*da teoria da exemplaridade*", pela qual se possa apenar o ofensor com a tríplice finalidade: punitivo, compensatório e exemplar.

VI – Bibliografia

AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. 1 e 2.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*, 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 3a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, v. III.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - Responsabilidade civil*, 16a.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, v. 7.

GARCEZ NETO, Martinho. *Prática da responsabilidade civil*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, 8a.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONZALEZ, Matilde Zavala de. *Daño moral por muerte*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

MARMITT, Arnaldo. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

MELO, Nehemias Domingos. *Dano moral – problemática*. do cabimento à fixação do quantum. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. Por uma nova teoria para reparação por danos morais. *Conteúdo Jurídico Brasileiro, CD Magister n° 40*, set/ago. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral Indenizável*, 4a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*, 3a. ed (histórica). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Dano moral a era da jurisprudência. *Conteúdo Jurídico Brasileiro, CD Magister n° 40*, set/ago. 2011.

NOTAS:

[1]Silva, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação, p. 2.

[2]Marmitt , Arnaldo. Dano moral, p. 7.

[3]Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 7, p. 81-83, v. 7.

- [4]Cavaliere Filho, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, p. 85-86.
- [5]Chaves, Antonio. Tratado de Direito Civil, vol. III, p.637.
- [6]Dias, Aguiar. Da responsabilidade Civil, p. 18.
- [7]Veja-se a esse respeito além da nossa obra já citada, Sérgio Cavaliere Filho, Antônio Jeová Santos, Sílvio de Salvo Venosa, Wilson Melo da Silva, Carlos Alberto Bittar, dentre outros.
- [8]STJ – RESP . 318099 – SP – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 08.04.2002.
- [9]STJ – RESP 304738 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 13.08.2001 – p. 0167.
- [10]STJ – RESP – 173124 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – DJU 19.11.2001 – p. 00277
- [11]Cavaliere Filho, Sérgio. Responsabilidade Civil, p. 54
- [12]Chaves, Antônio. Tratado de Direito Civil, v. 3, p. 634.
- [13]1º TaCivil – Ap. nº. 825.862-2, - Rel. José Luiz Gavião de Almeida - j. 09.10.2001 - LEX-JTACSP, v. 193, p. 193.
- [14]Garcez Neto, Martinho. Prática de responsabilidade civil, p. 51.
- [15]Op.cit., p. 85.
- [16]Casillo, João.Dano à pessoa e sua indenização, p. 77
- [17]Santos, Antonio Jeová. Dano moral indenizável, p.62.
- [18]Citado por Antonio Chaves in Tratado de direito civil, v. III, p. 637.
- [19]Zuliani, Ênio Santarelli. Dano moral era da jurisprudência in Revista Síntese nº 13/20.
- [20](TJMG – APCV nº 1969682-21.2005.8.13.0702, Uberlândia – 18ª. Câmara Cível – Rel. Des. ElpidioDonizetti – j. 13/09/2010 – DJEMG 30/09/2010).
- [21] González, Matilde Zavala de. *Daño moral por muerte*, p. 170-171.

[22]Zuliani, Ênio Santarelli. Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico, p. 16.

APLICAÇÃO DE JUROS PELAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS, FINANCEIRAS E NÃO FINANCEIRAS

GUILHERME AUGUSTO NEVES:

Bacharelado em Direito no Instituto de Ensino Superior de Bauru (IESB). Auxiliar jurídico em um Escritório de Advocacia;

**ANDRÉA LUIZA ESCARABELO SOTERO
CARLOS ALBERTO MARTINS JÚNIOR
(coautores)**

RESUMO: O presente trabalho está relacionado às atividades financeiras jurídicas, sobre a aplicação de juros pelas instituições financeiras e não financeiras, sobre as novas empresas que podem disponibilizar créditos, chamadas de Empresas Simples de Crédito e Startups, e também sobre a possibilidade de contrato mútuo. Pesquisas baseadas nas leis específicas, gerais, complementares, tanto em favor do credor como em favor do devedor, mencionando ainda o poder das leis para solucionar a cobrança de juros. Definindo o que é startup e os artigos que lhe dizem respeito na Lei Complementar, e a disponibilização de novos negócios com a nova Lei. Métodos possíveis para serem aplicados aos juros pactuados e não pactuados, e em relação às novas empresas, as leis que as elaboraram e as protegem também citando alguns dispositivos para as novas possibilidades de adquirir créditos. Salientando ainda sobre a cobrança de juros para os credores, os devedores e os novos adquirentes de créditos, deixando claro o correto e o que pode ser cobrado.

Palavras-chave: Juros. Financeiras. Credores.

ABSTRACT: The present work is related to legal financial activities, interest rates applied by financial and non-financial institutions, start-up companies that can provide credits, called Simple Credit Companies and Startups, and also the possibility of mutual agreement. Research based on specific, general, complementary laws, in favor of both the lender and the debtor, mentioning the power of the laws to resolve interest charges. Defining what is startup and the articles that concern it in the Complementary Law, and the availability of new business with the new Law. Possible methods to be applied to agreed and non-agreed interest, and in relation to new companies, the laws that elaborated and protect them by also citing some devices for the new possibilities of acquiring credits. It also stresses the interest rate charged to creditors, debtors and new credit acquirers, making clear what is correct and what can be charged.

Key words: Interest. Financial. Creditors.

Sumário: 1. Introdução. 2. O poder das leis em relação à cobrança de juros. 3. Novas possibilidades de adquirir créditos. 3.1 A lei complementar voltada as startups. 4. A possibilidade de contrato mútuo. 5. Juros pactuados livremente. 5.1 Os juros e as cédulas de créditos bancários. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A aplicação dos juros financeiros é regida por leis objetivas e gerais, favorecendo tanto o credor como o devedor, centralizando a ideia de que os juros devem ser cobrados de maneira correta pelas instituições bancárias, financeiras e não financeiras. Até mesmo na admissão de novos créditos com as novas empresas que estão sendo criadas por leis complementares, para que os juros já tenham sua cobrança sendo feita de forma legal.

O presente artigo trata do contrato celebrado na admissão do crédito, nesse sentindo o magistrado tende sempre a respeitar o que foi contratado, pois o devedor consentiu com tal cobrança na anuência do contrato. Nesse sentindo, temos leis para que tudo fique estipulado e permitido dentro das regularidades.

Com as novas empresas de crédito surgindo e se moldando conforme a Lei Complementar n.º 167/2019, possibilita-se o enquadramento da empresa nos moldes do Simples Nacional (regime tributário diferenciado simplificado e favorecido), aplicável às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte, para à realização de operações de empréstimo, de financiamento e de desconto de títulos de crédito, exclusivamente com recursos próprios.

Menciona-se também a proteção da cobrança indevida, ainda pode ser feita com o contrato mútuo, protegendo tanto o credor como o devedor. Sendo assim, prevalecendo perante o magistrado, o respeito ao contrato anuído pelas partes.

2. O PODER DAS LEIS EM RELAÇÃO À COBRANÇA DE JUROS

Algumas leis tem o poder de solucionar a cobrança juros, para que seja feita de forma correta, tanto em favor do credor quanto em favor do devedor, como a Lei 4.595/1964 que fala sobre o conselho tributário nacional e a Lei 13.506/2017 que dispõe sobre a atuação do Banco Central do Brasil. O que ocorre é somente após uma cobrança indevida, ou uma ação estar ajuizada, a percepção de o que esta sendo cobrado é errada, ou é um exagero para somente financiar o lucro da instituição financeira e não financeira. Além do mais, após você se atentar sobre, descobre que as instituições não financeiras, não podem cobrar o mesmo valor de juros do que instituições bancárias ou apenas financeiras. Existe o percentual correto para as duas.

De acordo com o Código Tributário Nacional, a certo limite de juros a ser cobrado:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Assim, com a definição do artigo acima, é cabível ampla defesa ao devedor para que o mesmo se situe no que esta sendo cobrado em cima de seu crédito.

Outro ponto a se ponderar, seria exercer o direito sob o cálculo a ser feito, de forma correta sobre os juros cobrados, no qual se veem muito lucro das instituições financeiras e bancárias, por terem plena liberdade de cobrança e valor proposto acima das condições dos devedores. Com isso, nesse contexto, entram as Leis para sua defesa e correção das cobranças indevidas.

3. NOVAS POSSIBILIDADES DE ADQUIRIR CRÉDITOS

No dia 24 de abril de 2019 foi promulgada a Lei Complementar nº 167 que dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) e altera diversas leis brasileiras, a fim de reger a ESC e entabular o Inova Simples, uma nova instituição “financeira” com fins para a obtenção de empréstimos e outros benefícios, tirando a centralidade dos bancos e das financeiras, conforme previsto nos artigos expostos.

Art. 1º, A Empresa Simples de Crédito (ESC), de âmbito municipal ou distrital, com atuação exclusivamente no Município de sua sede e em Municípios limítrofes, ou, quando for o caso, no Distrito Federal e em Municípios limítrofes, destina-se à realização de operações de empréstimo, de financiamento e de desconto de títulos de crédito, exclusivamente com recursos próprios, tendo como contrapartes microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional).

Art. 2º A ESC deve adotar a forma de empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli), empresário individual ou sociedade limitada constituída exclusivamente por pessoas naturais e terá por objeto social exclusivo as atividades enumeradas no art. 1º desta Lei Complementar.

Diante dos artigos expostos, vemos novas possibilidades de serem adquiridos novos créditos ou empréstimos com as ESC, assim abrindo a vertente para novos negócios, novos empreendimentos.

Com o advento desta nova Lei Complementar temos a definição jurídica, pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio, do que é uma startup, pois, conforme exposto no Art. 13 deste diploma legal, foi inserido o Art. 65-A na Lei do Simples Nacional (LC nº 123/06) que traz em seus parágrafos 1º e 2º os seguintes conceitos:

Art. 65-A. É criado o Inova Simples, regime especial simplificado que concede às iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem como startups ou empresas de inovação tratamento diferenciado com vistas a estimular sua criação, formalização, desenvolvimento e consolidação como agentes indutores de avanços tecnológicos e da geração de emprego e renda.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se startup a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, os quais, quando já existentes, caracterizam startups de natureza incremental, ou, quando relacionados à criação de algo totalmente novo, caracterizam startups de natureza disruptiva.

§ 2º As startups caracterizam-se por desenvolver suas inovações em condições de incerteza que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à comercialização plena e à obtenção de receita.

Para abertura da startup será gerado de imediato um CNPJ, no ambiente digital do portal da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim). De igual forma, quando da baixa do CNPJ da startup, o mesmo ocorrerá de forma automática, no portal da Redesim.

De acordo com o § 4º o domicílio fiscal (local da sede) poderá ser: “comercial, residencial ou de uso misto, sempre que não proibido pela legislação municipal ou distrital, admitindo-se a possibilidade de sua instalação em locais onde funcionam parques tecnológicos, instituições de ensino, empresas juniores, incubadoras, aceleradoras e espaços compartilhados de trabalho na forma de coworking.”

3.1 A LEI COMPLEMENTAR VOLTADA AS STARTUPS

É importante destacar que a Lei Complementar n.º 167/2019 trata-se da primeira regulamentação tributária voltada especificamente as startups, na medida em que possibilita o enquadramento da empresa nos moldes do Simples Nacional, regime tributário diferenciado simplificado e favorecido, aplicável às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte. Ainda, a lei dispôs que os recursos capitalizados não constituirão renda e destinar-se-ão exclusivamente ao custeio do desenvolvimento de projetos destinados a startups, caracterizando o subsídio financeiro em consonância com o modelo de negócio adotado.

Com a edição desta nova norma jurídica, as startups que buscarem assessoria jurídica especializada poderão, mais do que nunca, conseguir importantes alicerces para viabilizar seus negócios e estarem, desde o início, com a necessária conformidade com o regramento jurídico.

Os juros nesse caso das ESC:

Art. 5º Nas operações referidas no art. 1º desta Lei Complementar, devem ser observadas as seguintes condições:

I - a remuneração da ESC somente pode ocorrer por meio de juros remuneratórios, vedada a cobrança de quaisquer outros encargos, mesmo sob a forma de tarifa;

Neste caso seu lucro sobrevém perante a aplicação dos juros cobrados corretamente não podendo ser cobrados encargos a mais.

4. A POSSIBILIDADE DE CONTRATO MÚTUO

Um das formas de defesa do credor é o contrato de mútuo, previsto no Código Civil, o que nele permite o empréstimo de coisa fungível e consumível ao mutuário, que por sua vez deverá restituir ao mutuante coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Art. 587. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.

Art. 590. O mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica.

Perante os artigos expostos, a coisa emprestada é consumível, portanto, após o consumo desaparecerá, mas ainda terá a obrigação de devolver outra de mesma espécie e quantidade. O melhor exemplo desse tipo de empréstimo de dinheiro conforme pode se aplicar pelo artigo 590 do Código Civil que já disciplina sobre tal parte econômica.

5. JUROS PACTUADOS LIVREMENTE

Ao certo a cobrança sendo feita em cima de 1% ao mês seria o correto a ser cobrado dentro das instituições financeiras e não financeiras. Mas ainda as instâncias superiores acabam levando em conta os juros contratados em favor do credor pelo fato de operação estar vinculada ao mercado financeiro. Então assim prevalecendo os juros pactuados livremente.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS LIVREMENTE PACTUADA - Ausência de quaisquer indícios a indicar a existência de vício social ou de consentimento no contrato firmado entre as partes - Capitalização mensal de juros contratada e autorizada pelo art. 28, § 1º, da Lei nº 10.931/04 - O STJ sedimentou interpretação segundo a qual após a edição da Medida Provisória 1.963-17/2000 (reeditada sob o nº 2.170-36/2001) é possível cômputo de juros capitalizados em período inferior a um ano - Previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal que é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada - Juros remuneratórios excessivos não evidenciados - Incidência das Súmulas 382 e 539 do STJ e 596 do STF - Laudo pericial contábil hígido que atesta a incidência da taxa de juros remuneratórios de acordo com o pactuado e com a média divulgada pelo BACEN - Decisão reformada - Recurso provido para afastar a

exclusão da capitalização de juros, manter os juros pactuados pelas partes, para afastar a nulidade total das letras de câmbio atreladas às contas correntes, que valem até o montante do crédito existente com a manutenção dos protestos até o valor real da dívida em aberto, arcando os apelados com as verbas de sucumbência, salvo na ação de cobrança proposta pelo banco, cuja inicial foi indeferida e não houve recurso a respeito. (TJ-SP - APL: 00211928320078260344 SP 0021192-83.2007.8.26.0344, Relator: Mendes Pereira, Data de Julgamento: 27/06/2017, 15ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/07/2017)

Os juros já pactuados e não fugindo do contratado, mesmo ultrapassando as normas comuns a serem exigidas de 12% ao ano, prevalecem perante o magistrado, que ainda sim não desrespeita o contrato que foi feito.

5.1 OS JUROS E AS CÉDULAS DE CRÉDITOS BANCÁRIOS

Já se falando de Cédula Bancária, como se condiz na Lei 10.931/2004 em seu artigo logo exposto, prevalece o que foi contratado na cédula de crédito, assim, mesmo saindo do percentual de juros de mora estipulado nas Leis, o credor tem direito a cobrança pelo que já foi feito e admitido no contrato.

Art. 26. A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

Nesta modalidade, a Lei vigora em favor do credor, pelo direito do recebimento do valor devido e contratado. Portanto, com a promessa de pagamento já eminente na admissão do contrato, é um título judicial passível de cobrança e ajuizamento pela inadimplência do contrato.

6. CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, pode ser concluído que os juros cobrados devem ser regulados e corrigidos pelas leis específicas e gerais, em favor dos devedores, credores e também uma proteção aos que adquirem os benefícios financeiros como os empréstimos e outras realizações financeiras.

Juntamente com isso, o surgimento da nova Lei Complementar abrindo a possibilidade para novas empresas, novos grupos efetuarem também a abertura de empréstimos e outras ações financeiras, sendo corrigidos e acompanhados pela Lei. Considerando que startup, a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos poderão realizar esse tipo de serviço financeiro com a possibilidade de abertura de créditos e empréstimos.

Ainda conclui-se que os contratos celebrados devem ser respeitados com o que foi pactuado, os próprios magistrados tem esse entendimento. Surgindo como hipótese de proteção o próprio contrato mútuo, como foi exposto. Assim, todas as partes têm seus direitos resguardados e protegidos, tanto credor como devedor.

7. REFERÊNCIAS

LEI 13.506/2017

LEI COMPLEMENTAR Nº 167, DE 24 DE ABRIL DE 2019

<http://www.marinsbertoldi.com.br/artigos/lc-n167-2019/>

<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/477089692/apelacao-apl-211928320078260344-sp-0021192-8320078260344?ref=serp>

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR DANO DECORRENTE NAS CIRURGIAS OBSTETRÍCIA

THAYS RODRIGUES COSTA:

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins.

VINICIUS PINHEIRO MARQUES

RESUMO: A pesquisa tem por problema analisar quais os elementos caracterizadores da responsabilidade civil do médico por dano decorrente nas cirurgias obstetrícia. Como objetivo investigar os elementos da responsabilidade civil do médico. Utilizando para esse estudo o método dedutivo, tendo em vista que os dados serão analisados sem nenhuma comparação manipulação. Para a fundamentação teórica será utilizado o instrumento de revisão da literatura específica, cujos dados serão coletados através de doutrinas, jurisprudências, artigos, leis entre outros. Com isso, concluir o raciocínio que a responsabilidade do médico é subjetiva, sendo necessário conter conduta, dano, nexos de causalidade e culpa do agente para se caracterizar responsabilidade civil. Utilizando desse estudo toda análise desses elementos e caracterizadores.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA. 2.2 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO PRESTADOR DE SERVIÇO NO HOSPITAL. 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. 3.1 RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO. 3.2 RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE. 3.3 DIREITOS DO FETO. 3.4 DEVERES DE CONDUTA DOS MÉDICOS. 3.5 NEXO DE CAUSALIDADE. 3.6 DANO. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Palavras-chave: Erro Médico; Obstetrícia; Responsabilidade Civil.

1 INTRODUÇÃO

Entende-se que saúde pública é uma matéria de grande relevância social, sobretudo, sabemos que a saúde pública no Brasil é precária e que os profissionais da saúde trabalham com o mínimo possível de recursos e em sua maioria até sem condições de realizar um procedimento necessário para a saúde de um cidadão.

Dessa forma, o médico entra como uma peça principal. Na qual é de extrema importância para o êxito do trabalho na saúde e leva consigo deveres e direitos sobre o cenário em que vivemos. Deveres esses, que auxiliam na melhora de nossos atendimentos médicos. Assim, iremos abordar sobre a responsabilidade civil do médico em seus atos profissionais na atuação da obstetrícia.

A obstetrícia é somente uma parte realizada na medicina, onde envolve dois indivíduos como pacientes, duas vidas. O médico tem que se preocupar tanto com a vida da gestante, quanto com o nascituro. Com isso, esse artigo tem como finalidade verificar quais elementos caracterizadores da responsabilidade civil do médico por dano decorrente nas cirurgias obstétricas.

Dessa maneira, para verificar os elementos caracterizadores da responsabilidade civil do médico, temos objetivos a ser elencados nesse artigo. Sendo eles uma análise da conduta do agente causador do dano, o nexo de causalidade entre a conduta e dano e por fim, uma análise também do dano.

E para realizar esse estudo, utilizamos do método dedutivo, tendo em vista que os dados serão analisados sem nenhuma comparação manipulação. O método dedutivo ocupa-se de princípios, leis, ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis. Prevê a ocorrência de casos particulares através da lógica. Esse método tem por finalidade explicar o conteúdo das premissas, através de uma reunião de raciocínios lógicos.

A abordagem utilizada será qualitativa para análise dos dados aplicados a essa pesquisa. Seguindo o entendimento de Prodanov e Freitas (2013), esse tipo de abordagem preocupa-se com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, entre outros, cujos, os dados analisados são não-métricos e possuem características subjetivas.

Assim, as informações coletadas terão enfoque no caráter subjetivo do objeto em estudo (análise de conteúdo), buscando a compreensão sobre os fundamentos que estabelecem a relação jurídica entre as normas regulamentadoras e o regime estatutário.

Para a fundamentação teórica será utilizado o instrumento de revisão da literatura específica, cujos dados serão coletados através de doutrinas, jurisprudências, artigos, leis entre outros.

Dessa forma, para melhor a compreensão do leitor será abordado a princípio sobre a responsabilidade civil em geral, elencando a responsabilidade objetiva e subjetiva. Logo em seguida abordaremos sobre responsabilidade civil do médico, seus deveres, relação médico paciente, conduta, nexo de causalidade e dano. Para que com todos esses apontamentos, chegamos aos elementos caracterizadores da responsabilidade civil do médico por dano decorrente nas cirurgias obstetrícia.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A criação do direito foi instituída pelo homem, através de seu desenvolvimento histórico e cultural, criou normas para ajudar a resolver conflitos e melhorar a convivência na sociedade, possibilitando a resolução de conflitos. Assim, a responsabilidade civil foi a solução encontrada para dar equilíbrio aos conflitos criados pelo dano causado a pessoa.

Nos primórdios da humanidade, não existia o fator culpa. O dano causado a outrem provocava reação imediata do ofendido. Não havia uma norma que limitasse aquele indivíduo a praticar determinado ato. Não existia o direito e suas normas. Dominava então, a vingança privada como o “olho por olho, dente por dente” (GONCALVES, 2018, p 24).

Sucede a esse período que o prejudicado passa a perceber que vantagens advindas da substituição da punição ou castigo gera compensação econômica. A diferença seria punição e reparação. Onde na punição gera uma restrição de direito para o causador do dano e na reparação há uma punição advinda de multa e uma reintegração econômica equivalente para o lesado.

“O Código Criminal de 1830, atendendo as determinações da Constituição do Império, transformou-se em um código civil e criminal fundado nas solidas bases da justiça e da equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros etc.”(GONÇALVES, 2018, p 27)

Por seguinte, a culpa é falada no direito e surge a exigência da culpa para a reparação do dano. Assim, sendo necessário comprovar culpa para que seja responsabilizado pelo dano. Contudo, tais fatos fez necessário criar também a teoria do risco, que visa permitir equidade na reparação dos danos, independentemente se existe culpa ou não. Mais frequentes nas situações de riscos criadas nas atividades laborais exercidas.

Contudo, a responsabilidade é o conhecimento do que é certo, justo e moral, enquadrando dentro de um sistema de obrigações e deveres de uma sociedade. Assim a responsabilidade pode ser adotada tanto no âmbito ético como no profissional. Onde se fala de exercício profissional como na medicina que tem seus valores éticos e morais de atuação.

Dessa forma, a responsabilidade atua no caráter de responsabilizar determinada pessoa ou grupo por ações próprias ou dos outros. Onde é aplicada uma punição pelo ato praticado de maneira equivocada e precipitada, onde não agiu com ética e coerência nas práticas esperadas. Nascendo assim, a necessidade de responsabilização, responder por determinados atos cometido.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

Para cada infração cometida há um responsável a responder pelo erro. Com isso, temos dois tipos de responsabilidade. Sendo elas a responsabilidade subjetiva mais conhecida como teoria clássica onde é necessária comprovação de culpa para responsabilizar. Em contrapartida vem a responsabilidade objetiva que a própria lei impõe como responsabilização apenas com o dano e o nexo de causalidade. Não é necessário comprovação de culpa. O agente é responsabilizado pela teoria que todo dano é indenizável e a ligação se dá pelo nexo de causalidade.

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como "risco-proveito", que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como "risco criado", a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (GONÇALVES 2018, p 60)

Dessa forma, o médico que comete equívoco em procedimento obstétrico, ele responderá se ficar comprovado qualquer uma das modalidades de culpa, seja negligência, imperícia ou imprudência. Cabendo para esse assunto em específico a responsabilidade subjetiva, no que se refere a necessidade de comprovar culpa.

Deve-se enfatizar que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva. Mas são independentes. A responsabilidade subjetiva tem a necessidade de comprovação de culpa, enquanto a objetiva leva em consideração a o dano e o nexo de causalidade. Uma com características diferentes da outra.

2.2 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO PRESTADOR DE SERVIÇO NO HOSPITAL

Há o que se falar na responsabilidade do médico que atua como funcionário contratado pelo estabelecimento de saúde. A responsabilidade civil nesses casos, muda de subjetiva para objetiva em relação médico e hospital.

O médico, na sua atuação profissional liberal exerce uma atividade prestando serviços diretamente ao paciente, desempenha uma relação jurídica contratual. Com isso, a responsabilidade do médico é subjetiva onde se deve comprovar culpa para que haja reparação do dano. (GONÇALVES, 2018).

Contudo, o médico pode prestar serviços atuando por meio de um hospital, ou particular entre médico e paciente. No Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis as duas relações. Mas principalmente, para os casos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990)

Desta forma, o hospital visando ou não lucros é uma pessoa jurídica fornecendo serviços. Assim, exercendo uma relação típica de consumo, sustentado pelo ordenamento do Código de Defesa do Consumidor de 1990.

Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, provada a culpa daquele. (GONÇALVES 2018, p. 277)

Assim, a responsabilidade do médico que atua no hospital com o vínculo empregatício é objetiva e para o médico liberal a responsabilidade é subjetiva. Uma vez que no Código de Ética do Médico dispões que sua responsabilidade é pessoal e intransferível (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019).

Ademais, é necessário que haja essa responsabilização de indenizar tanto para o médico liberal, quanto para o médico contratado pela casa de saúde. Considerando uma mãe que durante o parto sofreu danos, por negligência, imperícia ou imprudência do médico deverá ser restituída com indenização.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Toda profissão tem seus deveres e obrigações para com a sociedade regido por lei. A profissão do médico não é diferente, sua responsabilidade de reparar o dano está previsto no ordenamento jurídico desde o Código Civil de 1916. “Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”

Continha no Código Civil de 1916 a responsabilidade subjetiva do médico, onde deverá comprovar que houve dolo ou culpa por parte do autor. Nos casos de danos causados durante sua atuação profissional, onde exigia comprovação de imprudência, imperícia e negligência do médico para responsabilizá-lo pelo dano causado. (TOMÉ, 2014).

No entanto, há controvérsias que a teoria da responsabilidade subjetiva por si só não é suficiente para responsabilização de todos os danos causados. Assim, surgindo a teoria da responsabilidade objetiva onde não é necessária comprovação de culpa. Onde o responsável pelo dano indenizará meramente por existir dano.

“O responsável pelo dano indenizará simplesmente por existir um prejuízo, não se cogitando da existência de sua culpabilidade, bastando a causalidade entre o ato e o dano, para obrigar a reparação. O nexu causal consiste no fato de o dano ter surgido de um ato ou de sua omissão.” (FRANÇA, 2017, p 285).

Em sua maioria é celebrado contrato verbal entre médico e paciente para sua atuação em determinado paciente, se caracterizando relação contratual. Contudo, excepcionalmente, essa relação pode ser extracontratual, onde não é possível celebrar qualquer tipo de contrato. Isso pode ocorrer quando o paciente é atendido em via pública durante uma viagem por exemplo.

3.1 RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO

Assim como qualquer outro cidadão, o médico quando comete ato ilícito produzindo dano a outrem responde penalmente. A teoria subjetivista tem

prevalecido também na doutrina penalista, onde produz o dano sem a presunção de resultado ou admissão de risco. Mas responde por ser uma coisa previsível.

O ato se torna culposo quando o agente deixa de realizar com determinada cautela, diligência e atenção necessária ao qual estava obrigado. Na qual também o médico estava submetido através dos comandos de direitos e deveres do profissional da saúde. No artigo 18, do Código Penal expressa “II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”

Dessa forma, temos a imprudência médica que é quando o médico age sem a cautela necessária, quando a conduta é caracterizada pela precipitação ou insensatez. No caso de um médico obstétrico pode realizar o parto de uma determinada forma conhecida, abandona a técnica e em consequência acarreta resultado danoso.

Já a negligência médica caracteriza-se pela falta de observância aos deveres que a situação permite. A negligência pode se configurar pelo abandono do paciente, omissão de tratamento. Ou até mesmo a negligência de um médico pela omissão de outro colega de trabalho.

E por sua vez, a imperícia médica, onde a doutrina entende a falta de observação às normas, por incompetência prática ou por insuficiência de conhecimentos técnicos. Contudo, é importante ressaltar que o diagnóstico errado nem sempre é considerado imperícia. O profissional aperfeiçoa com a prática. E como todas as pessoas, o médico aprende através de experiências e observações.

Ora, se um homem tem nas mãos um diploma que lhe confere um grau de doutor e uma habilitação legal, será extremamente difícil a alguém provar que essa pessoa seja incapaz. Ou se é capaz, ou não. Não é lógico atribuir-se imperícia, em uma situação isolada, a um profissional habilitado e com provas de acerto em outras tantas situações. (FRANÇA, 2014, p 195).

Desse modo, é necessário análise de conduta do médico, o nexo de causalidade, o dano causado a outrem e a culpa do agente para se pensar em responsabilização com dever de indenizar. Para isso, é necessário análise de casos em específicos. Para que possamos identificar se houve ou não ato ilícito.

3.2 RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE

Na Antiguidade, os valores dos médicos reconhecido pela sociedade eram extremamente altos no que diz respeito a total entrega e confiança. Acreditavam que

a pessoa que tinha diploma de médico teria total razão e consciência do que deveria ser feito para curar uma pessoa em enfermo. E toda atitude tomada era de total confiança. Isso ocorria pela relação estreita criada pelo vínculo de amizade e confiança entre médico e paciente.

Um aspecto que não pode ser esquecido é a mudança do relacionamento entre o médico e o paciente. O laço paternal que existia entre as famílias e os médicos de cabeceira transforma-se pouco a pouco numa relação quase impessoal, principalmente nas grandes cidades. (FRANCA 2017, p. 180)

Essa relação de amizade e confiança ocorreu durante muitos anos. O médico era chamado de “médico da família”, justamente pela dedicação plena e suporte prestado pelo profissional. Contudo, essa absoluta confiança dava uma preponderância para o médico em face do paciente. Isso permitia que o médico tivesse total liberdade de decidir o tratamento adequado a ser realizado, sem que houvesse questionamento por parte do paciente (TOMÉ, 2014).

Contudo, ocorreu mudanças na medicina, onde converteu a relação de confiança entre médico e paciente para uma relação contratual passando para usuário e prestador de serviço. Essa mudança acarretou na desumanização da medicina. Ocorreu a despersonalização do médico e do paciente, comercializando o serviço médico que vai de encontro ao descompasso com a ética (TOMÉ, 2014).

Mesmo com o distanciamento entre médico e paciente nesta nova era, verificou-se que o paciente foi reconhecido como sujeito, o que gerou respeito nas suas escolhas, vontades e direitos. Com isso, o paciente passou a lutar pelos seus direitos e exigir resultado do serviço médico contratado. No caso da obstetrícia, exigir qualidade de meio do tratamento. A forma como foi feito determinado procedimento e resultado da saúde da mãe e da criança.

3.3 DIREITOS DO FETO

Entende-se por nascituro a criança que foi concebido, mas que ainda não nasceu. É aquele que se encontra no ventre de sua mãe e que vai vim ao mundo logo após a concepção. O feto não é considerado pessoa, e não usufrui de tais direitos como o recém-nascido que tem proteção legal. Mas é possível resguardar seus direitos futuros através de atos protetivos.

A proteção ao feto é resguardada pela Constituição Federal dada através da proteção à maternidade. Mesmo estando no ventre materno, o feto tem sua importância no âmbito jurídico. A pessoa jurídica adquire sua personalidade civil a

partir do nascimento com vida, mas a lei resguarda seus direitos desde a concepção e dá-lhe a devida proteção jurídica necessária.

Aquele que é apenas uma esperança de nascimento tem a proteção de seus eventuais direitos. Isto, sob o aspecto dos direitos privados. No que se refere à ótica do direito público, o estado coloca o nascituro sob a proteção incondicional, quando sanciona o aborto provocado, fora das situações de antijuridicidade, entre os crimes contra a vida, desde o momento da fecundação até instantes antes do parto. (FRANÇA, 2014, p 240).

A pessoa com personalidade jurídica tem por sua vez, direito e obrigações. Adquirindo após o nascimento com vida. Há quem defenda o início da personalidade jurídica desde a fecundação, levando em consideração que o nascituro tem seus direitos desde a concepção. Esse pensamento se dá visto que o feto resguardado pelo código civil e penal herda, transmite, demanda e sua morte intencional é considerado crime.

A escola genética admite como ser humano aquele que tem código genético definido, ou seja, a partir da concepção. Os desenvolvimentistas acham que, mesmo com a fecundação estabelecendo as bases genéticas, o novo ser necessita de certo grau de desenvolvimento e, por isso, a vida começaria na nidificação; para outros, teria início na formação do córtex cerebral, ou ainda, a começar do parto (FRANÇA, 2014, p 241).

Toda essa discussão é para garantir que o feto tenha seus direitos resguardados e para o caso de haver ato ilícito contra sua vida, haja punições e responsabilizações. Uma vez que temos nosso direito à vida, a saúde resguardada pela Constituição Federal, o nascituro também possui. O bem da vida é uma dádiva que temos e para a humanidade resta buscar sempre a proteção contra crueldades cometidas desumanas.

Portanto, temos como aliados os dispositivos jurídicos e éticos disponíveis para que possamos inibir a humanidade de atentar contra a vida, ainda que seja no início da sua vida, na sua concepção.

Temos duas espécies de pessoas admitidas pela ordem jurídica: sendo as pessoas físicas e as pessoas jurídicas. As pessoas físicas ou também chamadas de naturais são reconhecidas pelos seres humanos e as jurídicas são sociedades, associações e fundações. Ambas são consideradas sujeitos de direito, no entanto,

existem certas peculiaridades no que diz respeito ao início e fim da personalidade civil.

A personalidade civil da pessoa física inicia após o nascimento com vida, conforme expressa o artigo 2º do Código Civil Brasileiro (2002), “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Portanto, a própria lei expressa o resguardo dos direitos desde a concepção.

Dessarte, o feto pode quando necessário ser considerado paciente, devendo o médico observar os mesmos deveres que tem com uma pessoa física. Agindo com ética e respeito o nascituro. Com isso, o médico obstétrico pode ser responsabilizado caso cometa ato ilícito com o feto. Da mesma forma, qualquer outra pessoa que por vontade própria atende a integridade do nascituro.

A medicina é uma área muito ampla, com diversas formas de intervenções. Com isso, possibilita diversas formas arbitrárias de garantir a vida e a saúde do indivíduo. No entanto, vale observar tais práticas, se garantem a integridade moral e física da pessoa. Tanto do feto, como da mãe que o espera.

A área da obstetrícia, assim como todas as outras áreas da saúde são delicadas. Isso porque envolve a vida humana. O que está em risco é a vida da pessoa. E como já vimos temos direitos resguardados desde a concepção. Práticas pretenciosas abusivas devem ser punidas e o paciente lesado tem do direito de ser restituído pelo dano.

3.4 DEVERES DE CONDUTA DOS MÉDICOS

Em todo ato de responsabilizar alguém por determinado ato cometido, se avalia a conduta do indivíduo, seja qual for a forma como se apresenta no momento do ato. Seja como pessoa física, jurídica ou profissional. Da mesma forma com o profissional em suas atividades como médico. É analisado seus deveres de conduta para se chegar em uma conclusão de responsabilização ou não por determinado dano cometido.

Outrora, predominava a ampla liberdade de agir. Considerava a medicina como um poder ilimitado de decisões e práticas para com o doente. Visto que seu diploma era considerado exageradamente prova de competência e seriedade. No entanto, com o passar dos anos essa ideia foi sendo transformada. O médico continua com seu respeito, contudo, assim como qualquer outra profissão cabe análise de conduta quando se cometido um erro.

Dessa forma, se espera uma análise dessa responsabilidade de conduta com transparência no curso e respeito com o profissional. O médico deve ter sempre o direito à ampla defesa. Deve-se observar sempre o nexo de causalidade entre a conduta e dano, a ação e o resultado. Em síntese, para se caracterizar a responsabilidade médica, basta analisar se a conduta contraria as regras vigentes do código de conduta ética e profissional da saúde.

Com o avanço cada dia mais eloquente dos direitos humanos, o ato médico só alcança sua verdadeira dimensão e seu incontestável destino com a obtenção do consentimento do paciente ou dos seus responsáveis legais. Isso atende ao princípio da autonomia ou da liberdade, pelo qual todo indivíduo tem por consagrado o direito de ser autor do seu próprio destino e de optar pelo rumo que quer dar à sua vida. (FRANCA 2017, p 184)

Na relação médico-paciente é fundamental que tenha o direito à informação sobre as condutas e intervenções que serão necessárias para determinado procedimento. Informar sobre o risco que o paciente será exposto. Ou que seu procedimento será simples e rápido. É de extrema importância que o paciente esteja sempre informado do que será feito e qual procedimento será tomado.

Reconhecemos que a medicina muito tem avançado ao longo dos tempos. No entanto, ainda é enfrentado pelos profissionais da saúde péssimas condições de trabalho. E nesse cenário é certo que pode afetar diretamente os pacientes, onde tais podem sofrer danos por motivo de precariedade.

No entanto, não se pode excluir o médico dos deveres de informar as péssimas condições de trabalho, informando em locais próprios e deixando de atender demandas eletivas quando for necessário por motivo das péssimas condições. Uma vez que afeta diretamente na saúde dos pacientes e no êxodo de seu trabalho.

O prontuário é uma das primeiras fontes utilizada para verificar informações sobre o paciente. Com isso, é também de extrema importância que os prontuários sempre estejam atualizados e detalhados com as informações necessárias. Visto que o prontuário também é um documento para resguardar o atendimento eficaz do profissional.

O médico também tem o dever de informar aos seus colegas de trabalho sobre o diagnóstico do paciente. Esse ato de informar não é por mera cortesia entre amigos, mas por necessidade de resguardar a integridade do paciente. Uma vez que

o médico não atua sozinho, mas trabalha juntamente com uma equipe que deve sempre estar por dentro das informações necessárias do paciente.

Compreendemos que a medicina avança a cada instante e que acompanhar essa evolução é crucial para melhora nos resultados de tratamentos médicos. Com isso, um outro dever que o médico possui é de atualização da medicina. Conhecimentos devem sempre ser aperfeiçoados e aprimorados. E o médico tem como dever a atualização dos seus conhecimentos na medicina. O médico deve estar sempre atualizado com os avanços da sua profissão.

3.5 NEXO DE CAUSALIDADE

Na responsabilidade civil um de seus pressupostos é o nexo de causalidade entre o fato ilícito e o dano causado. A obrigação de indenizar se dá através da causalidade, do liame entre a conduta lesiva e o resultado causado para o paciente. Para chegar a responsabilização é necessário que comprove nexo entre a conduta e resultado ou entre conduta e meio nos casos de procedimentos médico não estéticos.

O nosso Código Civil Brasileiro (2002) dispõe em seu artigo 403. "Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual." Entende-se então nexo causal do dano direto e imediato, excluindo possíveis responsabilização por danos causados por terceiros, que seria então nas consequências indiretas.

Partindo então do nexo causal na responsabilidade do médico, temos três hipóteses em que o médico é responsabilizado a indenizar. Que são a negligência, imperícia e imprudência cometida pelo profissional no exercício da sua profissão. levando então, a indenizar o paciente pelo dano.

Contudo, existem fatos que rompem o nexo de causalidade retirando a responsabilidade do agente e o direito de indenizar. Visto que o vínculo jurídico entre determinado ato e resultado se exclui. Como exemplo disso, temos exemplos como por culpa da vítima, fato de terceiros, estado de necessidade, caso por força maior ou caso fortuito e cláusulas não indenizatórias (GONCALVES, 2018).

Deste modo, se um raio cai sobre uma fiação elétrica e provocou um incêndio que matou inúmeras pessoas que estava sendo transportada por um ônibus, excluiu o nexo de causalidade. Visto que não há nexo nas mortes das vítimas entre o transportador e o dano causado.

“Tem-se entendido que as concausas preexistentes não eliminam a relação causal, considerando-se como tais aquelas que já existiam quando da conduta do agente. Assim, por exemplo, as condições pessoais de saúde da vítima, embora às vezes agravam o resultado, em nada diminuem a responsabilidade do agente. Se de um atropelamento resulta complicações por ser a vítima cardíaca ou diabética, o agente responde pelo resultado mais grave, independente de ter ou não conhecimento da concausa antecedente que agravou o dano.” (GONÇALVES, 2018, p 365)

Com isso, o médico é responsabilizado por não se atentar a determinado problema que poderá resultar a complicações e morte do paciente. Isso ocorre quando há causas que complicam a situação do paciente, mas em nada disso favorece o agente causador do dano.

3.6 DANO

Não há no que se falar em indenização sem danos. O dano pode-se considerar a peça chave da responsabilidade. Uma vez que não se responsabiliza de indenizar sem o dano. A obrigação de indenizar alguém só surge quando é verificado o dano. Não basta uma conduta ilícita, tem que haver o dano para indenizar. O dano pode ser tanto moral como material.

No artigo 927 do Código Civil Brasileiro (2002) expressa “ Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Dessa forma, no próprio ordenamento jurídico fala sobre obrigação de reparar mediante constatação do dano. Uma vez que implica diretamente elencando também o nexo de causalidade.

[...]Em suma, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo; se o prédio desmorona por falta de conservação pelo proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77)

Podemos chegar a uma conclusão de que não há ato ilícito sem danos. Sabemos que para os penalistas pode haver ato ilícito sem danos. No entanto não se fala em ato ilícito na responsabilidade civil sem os danos. Indenizar alguém sem o dano seria um enriquecimento ilícito.

Partindo do entendimento que para haver indenização é necessário o dano, conseguimos identificar um dos elementos para se caracterizar a responsabilidade civil do médico por dano decorrente nas cirurgias obstétrica. É necessário se caracterizar o dano para que tenhamos um dos elementos caracterizadores.

Ação de indenização por danos morais. *Erro médico*. Legitimidade passiva do plano de saúde em relação a *erro médico* cometido por equipe de *obstetrícia* de hospital por ele credenciado. Precedente do STJ. Tardança *na* realização de cesariana, com a morte do filho aguardado pelos autores. Culpa reconhecida, com o dever de reparar o dano (artigos 186 e 927 do CC). Lesão moral. Frustração pela perda do filho aguardado. Reconhecimento. Valor da indenização. Redução da quantia de R\$- 124.500,00 para R\$-42.000,00. APELO PARCIALMENTE PROVIDO (TJSP, 2009).

É notório que na própria jurisprudência mostra que foi verificado o dano, uma vez que na jurisprudência referida cita indenização de danos morais por perda do filho. Podemos citar também no referido caso a perda de uma chance, a chance de uma mãe de cuidar do filho e fornecer todo carinho e cuidado. Dessa forma, procurando uma forma de ressarcimento, a indenização. Uma vez que não substitui o filho que perdeu, mas indenizar pelo dano causado.

Temos o dano patrimonial, também conhecido como material sobre o direito de propriedade. Não somente de imóveis, carros, mas de livros, relógios. E o dano emergente, quando se fala de perda efetivamente sofrida. Dano emergente é o prejuízo material ou moral, efetivo, concreto e provado, causado a alguém.

4 CONCLUSÃO

É notório que os serviços de saúde no Brasil são precários. O fornecimento de medicamentos, equipamentos, materiais estão sempre com pendências. Ainda não chegamos a um país de primeiro mundo. E preciso muito para que consigamos suprir todas as necessidades, seja ela saúde ou educação.

A princípio tínhamos como problema identificar quais elementos caracterizadores da responsabilidade civil do médico por dano decorrente nas cirurgias obstétrica. Com isso, estudamos os elementos de conduta do agente como seus deveres que devem sempre seguir uma postura esperar e ordenada pelo código de conduta do médico.

Verificamos também o nexo de causalidade onde liga a conduta e o dano. O nexo de causalidade leva em consideração a conduta do médico, quando houver negligência, imperícia ou imprudência para concluir caracterização de ato ilícito.

Assim, temos também o dano causado ao paciente. Não é possível haver uma indenização sem conter dano do paciente, seja por lesão ou perda. Contudo, sempre é necessário existir o dano para se responsabilizar a ressarcir ou indenizar.

Contudo, a responsabilidade do médico liberal e a responsabilidade subjetiva, onde além da conduta, dano e nexo de causalidade é necessário comprovação de culpa do agente para caracterizar responsabilidade civil. Assim, sendo elementos caracterização de responsabilidade civil do médico a conduta, dano, nexo causal e culpa do agente.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, v. I, 2012.

TJSP. Apelação Cível n. 604.363-4/4-00. Relator: Donegá Morandini. 15 de dezembro de 2009. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, 2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4253875&cdForo=0>>. Acesso em: 8 abr. 2020.

BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. **Proteção do consumidor e dá outras providências**, Brasília, setembro 1990.

CONSELHO Federal de Medicina. **portal.cfm.org.br**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp>. Acesso em: 2019.

DINIZ, M. H. **Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 2017.

FRANÇA, G. V. D. **Direito Médico**. 14. ed. Rio de Janeiro: FORENSE LTDA, 2017.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. IV, 2018.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo:

FEEVALE, 2013.

STOCO, R. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TOMÉ, P. R. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**, São Paulo, 2014. 121. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6443>>. Acesso em: 2019.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

LUCIA SEBASTIANA DE SOUZA:

Bacharelada do Curso de Direito na IESB –
Instituição de Ensino Superior de Bauru.
Bauru/SP.

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO²

(orientadora)

RESUMO: A Audiência de Custódia, também chamada de Audiência de Apresentação pode ser definida como uma ação do Direito Processual Penal que exige que o autuado em flagrante deva ser apresentado à autoridade judicial, em até 24 horas. O autuado, isto é, o indivíduo submetido à prisão é conduzido ao juiz para que este garanta seus direitos fundamentais, através da observação da legalidade e até mesmo da necessidade de manutenção da prisão. O presente artigo teve o objetivo de estudar e expor a audiência de custódia no Brasil. A metodologia utilizada foi uma revisão bibliográfica. A audiência de custódia surge como uma potencial estratégia de desencarceramento na medida em que quebra com as limitações ao contraditório impostas pelo art. 306, CPP, onde uma folha de papel impede que juiz tenha real conhecimento da situação do investigado preso, que ele tenha contato direto com o caso que irá julgar e que ele justifique publicamente sua decisão.

Palavras-chave: Audiência de Custódia; Direito Processual Penal; Direito Fundamental; Decisão Judicial.

ABSTRACT: A Custody Hearing, also referred to as a Filing Hearing, can be defined as an action in Criminal Procedure Law that requires the notary to be presented to the judicial authority within 24 hours. The taxpayer, that is, the individual subjected to imprisonment, is directed to the judge to guarantee his fundamental rights, by observing the legality and even the need to maintain the prison. This article aimed to study and expose the custody hearing in Brazil. The methodology used was a literature review. The custody hearing emerges as a potential release strategy as it breaks with the contradictory limitations imposed by art. 306, CPP, where a sheet of paper prevents the judge from having real knowledge of the situation of the arrested

² Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail: andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br

investigator, from having direct contact with the case he will judge, and from publicly justifying his decision.

Keywords: Custody Hearing; Criminal Procedural Law; Fundamental right; Judicial decision.

1 INTRODUÇÃO

A necessidade da punição e como punir são dois problemas antigos do Direito. Observa-se que o elevado índice de reincidência atual se agrava pelo ambiente degenerativo a que os condenados são expostos no Brasil. As cadeias perderam seu propósito utilitarista e são utilizadas como depósito de criminosos, sem condições de reabilitação adequada, sendo, de maneira oposta, um ambiente com grande potencial criminalístico, com problemas estruturais, de higiene, de convivência, entre outros (DRIGO, 2017).

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a audiência de custódia, também chamada de Audiência de Apresentação, representa uma atividade do próprio CNJ onde cada indivíduo que seja preso em flagrante seja encaminhado à presença de um juiz no período de 24 horas, junto ao seu advogado ou defensor público. O referido cidadão deverá ouvido, primeiramente, por um juiz, que deliberará sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. O juiz também julgará se a prisão preventiva pode ser alterada para liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo e, se for necessário, empregará medidas cautelares como vigilância eletrônica e comparecimento periódico em juízo. Ele ainda estabelecerá a consumação de exames médicos para averiguar a ocorrência de maus-tratos ou violência policial do decorrer da realização do ato de prisão (BRASIL, 2016).

Trata-se de novo instituto que visa a humanização das decisões judiciais e, conseqüente redução da taxa de conversão do flagrante em prisão provisória, em decorrência do contato direto dos magistrados com os custodiados, no período de 24 horas após o flagrante. Para o sucesso do processo de execução das audiências, torna-se fundamental a participação do Poder Judiciário, na configuração do juiz, do Poder Executivo, na presença de autoridade policial, do Ministério Público e da Defensoria Pública, responsáveis pelo cumprimento das medidas constitucionais e defesa do autuado. A figura do advogado (quando necessário) representa a Ordem dos Advogados do Brasil e instituições com atuação na área da justiça criminal. Todos

devem atuar de forma planejada para o adequado andamento da audiência de custódia (HENRIQUES, 2017).

O presente artigo teve o objetivo de estudar e expor a audiência de custódia no Brasil.

A metodologia utilizada foi uma revisão bibliográfica auxiliada por artigos, jornais, sites de direito, monográficas e dissertações, encontradas online e de forma integral e gratuita. Deu-se preferência por materiais publicados nos últimos dez anos.

2 NOÇÕES GERAIS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A partir do momento em que o homem, até então em estado selvagem, passou a viver em comunidade, adotou-se o sistema de aplicação de penas todas as vezes que as regras da sociedade eram violadas. O condenado sentenciado à pena privativa em liberdade passa a cumprir às imposições conforme disciplina a Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 1984).

Grego (2010) define crime como:

um acontecimento social, antijurídico que tem como principal característica a cominação de pena de reclusão ou detenção. Mas, para melhorar essa conceituação não podemos deixar de analisar três aspectos: materialidade, formalidade e analítico.

Crimes formais são aqueles cujas leis caracterizam ação e resultado, porém a redação do dispositivo estabelece que o crime é exercido no momento da ação, sendo o resultado da tentativa do delito. Já no critério material, o crime é toda ação humana que lesa ou expõe em perigo os bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Portanto, o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando alude que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes (GRECO, 2010).

A pena é considerada um antigo regimento, sendo encontrada desde o princípio da civilização, cujo significado da palavra derivada do latim representa *poena*, termo derivado do grego que pode ser traduzida como *poiné*, ou seja, dor, punição, sofrimento, trabalho, vingança, recompensa, expiação, entre outros (DRIGO, 2017).

A ascensão coercitiva da pena se apresenta em fases distintas, passando por diversas culturas e civilizações. Originalmente, em época conhecida como período de vingança privada, representava o sentimento que provocava e impulsionava a justiça. Parte dos juristas configuram a manifestação da pena, a princípio, como uma vingança individual, longínqua, que representava a reação instintiva do ofendido, caracterizando nova ofensa, que não recebia punição por ausência de autoridade capacitada. Posteriormente, grupos, ou clãs, empenhados na proteção da coletividade, concretizavam uma vingança coletiva e ilimitada, sem qualquer racionalidade ou lógica (DRIGO, 2017).

Após a formação da estrutura familiar, pensava-se em manter a tranquilidade e o equilíbrio da paz social. O responsável por algum delito era expulso da tribo, sem bens materiais, armas ou alimentos. Existia, concomitantemente, a vingança de sangue, sucedido quando o delito se concretizava por integrantes de tribos vizinhas, no entanto, esse tipo de pena acabava gerando retaliação de clãs inteiros e possível extinção da comunidade (DRIGO, 2017).

Na idade da pedra ou período neolítico, a vingança ilimitada se transformou em vingança limitada, representando uma considerável evolução, porém, por razões inadequadas, focando conhecida como pena de Talião, representada pela sentença “olho por olho, dente por dente”. Posteriormente, a pena podia ser comercializada, através de pagamentos ao ofendido. O Direito Penal despontou como consequência da religião, pois o delito era considerado ofensa à divindade que, por sua vez, era representada pelos reis e imperadores (DRIGO, 2017).

Nas sociedades primitivas, portanto, a criminalidade era predominantemente religiosa, pois os crimes atentavam contra as tradições, o coletivo, os costumes dos ancestrais ou chefes de Estado, considerados representantes dos deuses. Com o avanço da civilização, as formas religiosas da criminalidade foram regredindo e sua punição enfraquecendo, dando lugar aos atentados contra a própria pessoa humana (DRIGO, 2017).

As penas passaram por transformações ao longo do tempo, inicialmente detinham um caráter vingativo, onde o ofensor recebia pelo crime praticado, uma pena que lhe causava sofrimento igual ao da vítima. Com o passar do tempo, as penas passaram a ser aplicadas como forma de prevenir novos crimes. No direito, a evolução das penas é caracterizada em duas fases: o da vingança e a humanitária (RODRIGUES, 1996).

Segundo Rogério Greco (2010), a pena de prisão, isto é, a privação de liberdade como pena principal, representa um avanço na desolada história da prisão. A pena de prisão se principiou nos mosteiros da Idade Média, como punição imposta aos monges ou clérigos ausentes, impondo que os mesmos se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependessem de suas faltas.

O regime amparado pelo Estado brasileiro retrata um sistema progressivo, ou seja, intenciona-se a ressocialização do criminoso, conforme o art. 33, § 2º do Código Penal Brasileiro (1940):

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Os estágios presumidos na Lei de Execução Penal, os quais o condenado deve transitar de acordo com o cumprimento da pena em regime fechado são:

1. Trabalho em comum no período diurno e isolamento noturno.
2. Transferência para os regimes semi-aberto e aberto, ininterruptamente.
3. Livramento condicional.

3 DEFINIÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia também chamada internacionalmente como audiência de garantias pode ser definida como uma ação pré-processual, judicializada, que assegura ao autuado a sua apresentação pessoal, de forma ágil, a uma autoridade judicial, para que seja realizado a adequada intervenção da legalidade, necessidade e adequação da prisão cautelar, e permissão para que o juiz averigue possíveis agressões e maus-tratos praticados por policiais durante o ato de flagrante e condução do preso. O instituto da audiência de custódia é ação versada

em vários tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, principalmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, ainda sendo um tema bastante recente do contexto brasileiro (HENRIQUES, 2017).

A audiência de custódia é também conhecida internacionalmente como “audiência de garantias”, que pode ser considerada um ato pré-processual, judicializado, que assegura ao preso a sua apresentação pessoal, sem demora, a uma autoridade judicial, para que seja realizado o adequado controle de legalidade, demanda e adequação da prisão cautelar, além de contribuir para que o juiz averigue eventuais agressões e maus-tratos praticados por policiais durante o ato de flagrante e condução do preso (HENRIQUES, 2017).

Não se encontra previsão normativa interna no direito brasileiro que seja capaz de regulamentar o instituto, no entanto, existem pactos e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que possuem posição hierárquica infraconstitucional e supralegal. O Código de Processo Penal brasileiro estabelece no art. 3068 que o juiz deverá ser comunicado da prisão de qualquer indivíduo, assim como a ele deverá ser remetido, no prazo de 24 horas, o auto de prisão em flagrante. No entanto, se trata de uma ação ato puramente burocrática que não contenta a demanda a audiência de custódia, no que se refere ao instrumento de humanização do processo penal, conforme estipulado pela Corte Interamericana de Direito Humanos (BRASIL, 2016).

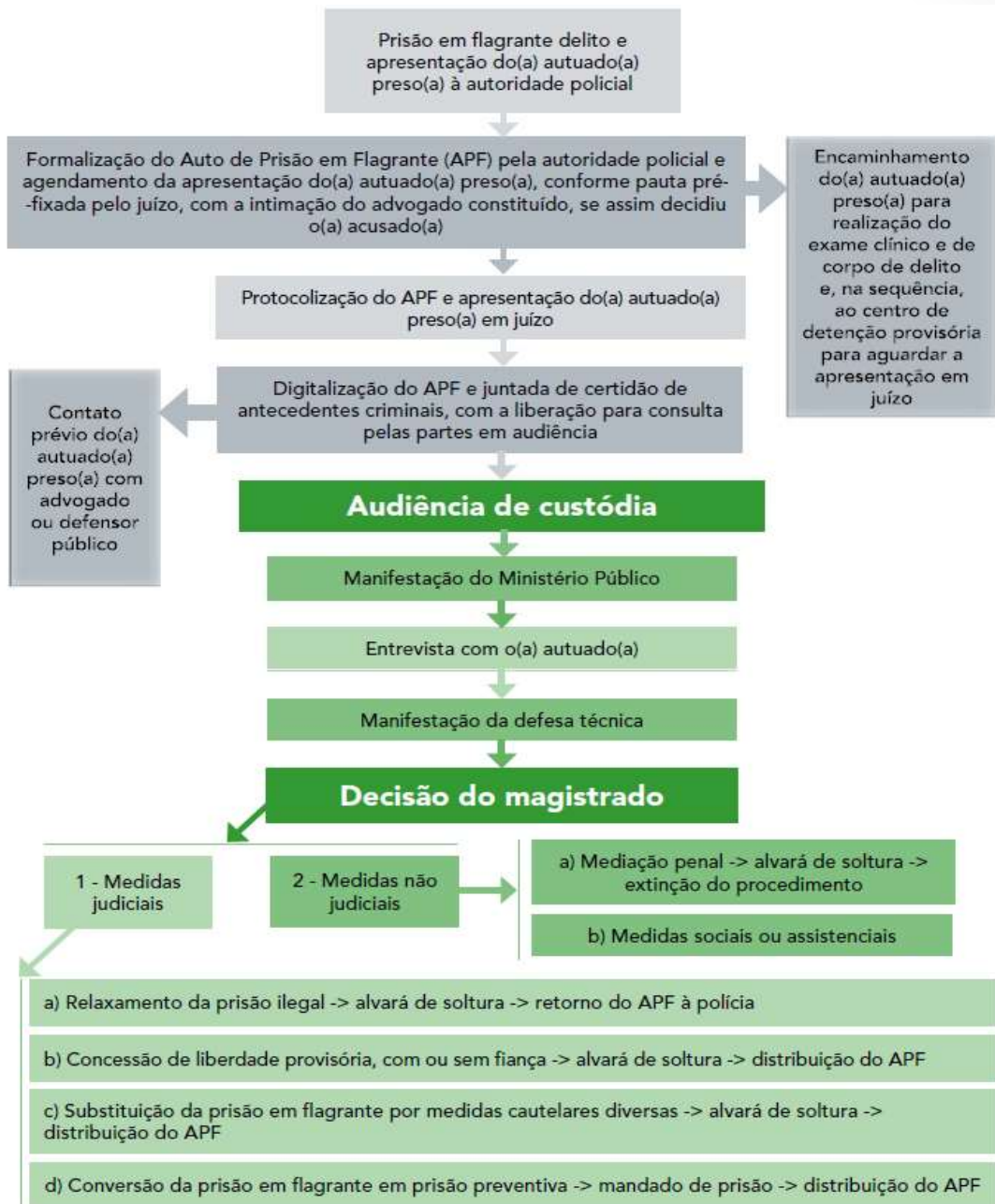
Em 2011, sob a alegação de adequação do código de processo penal aos tratados e convenções firmados pelo Brasil, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado nº 554 de 20111 que remodela o Art. nº 306 do CPP (Código de Processo Penal) para fixar que o custodiado deverá ser apresentado pessoalmente a um juiz no período máximo de 24 horas após a prisão. Entretanto, até hoje, essa lei não entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro. Essa iniciativa legislativa foi a referência para a inauguração dos debates a respeito da incorporação da Audiência de Custódia no Brasil.

Tendo em vista a inobservância das disposições instituídas pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil na prática judicial juntamente ao indecente cenário carcerário brasileiro, o CNJ, juntamente com o Ministério da Justiça e com o Tribunal de Justiça de São Paulo, instituiu o Projeto Audiência de Custódia no Estado de São Paulo em 2015. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) instaurou

o Provimento nº03/15 em janeiro de 2015, normalizando o recurso procedimental da Audiência de Custódia. O Estado paulista foi a procedência para a implementação do instituto, sendo exemplo e levando em consideração os pontos positivos e negativos para a futura dispersão deste por todo o Brasil. Em decorrência do sucesso do “projeto-modelo” em São Paulo, outros Estados foram engajando-se a implementação da Audiência de Custódia em seus municípios, possuindo cada Tribunal de Justiça discricionariedade para regulamentar o funcionamento do instituto (RAPOSO, 2016).

A Figura 1 apresenta um fluxograma explicando todo o percurso até a audiência de custódia e a decisão do magistrado.

Figura 1 – Fluxograma da audiência de custódia



Fonte: Brasil, 2016.

Brasil (2016) explica sobre os estados que já implementaram a audiência de custódia e apontaram que 50% das prisões preventivas são desnecessárias. O Conselho Nacional de Justiça preconiza que a redução pela metade do número de pessoas presas antes de terem sido condenadas gerará uma economia anual de 4,3

bilhões de reais. Além disso, ao deixar de prender 120 mil dessas pessoas, evita-se a construção de 240 presídios, o que representa uma economia de 9,6 bilhões de reais.

4 FUNDAMENTOS LEGAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A Audiência de Custódia se fundamenta nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), deliberado pelo Brasil no Decreto 592, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica), que foi legitimada no país em 1992 e expedida em 6 de novembro de 1992, através do decreto 678. Os artigos 7.5 e 9.3 desse documento estabelece que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, e que “qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)” (TEIXEIRA, 2015).

A República Federativa do Brasil, em sua Carta Magna, determina a internalização das previsões normativas trazidas nos tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o país fosse signatário. A Constituição Federal de 1988, ao introduzir essa alteração, atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, isto é, de valor norma constitucional. Deve ocorrer a sua imediata inserção e cumprimento no sistema jurídico pátrio. Cabe esclarecer que a audiência de custódia possui a previsão na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário e encontra-se em seu artigo 7^a, item 5:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (CADH, 1969).

Além disso, as referências que apresentam a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) declaram que a audiência de custódia é primordial “para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física”, salientando se encontrar em risco “tanto a liberdade física

dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal". Isto posto, a CIDH determinou a Audiência de Custódia como âmbito habilitado para evitar prisões ilegais ou arbitrárias, em decorrência de sua imediatidade no controle judicial das mesmas, cabendo ao julgador "garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o cidadão da maneira coerente com a presunção de inocência" (TEIXEIRA, 2015).

Assim sendo, a audiência de custódia, a qual também conhecida é como audiência de apresentação, é o instrumento processual penal que tem o propósito de defender a liberdade pessoal e a dignidade do acusado, servindo a propósitos processuais, humanitários e de defesa de direitos fundamentais exclusivas ao devido processo legal (LIRA, 2015).

A CIDH também definiu que um simples comunicado da prisão ao juiz é insatisfatório, visto que "o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente", e que "o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade", constatando que "o contrário equivaleria a despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no art. 7.5 da Convenção" (TEIXEIRA, 2015).

Dessa forma, depreende-se que a suposição encontrada no artigo 306, caput e parágrafo único do Código de Processo Penal, onde se afirma que a simples comunicação ao juiz no período de 24 horas da circunstância da prisão, através do auto de flagrância a ele enviado, não satisfaz o requisito internacional de realização de audiência, sobrando a insuficiência do regramento jurídico interno. A diretriz contida no Código de Processo se trata somente de um controle de convencionalidade quando correlacionada com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos a que o Brasil se incorporou, principalmente a CADH, que na iminência da violação de seus princípios podem justificar a responsabilização do país diante da Corte IDH (TEIXEIRA, 2015).

O artigo 306 do Código do Processo Penal que determina apenas a instantânea comunicação ao juiz sobre o encarceramento de que alguém, bem como o envio do auto de prisão em flagrante para homologação ou relaxamento, não são

suficientes para desempenhar o nível de exigência convencional. Outro fundamento legal em relação a Audiência de Custódia é o PLS 554/2011, elaborado pelo senador Antônio Carlos Valadares, com a finalidade de efetivar ao que dispõem os Tratados Internacionais de Direitos Humanos sobre o contexto, pressupondo normativamente particularidades da Audiência de Custódia que os tratados não especificam, além de ser demanda social representada em resolução legislativa (TEIXEIRA, 2015).

Em sua redação original o PL 554/2011 destacava:

Art. 306. (...)§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Posteriormente, o Projeto de Lei referido recebeu emenda substitutiva, aprovada pela Comissão de Direitos Humanos (CDH) e Participação Legislativa, concedendo uma disposição quase integral sobre a audiência de custódia, sem oferecer margem para outras interpretações sobre a autoridade a quem o autuado deve ser dirigido (o juiz) ou a respeito do período em que a medida deve ser exequível (em até vinte e quatro horas da prisão), bem como realizar a audiência de custódia das garantias do contraditório e da ampla defesa quando pressupõe a obrigatoriedade da defesa na ação (LOPES JÚNIOR, 2012).

É essencial na apresentação do autuado à autoridade judiciária, se investigue se foram respeitados os direitos fundamentais do indivíduo detido, que deve ter o acompanhamento de seu advogado ou defensor público. É primordial que sejam seguidas as tomadas de decisões assecuratórias da confecção de provas após a constatação da suposta violação aos direitos fundamentais do cidadão, devendo a autoridade responsável, pela lavratura da peça flagrançial, providenciar a abertura de inquérito policial para averiguar o fato, solicitar perícia para que se produza uma prova sobre a integridade física do preso. Na nova redação foi reconhecida a possibilidade de apresentação do detido para a realização da audiência de custódia no Juízo de Direito local onde não existir Vara Federal estabelecida, a fim de tornar viável a referida audiência. Portanto, o Projeto Audiência de Custódia elaborado pelo CNJ não é algo novo ou que falte fundamentação jurídica, ele surgiu para auxiliar no

cumprimento de algo legalmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro (LOPES JÚNIOR, 2012).

5 A PRÁTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Apesar do pressuposto no art. 306 do Código de Processo Penal de que o juiz deverá ser informado rapidamente sobre a ocasião de uma prisão de qualquer indivíduo, com a consecutiva remessa do auto de prisão em flagrante no prazo de 24 horas, ainda assim seu texto legal encontra-se repleto de falhas a respeito do objetivo principal da audiência de custódia (TÓPOR; NUNES, 2015).

Assim, qualquer forma de justificativa que já tenha sido declinada pela Corte Internacional de Direitos Humanos, que é a responsável pela interpretação dos tratados internacionais, foi proferido que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”. Como o objetivo e o principal embasamento da audiência de custódia é a imediata apresentação do preso à autoridade judicial competente, salienta-se, de forma pessoal, que a simples notícia ao juiz de que houve uma prisão, não cumpre, a função da garantia imposta pelo procedimento. Com isso, podem ser encontradas distintas opiniões, exibições e ações contra a audiência de custódia, inclusive dos próprios juízes, que se fundamentam no fato da existência de diversos pontos negativos observados na ação, como os casos de sobrecarregamento desses juízes (TÓPOR; NUNES, 2015).

É fato a existência de ações discordantes a implementação do projeto da audiência de custódia, sendo que todas elas foram negadas pelo CNJ. Por outro lado, as instituições defensoras da realização do ato alegam a manutenção e efetivação, apoiadas nas grandes vantagens, dentre elas, o impedimento de prisões desnecessárias, a diminuição do encarceramento em massa no país, e a proteção de direitos e garantias básicos próprios do autuado, bem como o cumprimento aos direitos humanos (CORTE IDH, 2005).

Na audiência de custódia deve-se seguir os seguintes procedimentos:

1. Verificação da legalidade da prisão, ou seja, sua hipótese de flagrante.
2. Caso contrário, verifica-se o relaxamento da sentença;

2.1) No caso de relaxamento, o Ministério Público pode solicitar a prisão preventiva ou a realização de medidas cautelares;

3. Caso tenha ocorrido flagrante;

3.1) O Ministério Público pode requerer a prisão preventiva ou efetivação de cautelares ou amparar as razões da autoridade policial;

3.2) A defesa se expressa sobre as solicitações desenvolvidas pelo Ministério Público. Na ausência de solicitação pelo Ministério Público, o juiz não poderá decretar oficialmente, tendo em vista a falta de existência de um processo (CPP, art. 311, vale conferir a redação).

4. O magistrado determina a respeito das inúmeras medidas cautelares ou, sendo elas insuficientes e inadequadas, pela incomum decretação da prisão preventiva.

O procedimento da audiência de custódia seria, em teoria, de rápida execução e de efetivo combate as ilegalidades e arbitrariedades que possam ter sido cometidas no momento da prisão efetuada. Dessa forma, não se conjecturam pontos negativos que sejam capazes de destorcer o ordenamento jurídico em seu amplo sentido, sendo que somente irá se adequar o que já existe com aquilo constatado nos textos internacionais de direitos humanos. É necessário um tempo efetivo para de modelar o sistema e aprimorá-lo. Hoje, a maior preocupação é com pessoal responsável para efetivar o procedimento, bem como os materiais necessários para que tudo seja realizado conforme objetivado (TÓPOR; NUNES, 2015).

6 REALIDADE CARCERÁRIA BRASILEIRA

Henriques (2017) explana que sobre lógica punitivista brasileira que gera uma intensa disfunção na instituição da prisão provisória, tendo em vista a alta quantidade de presos preventivos encontrada que, inclusive, excede a dos apenados, contestando a utópica ideia de ressocialização pertinente ao direito penal pátrio, uma vez que expõe indivíduos conjecturados inocentes à agressões, doenças e aos presídios superlotados. Nesse contexto, dentro de um país cuja deterioração dos ambientes carcerários e o baixo investimento em ações sociais enfraquecem o desenvolvimento socioeconômico, mostra-se indispensável e absolutamente necessária a aplicação da audiência de custódia, a fim de verificar a legalidade e a real necessidade do encarceramento.

O Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, perdendo apenas dos EUA, da China e Rússia, sendo tal população encarcerada constituída, em sua maioria, por pessoas negras, jovens, pobres e com baixa escolaridade que respondem por crimes contra o patrimônio (roubos e furtos) e pela lei de drogas (porte ou tráfico) (SOUZA; SOUZA JÚNIOR, 2019).

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) o déficit de vagas nas unidades prisionais é de 250.318 mil o que demonstra a hiperlotação do sistema penitenciário brasileiro, como também um aumento populacional carcerário de 167,32% nos últimos anos. O Brasil tem uma taxa de superlotação carcerária de 166%, ou seja, são 729.949 presos, sendo que existem vagas em presídios para 437.912 pessoas. A superlotação é agravada em decorrência do excessivo número de presos provisórios, cerca de 40% (quarenta por cento) do total de internos, enquanto a média mundial encontra-se por volta de 25%, ou seja, no Brasil há presos provisórios em percentual muito superior àquilo que seria o razoável (SOUZA; SOUZA JÚNIOR, 2019).

Em 2018, a situação mais crítica foi observada na região Norte, onde a superlotação atingiu a taxa de 200%. A região com a menor taxa foi a Sul, com 130%. O levantamento também demonstrou o cenário da integridade física dos presos, onde 1.424 presos foram mortos em presídios em 2018. São Paulo representou um terço desses dados com 495 mortes. As fugas foram 23.518 ao todos em 2018, e o pior índice foi observado no Sul, com 7,85% dos presos fugitivos (SOUZA; SOUZA JÚNIOR, 2019).

A superlotação também é agravada pela grande quantidade de presos que possuem direito a algum benefício legal, como nos casos de livramento de condicional e a progressão de regime diante da ausência de profissionais habilitados a realizarem a sua defesa, isso sem contar com aqueles que já cumpriram sua pena e não conseguem o alvará de soltura. A Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/1984 firma em seu Artigo 84 que o preso provisório deverá ficar recluso de forma separada do preso condenado. A audiência de custódia representa um provável instrumento no controle da intensa e aumentada população carcerária, com o intuito de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias. A audiência de custódia é o início de uma reestruturação do sistema prisional, que pretende minimizar a superlotação dos presídios com a redução das prisões desnecessárias e ilegais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Tem-se com a audiência de custódia uma mudança de pensamento e conduta, para alcançar os objetivos da política criminal, a diminuição do encarceramento, resguardando-a para os casos de ineficiência, poder ser capaz de ser executada no direito penal do Brasil a efetividade do contraditório e a dialética, junto da resolução 213 do CNJ para fundamentar melhor o judiciária e permitir um discernimento real da conduta do agente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante reconhecer e retratar a ineficácia das penas privativas de liberdade e a inabilidade da sociedade em relação aos meios qualificados para transformação dos criminosos em não-criminosos. Para isso, seria fundamental a realização de uma reforma nas raízes do problema, na própria organização social que abrange, bem como a melhoria na distribuição de riquezas, aumento do nível educacional da população, maior assistência à infância, entre outros, o que poderia gerar uma modificação sócio-política-econômica do país.

Observou-se que a supressão da liberdade de um indivíduo sem o devido prestígio ao contraditório pode ser considerado um dos mais graves atentados aos direitos humanos. O presente artigo debateu sobre o instituto jurídico da Audiência de Custódia em sua natureza. Com isso, foram observadas constatações e críticas as suas dificuldades de implementação, no intuito de identificar resoluções futuras para que a apresentação pessoal do custodiado ao magistrado no prazo máximo de 24 horas possa ser implementada como um direito efetivo a todos os brasileiros.

A audiência de custódia desponta como uma estratégia de desencarceramento, indo de encontro com as limitações ao contraditório exigidas pelo art. 306, CPP, onde uma folha de papel impede que juiz tenha real conhecimento da situação do investigado preso, que ele tenha contato direito com o caso que irá julgar e que ele justifique publicamente sua decisão. No entanto, como foi pesquisado, a audiência de custódia só terá propósito se acompanhada de medidas que garantam sua gestão e funcionamento adequados, como a garantia de defesa ao investigado através da consolidação das defensorias públicas, do monitoramento regular do cumprimento de medidas cautelares alternativas, da mudança do discurso que dá preferência à prisão, quando esta não resolve os problemas.

É claro que o problema enfrentado pelo sistema prisional não será eliminado somente com a audiência de custódia, sendo necessário a aplicação de medidas complementares para que os resultados comprovem que as finalidades esperadas com essa medida estão sendo alcançadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Audiência de custódia**. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. 2016 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. p. 13. Acesso em 24 dez. 2019.

CORTE IDH. **Caso Acosta Calderón Vs. Equador**. Sentença proferida em 24 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulados/seriec_129_esp.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

DRIGO, C. M. **A ineficácia da aplicação das penas privativas de liberdade no Brasil**. 2017. 66f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017.

GRECO, R. **Curso de direito penal: parte geral**. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HENRIQUES, F. M. **O direito à audiência de custódia na sociedade punitivista brasileira e seus reflexos no sistema penitenciário do Estado do Rio de Janeiro**. 2017. 55f, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

LIRA, Y. T. F. **Audiência de custódia e a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil**. Disponível em: <<http://ojs.oabpb.org.br/index.php/lexmax/article/view/37>> Acesso em: 13 abr. 2020.

LOPES JÚNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

RAPOSO, G. T. A. **Audiência de custódia: a humanização do processo penal através do olhar do juiz**. 2016. 125f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

RODRIGUES, P. D. **Pena de morte**. Contagem: Del Rey, 1996.

SOUZA, M. F.; SOUZA JÚNIOR, F. V. **Entendendo o básico para opinar sobre a crise no sistema penitenciário brasileiro**. Maio 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/05/30/entendendo-o-basico-para-opinar-sobre-a-crise-no-sistema-penitenciario-brasileiro/>>. Acesso em: 01 dez. 2019.

TEIXEIRA, L. S. **Audiência de custódia: eficaz para a redução da banalização das prisões cautelares?** 2015. 54f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

TÓPOR, K. A. M.; NUNES, A. R. **Audiência de custódia: controle jurisdicional da prisão em flagrante**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MANIPULAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS E JURÍDICAS

LUCCAS AUGUSTO BARBOSA DIAS:

Bacharelado no IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

RESUMO: O presente artigo científico versa sobre as ciências biomédicas em confronto com o Direito, demonstrando-se o complexo ônus do equipamento jurídico prático se mostra desatualizado e despreparado para equacionar em plenitude eventuais complicações decorrentes da carência de textos legais que tratem sobre a genética humana. Quando pensamos no direito em relação à saúde, temos que considerar a judicialização desta. Assim, com o presente, objetiva-se encorajar meios para previsão e precaução ante o surgimento de consequências prejudiciais que a prática deliberada de manipulação do DNA humano pode, irreversivelmente, trazer. Resta assim, evidente, o papel das Ciências jurídicas em estruturar, prevenir e reverter tais possibilidades de modo a contribuir para a segurança jurídica na saúde e todos os demais direitos a todos nós. Certo é, que o fato sempre vai anteceder a norma, dificilmente, senão impossível, uma norma irá prever e anteceder na plenitude das possibilidades, um fato futuro. Sendo essa uma regra geral, tanto para o direito, até mesmo medicina e etc. Diante do avanço da biotecnologia e da biomedicina, nos vemos diante de práticas avançadas de intervenções de natureza biológica e genética, que constituem patrimônio coletivo da humanidade, que devem ser tuteladas e regulamentadas para que não ocorra equivocadamente consequências prejudiciais e irreversíveis, de ordem jurídica, social e ontológica na sociedade contemporânea. O método de pesquisa usado no referente artigo foi utilizando-se de bibliografias, artigos científicos e outros documentos de especialistas da área.

PALAVRAS CHAVE: *Bioética. Interdisciplinaridade. Biodireito. Justiça social. Direitos humanos.*

RESUMEN: Este artículo científico trata de las ciencias biomédicas en confrontación con la Ley, demostrar la carga compleja de los equipos jurídicos prácticos está desactualizado y no está preparado para abordar en su plenitud las complicaciones derivadas de la falta de textos legales relacionados con la genética humana. Cuando pensamos en el derecho en relación con la salud, tenemos que considerar la judicialización de esto. Por lo tanto, con el presente, el objetivo es fomentar medios para la predicción y la precaución frente a las consecuencias dañinas que la práctica deliberada de manipular el ADN humano puede traer irreversiblemente. Sigue siendo, por supuesto, el papel de las ciencias jurídicas en la estructuración,

prevención e inversión de tales posibilidades para contribuir a la seguridad jurídica en la salud y todos los demás derechos para todos nosotros. Es cierto que el hecho siempre precederá a la norma, apenas si no imposible, una norma predecirá y precederá a la plenitud de posibilidades, un hecho futuro. Siendo una regla general, tanto para la ley, incluso la medicina y etc. Ante el avance de la biotecnología y la biomedicina, nos enfrentamos a prácticas avanzadas de intervenciones biológicas y genéticas, que constituyen el patrimonio colectivo de la humanidad, qué deben ser protegidas y reguladas para que no ocurran consecuencias legales perjudiciales e irreversibles. Cuestiones ambiental, legal, sociales y ontológicas en la sociedad contemporánea. El método de investigación en este artículo fue utilizando bibliografías, científico y otros documentos de expertos en el campo.

PALABRAS CLAVE: *Bioética. Interdisciplinariedad. Bioderecho. Justicia social. Derechos humanos.*

1 INTRODUÇÃO

Práticas de natureza eugênica já eram utilizadas desde a Grécia antiga nos moldes da polis espartana, remontando a busca pelo aprimoramento físico dos soldados do exército desde os primórdios. Onde, os anciões instrumentavam através da seleção de crianças consideradas perfeitas, o melhoramento do patrimônio genético de seus cidadãos. Descartando assim, os considerados portadores de qualquer tipo de deficiência, deformidade ou imperfeição seguindo um rigoroso critério utilitarista para combate (SNELL, 2012).

Em meados do século XVIII, uma norma universal trazia embutido uma nova visão ontológica aplicada à ciência que em contato com o mundo financeiro e empresarial implanta na sociedade e na cultura por meio das instituições políticas, diretrizes que contribuíram para a destruição do real conceito ontológico de ser do ser humano (PIETRO 2002).

Assim, é retirado o ser do ser humano, e no lugar é implantado o sujeito e a razão. Arrancando, o homem da sua realidade apofática, divina e lançando-o no mundo material. E com isso, a consequente destruição de ser do ser humano, tornando-o mais materialista e trazendo decadência à pureza humana (PIETRO 2002).

Contudo, a teoria eugênica surgiu e se institucionalizou no século XIX, apesar de a eugenia ser muito atrelada a Hitler, o termo eugenia foi criado em 1883, pelo inglês antropólogo chamado Francis Galton, primo de Charles Darwin, fascinado pela genialidade, herança biológica e pela teoria da seleção natural capaz de aprimorar a

genética humana, ou seja, de que utilizando-se de cruzamentos seletivos, obter as rédeas da evolução humana (CRUZ, 2012).

No final do século XIX e início do século XX, nos Estado Unidos, 30 (trinta) estados adotaram leis que buscavam a ideia de reprodução seletiva. E previam, a esterilização de pessoas acometidas de epilepsia, retardos mentais, tendências criminais ou consideradas indignas, para que não se reproduzissem (CRUZ, 2012).

No ano de 1927, foi proferida uma decisão histórica sobre a constitucionalidade de se esterilizar uma pessoa por eugenia. Carie Buck era uma mulher, de Virgínia, e vivia como interna em uma colônia estatal para epiléticos e débeis mentais. O superintendente dessa Colônia era Jhon Bell, que acreditava que ela e sua família não deveriam se reproduzir.

O caso chegou à suprema Corte americana e os juízes acreditaram que, tanto a Carie Buck como a mãe dela eram "débeis mentais" e "delinquentes moral" (CRUZ, 2012).

Então emitiram uma decisão com 8 votos a favor da esterilização, contra apenas um voto que não foi a favor. Um dos votos, em específico chamou mais atenção.[1]

O juiz Oliver Wendell Holmes Jr., acrescentou uma declaração que acabou ficando famosa: "**Três gerações de imbecis são suficientes**" (JUSTIA, 2019).

Portanto, presume-se que tal prática respaldada na jurisprudência era permitida, ou seja, o expresse entendimento de que qualquer pessoa que viesse a ser considerada como um obstáculo à sociedade pudesse ser esterilizada.

Dados da época apontam que cerca de 60 a 70 mil pessoas foram esterilizadas. Não sendo um fato isolado, mas que repercutiu à época na sociedade científica de todo o mundo (CRUZ, 2012).

Chegando-se após, ao ponto, em que a teoria eugenista foi tão aceita na busca da pureza racial que, certo ex-líder partidário alemão, também desejou a criação de uma raça superior, a Ariana. E sabe-se que o seu intento era ser clonado junto com a sua raça, para tanto recorreu à busca de tecnologias. O que culminou no holocausto alemão.

Há quem diga que isso jamais ocorreria novamente, mas há quem tenha medo dessa, terrível ideia voltar à tona. O que evidencia tamanha importância de preventivamente tutelar esse assunto com muita precaução.

2. FUNDAMENTAÇÃO PRÁTICA

2.1 Clonagem de ovelha

Por muito tempo, a clonagem se restringia à época apenas a plantas e protozoários. Muitos sequer acreditavam na possibilidade de clonagem em mamíferos, porém no ano de 1996 um feito chocou muitas pessoas do mundo da genética.

O Doutor Escocês Sir Ian Wilmut, do Instituto Roslin de Edimburgo, havia acabado de realizar o impossível. Era criada a ovelha Dolly, o primeiro mamífero clonado a partir de uma célula somática. Depois dela outros mamíferos também foram clonados (PEREIRA, 2015).

2.2 Clonagem de primatas

Em 2018, pela primeira vez cientistas na China clonaram dois macacos chamados Zhong Zhong e Hua Hua, através da mesma técnica utilizada com a ovelha.

Esse método também já tinha sido aplicado à outros animais, como cães e ratos, mas estes são os primeiros primatas clonados a partir da transferência nuclear das células somáticas. Sendo um grande passo no caminho para sua utilização em seres humanos (PEREIRA, 2015).

2.3 Manipulações genéticas em humanos

No final do ano de 2018, surgiu a notícia de um Congresso que ocorreu em Hong Kong, o caso do cientista geneticista chinês He Jiankui[2] ganhou repercussão após obter êxito em modificar geneticamente os embriões de três bebês.

Para entender a técnica, imagine uma espiral dentro de nossas células formada por compostos orgânicos, como se fossem "pecinhas" que encaixadas uma, nas outras, formam o código que chamamos de DNA. Este código genético define nossas características e o que nós vamos passar para nossos filhos. Enfim, animais, plantas, todos os seres têm o seu próprio DNA.

Sendo a técnica de extrema precisão. É possível mudar uma única letra entre centenas de milhares de códigos. E mutações de uma única letra podem causar mudanças bruscas por exemplo (DOUDNA; CHARPENTIER, 2014).

As aplicações são infinitas. Com isso, podem editar o DNA de plantas, animais e até seres humanos. Um biólogo brasileiro da UNESP, que dentre outros cientistas

não está sozinho, utiliza o CRISPR para alterar carrapatos, mosquitos como Aedes Aegypt e anopheles, no futuro produzir insetos resistentes à vírus como o da Zika, malária, dengue, bem como da febre maculosa.

Um estudo recente que usou o CRISPR contra a AIDS mostrou que é possível reduzir o material genético viral dentro das células brancas do sangue. Com isso, teria nascido 2 (duas) meninas gêmeas, fruto dessa modificação após as experiências. E ainda, há um menino em gestação, portanto o DNA deles foi modificado para que eles sejam naturalmente resistentes ao vírus HIV e outros, já que seus pais eram soropositivos.

A técnica conhecida como tesoura dos genes, traz a possibilidade de editar e escolher a cor e tipo do cabelo do bebê, dos olhos, da pele e que sejam sempre saudáveis. O CRISPR abre espaço para criação de humanos transgênicos com potencial de auto cura ampliada. Essa auto regeneração ampliada poderia solucionar a questão internacional do comércio ilegal de órgãos (DOUDNA; CHARPENTIER, 2014).

É também capaz de acabar com tumores dos mais variados, assim como, problemas genéticos como epilepsia, glaucoma, diabetes, parkinson, dores crônicas, esclerose múltipla, autismo e a Síndrome de Down, dentre outras (NAMBA, 2009).

Uma equipe Chinesa já começou a testar as técnicas em pessoas com câncer no pulmão, modificando seu sistema imunológico. Há também, um caso, marco bem positivista para o avanço, de uma menina que foi salva da leucemia ao tirarem seu sangue, editá-lo, e colocá-lo de volta por um precursor do CRISPR.

A citada técnica, aparentemente, seria mais acessível, economicamente falando, em face das outras técnicas que já existiam para modificação genética. O que poderia facilitar o acesso de algumas pessoas da população para este tipo de procedimento (DOUDNA; CHARPENTIER, 2014).

2.4 Quimera humana

Em meados de 2019, cientistas espanhóis reproduziram, na China, um ser que é a mistura do genes humanos com o genes de macacos, visando o transplante de órgãos. Bem sucedido, o experimento só foi interrompido por vontade dos cientistas, que assim o fizeram, com a validade vital limitada para até o 14º dia (MUNHOZ; MAIA, 2019).

Suponhamos, que semelhantemente ao bebê de proveta, tal técnica criasse tamanha repercussão em nossa realidade. Sem dúvidas, daqui algum tempo ela se tornaria comum.

Devemos nos preocupar com a questão da consciência que esse ser possivelmente terá? Qual das consciências (humana ou animal) predominaria nesta personalidade e tendo isso em vista, qual a possibilidade aceitável de se extrair órgãos? Qual seria o critério determinante para essa diferenciação?

Esse ser teria personalidade jurídica plena para reger sozinho os atos de sua vida civil ou ficaria restringido aos direitos dos animais? Se, possuidor de capacidade jurídica, teria a faculdade de ter seus órgãos transplantados? Analisando superficialmente, em tese, não seria possível obter tal diferenciação do que ocorre no subjetivo deste ser e dos subsequentes.

A quem esse tipo de recurso seria acessível em nossa realidade extremamente capitalista? Isso poderia se tornar um novo mercado clandestino (biohackers)? São indagações ainda sem respostas atualmente para cientistas, filósofos e autoridades que acompanham o avanço da biotecnologia e a diversidade humana em experimentos manipulado pelo homem, não existindo respostas suficientemente concretas.

Seria viável essa estreia, em detrimento da inovação da impressora de órgãos em 3D, ao invés de gerar um ser criado para isso? Essa discussão é pertinente, ante a chance de se imprimir um órgão específico, sem a necessidade de sacrificar um organismo vivo para tanto (MUNHOZ; MAIA, 2019).

Atinente a este panorama explanou DARWIN (1826) que não seria o mais forte que sobrevive, nem o mais inteligente, mas o que melhor se adapta às mudanças (NAMBA, 2009).

3 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Em recente convenção da ONU sobre a **moratória** no propulsor genético. Target Malaria recebeu permissão do governo de Burkina Faso para conduzir o primeiro teste com mosquitos alterados geneticamente em 2019.

Nova Zelândia bateu recordes de calor em 2018, levando a uma maior população de roedores, por isso o governo atual deteve o financiamento dessa tecnologia em prol de outros métodos para resolver a questão do desequilíbrio ambiental até 2050.

No Brasil o então saudoso embaixador Antônio Augusto de Lima, bem como o ex ministro das relações exteriores, o ministro Figueiredo, tiveram papéis decisivos em alguns artigos, onde pautava-se que a saúde não era um bem a ser adquirido e sim um direito fundamentalmente humano, gerando grande contrariedade face aos países do hemisfério norte. Assim, a bioética latino americana se consagrou anti hegemônica (GARRAFA, 2003).

Um dos percussores da bioética aqui no Brasil publicou o projeto chamado "mercado humano: o estudo bioético da compra e venda de partes do corpo", publicado pela UNB conjuntamente com Giovani Beringheli um italiano, umas das maiores autoridades da saúde pública e patrono da reforma sanitária brasileira (GARRAFA, 2003).

Com isso, o estudo dessa matéria evoluiu, e adquiriu conceitos e classificações doutrinárias, como por exemplo, a diferenciação dos métodos eugênicos, que se distinguem como eugenia negativa e eugenia positiva (SUBTIL; 2016).

Com essas duas atitudes na eugenia é possível influenciar no papel do próprio direito em relação à espécie humana. Isso desvela também, a problemática da relação entre o direito e a ética, no sentido de que o direito poderia servir como um instrumento de contra eugenia, quando detectada essa vontade do ser humano de instrumentalizar a própria espécie, através de uma eugenia positiva, no sentido de alterar a própria genética humana, na intenção de atingir a perfeição (SUBTIL; 2016).

Novos estudos jurídicos foram realizados, trazendo descobertas fundamentais na atuação das ciências biomédicas que são hoje examinadas ao lado dos Direitos Fundamentais devido ao furor da repercussão causada por este tema que paraleliza o vital equilíbrio entre a vida humana, a ética e os direitos dos cidadãos (CARDIA, 2000).

Para tanto que as gerações dos Direitos Fundamentais. A busca é o equilíbrio: as normas não podem impedir o progresso científico, e este, não pode passar por cima dos direitos que foram conquistados (CARDIA, 2000).

3.1 Dos princípios de direitos fundamentais envolvidos:

Basicamente, os instrumentos de proteção do indivíduo em face da atuação do Estado. É o mínimo necessário para que o indivíduo tenha uma vida digna. Os direitos fundamentais estão previstos em nossa carta magna, tratados internacionais, acordos, princípios, dentre outros (JUNIOR, 2017);

A título, temos o artigo constitucional que ressalta em seu art. 225, §1º, II e §4º que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

§4º. A floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Dos princípios, estes são divididos pela doutrina em gerações, com base em momentos e conquistas históricas. Assim, as dimensões são indivisíveis e preceituadas por lemas revolucionários surgidos no século XVIII, da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. E com fulcro nesse desenvolvimento é possível acomodar a cada uma das dimensões dos direitos que classificam-se em:

·**1º GERAÇÃO:** Chamados de liberdades negativas, que é entendida como a não interferência do estado sobre as ações do indivíduo e relaciona-se diretamente com o direito à liberdade. Ex.: direito a propriedade e direito a vida (JUNIOR, 2017);

·**2º GERAÇÃO:** Surge aqui os direitos sociais, culturais, econômicos e trabalhistas. Também chamados de liberdades positivas porque geram ao Estado o dever de fazer ou agir. E tem relação direta ao direito de igualdade. Ex.: direito à justiça social, à equidade na educação e na saúde (JUNIOR, 2017);

·**3º GERAÇÃO:** Já aqui, a preocupação não é mais com o indivíduo. Mas sim, com a coletividade. Ou seja, são transindividuais, vão além do interesse do indivíduo. São os direitos difusos e coletivos. Com essa geração nascem os direitos de fraternidade e solidariedade. Ex.: O direito de proteção ao meio ambiente, à proteção das gerações futuras atinente à biosfera, à biodiversidade genética, à comunicação, à autodeterminação entre os povos, dentre outros (JUNIOR, 2017);

·**4º GERAÇÃO:** Surge a quarta geração de Direitos Fundamentais, de acordo com BOBBIO (2004), esta dimensão decorre principalmente das criações no campo da engenharia genética e do direito à liberdade científica que consiste no direito a não professar qualquer verdade científica ou a não professar nenhuma, mas essencialmente no direito a não sofrer empecilhos no processo da investigação científica (JUNIOR, 2017);

·**5º GERAÇÃO:** Esta geração preconiza o direito à paz, à proteção estatal e ao convívio em uma sociedade pacífica (JUNIOR, 2017);

·**6º GERAÇÃO:** Evidencia-se os direitos ligados a água potável, à igualdade de sexos, à biotecnologia, biomedicina, biodireito, dentre outros (JUNIOR, 2017).

3.2 Do Patrimônio genético nacional

A lei nº 13.123/2015 (Lei do Patrimônio genético) junto ao Decreto nº 8.772/2016, constituem o novo marco legal da biodiversidade, que autoriza independentemente de licenças prévias as pesquisas com patrimônio genético, assim como fabricação de produtos usando de biodiversidade brasileira, bastando apenas seja feito um cadastro eletrônico.

Para então serem realizadas pesquisas de desenvolvimento tecnológico realizado sobre amostra ou informações de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas, incluindo espécies de outra natureza e substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos, que estarão nos termos fixados, sob a gestão, controle e fiscalização da União (art. 2º, §único).

Proibindo expressamente em seu art. 4º que tais direitos e obrigações relativas a esta Lei se apliquem ao **patrimônio genético HUMANO**.

Vedando ainda o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado para práticas nocivas ao meio ambiente, à reprodução cultural, e à saúde humana e para o desenvolvimento de armas biológicas e químicas.

A legislação contempla, regula e protege os interesses de nativos e comunidades locais, bem como confere segurança jurídica à interesses de empresas que pretendam explorar produto resultante do acesso às biotecnologias do patrimônio genético nacional e do conhecimento tradicional associado.

3.3 Pesquisas científicas em humanos

A proteção dos participantes de experimentos com seres humanos, é feita pelo sistema CEP/CONEP, integrado pela Comissão Federal de Ética em pesquisa do

Conselho Nacional de Saúde e pelos Comitês de ética em pesquisa, dois órgãos que cooperam de forma coordenada e descentralizada por meio de um processo de acreditação (MUNHOZ; MAIA, 2017).

Atualmente, a Resolução que norteia as pesquisas com seres humanos é a 466/2012 e também a conjuntamente com a Resolução 510/2016 do Conselho Nacional de saúde, que estabelecem diretrizes bases para as pesquisas das ciências humanas e sociais, e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, apoiadas na resolução 196/1996 que determinará como irá funcionar a Comissão de ética em pesquisa que é a CONEP (SAÚDE, 2012; 2016).

A princípio, a resolução de 2012 estabelece que estão incorporados à resolução, os princípios da teoria da bioética princípalista, como autonomia; não maleficência; beneficência; justiça; equidade; dentre outros (SAÚDE, 2012).

Essa resolução é pertinente, pois demonstra que os órgãos de controle e fiscalização da medicina, já estão se debruçando e estudando, de forma a buscar o bom andamento desse processo evolutivo (MUNHOZ; MAIA, 2017).

3.4 Manipulação de genes

Para manipulação genética, a resolução 2168 do Conselho Federal de medicina publicada em 2017, determina que não pode ser feita reprodução assistida para escolha das características fenotípicas, como o sexo do bebê, a cor do cabelo, a cor dos olhos e etc. (MEDICINA, 2017).

Por serem antiético e ilegais, é vedado esse tipo de manipulação. Somente sendo permitida a manipulação, para, por exemplo, se extirpar uma doença da família, conforme a resolução do Conselho Federal de medicina (MEDICINA, 2017).

Isso para viabilizar que a reprodução seletiva ocorra de forma natural, para que assim a evolução da espécie ocorra naturalmente e não crie um cenário antiquado (MUNHOZ; MAIA, 2017).

3.5 Doação de embriões

No Brasil, não temos uma lei específica que trate da doação de embriões, somente há uma norma administrativa que é a Resolução 2121/2015, ela fala especificamente sobre a reprodução assistida e viabiliza a doação de gametas e embriões, porém vedando a comercialização, em outras palavras, a saúde não pode ser mercantilizada. Dos artigos 5º e 15 da Lei de Biossegurança publicada em 2005, extrai-se mesmo entendimento (LEI Nº 11.105/2005):

Art.5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

§3º, é vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no artigo 15 da lei nº 9.434/1997.

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.

Pena: reclusão, de 3 a 8 anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

§ único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

4 PROBLEMAS

4.1 Convicções religiosas

Com tal intervenção humana, dilemas morais, éticos e religiosos, passaram a ser discutidos. Muitos condenam, como por exemplo, alguns religiosos que consideram como uma ação de brincar de Deus e contrária aos aspectos éticos que nos regem.

Desde os primórdios, a criação de uma pessoa vem sendo tradicionalmente feita através da união de um homem e uma mulher, e ambos geram um filho. Isso tem sido assim desde quando começamos a ouvir e falar sobre o assunto e nunca tivemos relato de um processo diferente desse, da qual desconsidera-se qualquer intervenção Divina. E quando o homem julga e sente ser Deus ele desestabiliza e prejudica a si próprio (VOGT, 2001).

O Fundador do projeto Genome Evolution, o doutor Youseff Eduardo afirma, que não estaríamos criando vida, mas apenas, a melhorando. E como defensor da fé no Criador e Salvador, sou defensor da vida e de tudo que é feito para seu benefício (VOGT, 2001).

O filósofo materialista francês SPONVILLE (1999), disse que a humanidade é recebida antes de ser criada ou criadora. Ela é natural antes de ser cultural. É-se homem por ser filho do homem. Ser filho de um homem e uma mulher faz do ser humano uma experiência única, irrepitível. Manipular isso seria acabar com essa

singularidade. Estaríamos diante da nova era na Medicina, próximos, quem sabe, de descobrir o segredo da imortalidade.

4.2 Dignidade

Conforme o filósofo alemão KANT (2001), o homem é um fim em si mesmo e não um meio. Essa intervenção transformaria o homem em um meio, um produto. E a medida que fazemos isso retiramos dele toda sua dignidade. Ainda mais quando fazemos dele um meio doador de órgãos.

Esta seria a razão para as ações tendenciosas do ser humano, já que o conceito ontológico e filosófico de ser do ser humano veio sendo desconstruído gradativamente através da fragilização das relações humanas no tempo, prejudicando assim, a transmissão de valores que realmente importam (PIETRO 2002).

Com isso, a ideia de se criar uma nova biotipologia para a humanidade, dentro de um novo mundo racial foi facilmente concebida como um dos principais tópicos dos movimentos revolucionários, destruindo assim o conceito ontológico de ser humano (PIETRO 2002).

Diante deste panorama iminente e gravíssimo, necessário se faz frisar que não podemos confundir os meios os quais toda essa proposta de ontologia foi sendo implantada, com os fins. Preceito este constitucionalmente tutelado, conforme dispositivo legal abaixo (CF/88 BRASIL, 2019):

Art. 1º da CF: 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;

4.3 Perfeccionismo

Isso desvela a problemática da relação entre direito e ética, no sentido de que o direito poderia servir como um instrumento de contra eugenia, quando detectada essa vontade do ser humano de instrumentalizar a própria espécie, através de uma eugenia positiva, a fim de alterar a própria genética humana, na intenção de atingir a perfeição (ROCHA, 2019).

Essa brusca mudança irreversível advém da proposta da criação de um novo biótipo humano em laboratório, sob o controle estrito e restrito de empresas

multinacionais autorizadas pelo ordenamento normativo jurídico internacional que foi sendo implantada pelos governos e autoridades locais e tudo isso em nome da declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos adotada pela conferência geral da UNESCO na sua 29ª sessão (UNESCO, 2006).

No mesmo sentido desse descaso coletivo, existe uma vasta literatura, iconografias e filmes posicionados inequivocamente frente a direção da construção de um novo tipo de ser humano, porém limitados a tratar do assunto sob o selo de ficção, como se fosse teoria da conspiração, mesmo tendo ciência de que este processo já está em andamento, portanto é de se presumir a já existência de uma nova raça humanoide dentro do planeta. Pretensão essa que quase passou despercebida. (ROCHA, 2019).

O que está em pauta é a criação de um novo tipo de ser humano que não é um ser humano, e sim um tipo humanoide criado em laboratório, bem como pelo pesar de que esse novo tipo de ser humano se tornará uma patente, modelo de uma multinacional.

Assim, estamos falando de uma humanidade robótica, construída em cima do DNA humano, que será um produto de laboratório, onde uma empresa internacional será dona desse produto perfeito, um robô, baseado no código genético humano (ROCHA, 2019).

4.4 Ganância

Por exemplo, imagine que alguém desejasse viver para sempre, através da clonagem de si próprio, de forma que quando viesse a morrer, direcionasse esse clone a dar continuidade no seu trabalho (NAMBA, 2009).

Existem também, outras teorias muito mais sombrias. Imagine a possibilidade de uma pessoa muito rica ou com muito poder clonar a si mesma. Essa pessoa poderia manter esse clone, uma cobaia, congelado de forma a utilizá-lo simplesmente como uma fonte doadora de órgãos. Ou até mesmo, desenvolver super-homens, super-soldados ou pessoas super-intelectuais (NAMBA, 2009).

Podemos facilmente deduzir também que a clonagem poderá ser alvo do mercado ilegal, clínicas clandestinas e de pessoas corruptas (NAMBA, 2009).

Muitos poderiam perverter os interesses da comunidade científica almejando dinheiro para fins um tanto quanto macabros e sabemos que quando estamos à falar de ganância, ela não tem freios.

Em outubro de 2019, foi encontrado, 39 pessoas mortas em um caminhão frigorífico perto de Londres, eram cidadãos chineses, conforme as autoridades britânicas (PRESSE, 2019).

A tragédia faz recordar um incidente parecido ocorrido em junho de 2000, quando 58 pessoas em situação irregular foram encontradas mortas, asfixiados, em um caminhão no porto de Dover (sul da Inglaterra), (PRESSE, 2019).

Uma grande investigação feita pela força policial britânica está em andamento para determinar as circunstâncias que levaram a essas mortes. Portanto, resta evidente e presumível até onde o ser humano pode chegar para conseguir alcançar seus interesses próprios (PRESSE, 2019).

Parece ficção ou um futuro distópico, mas mesmo assim, sabemos muito bem do lado obscuro que a ganância por dinheiro aflora nas pessoas. Tendo em vista, que as pesquisas científicas nem sempre são pautadas pela ética e moral, como já vivenciado historicamente.

4.5 Corrupção

Devemos ter muito cuidado, porque os riscos dessa intervenção humana são enormes, como por exemplo, nas mãos de quem esta técnica poderia cair, **como já ocorrido na história**. Imagine um novo e modernizado modelo Hitler surgindo? Pensem nos riscos que isso poderia trazer.

A corrupção foi um fato que sempre existiu e sempre irá existir. Sabemos que existem pessoas ruins em todo lugar e em todo momento. Não surpreenderia, se, empresas clandestinas fossem abertas e utilizassem clones para o tráfico de órgãos. Ou até mesmo, utilizassem esses clones como cobaias para experimentos científicos. Isso transformaria pessoas em verdadeiros ratos de laboratório.

4.6 Imprevisibilidade

Existem sérios riscos imprevisíveis de que esse processo eugênico venha a comprometer algo muito importante na natureza, a variabilidade genética. Bem como, também a possibilidade de surgirem implicações biológicas irreversíveis que a manipulação genética poderia acarretar.

Em tese, tem poder tanto para criar, quanto para destruir. À título de exemplo, seria, caso a edição genética resultasse uma criança saudável, mas por outro lado, poderia resultar uma criança cheia de anomalias, lesões, tumores e inclusive com envelhecimento precoce (PEREIRA, 2015).

Um exemplo verídico seria a própria ovelha Dolly, que acabou sofrendo um processo de envelhecimento precoce e morrendo poucos anos depois da sua clonagem (PEREIRA, 2015).

Por isso, os pesquisadores ainda têm um longo caminho a percorrer, diante dessa imprevisibilidade que devem buscar contorná-la.

4.7 Dilema jurídico

Esta revolução dos genes, implica em verdadeiros impasses para o Direito colocando em pauta discussões acerca de relações de trabalho, previdenciárias, sociais, contratuais; documentos de identificação de pessoas naturais; exercício de direitos personalíssimos, autorais, sucessórios, do consumidor; responsabilidade civil e penal; transferências de tecnologia genética; reprodução assistida pós morte; relações interpessoais entre os indivíduos desse novo tipo de sociedade; direito dos animais (extração de órgãos), dentre outras hipóteses (DINIZ, 2017).

4.8 Omissão jurídica

Consoante dizeres de VOGT (2001), tudo o que o homem pode fazer ele o fará, mesmo que a custo de muitas vidas e arrependimento tardio, como foi o caso para os autores da bomba atômica. Existem documentos internacionais, que proíbem intervenções genéticas em seres humanos, como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO de 1997; a Constituição Europeia de 2004; e a Declaração das Nações Unidas, **porém, até o presente ano, não existe norma ou lei nacional, regulamentando o processo de clonagem em seres humanos**, deixando inércia, com essa lacuna, a brecha perfeita para o surgimento da exploração ilegal por laboratórios clandestinos por exemplo (UNESCO, 2006).

Pois, conforme Eduardo Oliveira Leite (1997) prediz em seu livro Bioética ao Biodireito: o homem não pode viver sem regras, pois o vazio jurídico torna tudo possível. Resta evidente a necessidade de reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação específica. (HIRONAKA, 2003).

Apesar das proibições normativas internacionais, em 2008 aconteceu um experimento na Califórnia, da qual o pesquisador conseguiu levar células humanas clonadas até a fase de blastocisto, que somente fora interrompida pela destruição proposital através de um processo natural do próprio experimento, com certa validade. (HIRONAKA, 2003).

A lei de brasileira de biossegurança nº 11.105/2005, proíbe essa prática, interpretando-a como crime, apenando a violação com o cerceamento de liberdade de 2 a 5 anos nos incisos do artigo 6º, nos seguintes termos (LEI Nº 11.105/2005):

Art. 6º. Fica proibido:

III- engenharia genética em célula germinal, zigoto e embrião humanos;

IV- clonagem humana

Sendo, igual estipulação reafirmada pelo art. 4º da Lei nº 13.123/2015 (Lei do Patrimônio genético) que veda utilização de técnicas congêneres. De qualquer forma, não temos muita escolha. Se o homem colocar em sua cabeça que a clonagem é um feito que deverá ser alcançado, ele certamente o fará.

4.9 Dilema ético e moral

Este iminente cenário, em tese, poderia acarretar implicações na saúde do sujeito geneticamente modificado em vista da imprevisibilidade que essa técnica pode vir a trazer futuramente. Por outro lado, os sucessos da utilização dessas técnicas poderiam trazer grande melhoramento e muitos benefícios no patrimônio genético humano.

Podendo inclusive, afastar o acometimento de graves doenças iminentes, presentes em nosso código genético, trazendo melhorias no genótipo como, físico, aparência, inteligência e até mesmo na memória. A edição do código genético pode ser solução para ultrapassarmos muitas barreiras, limites e desafios no futuro.

Não cabe ao Estado editar regras segundo as quais todos os homens de ciência deveriam se conformar, mas também não cabe aos pesquisadores decidirem sozinhos, assim como, a sociedade não pode se desobrigar de uma responsabilidade que é de todos (SAUWEN, 2008).

O direito frente a uma perspectiva contra ou pró eugênica, caracteriza a importante discussão que é a proibição das eugenias, surgindo daí também, a problemática do controle de uma ciência sobre a outra (SUBTIL, 2016).

Diante dessa proibição, tanto da eugenia positiva quanto da negativa, o direito muito contribuiria numa análise preliminar e introdutória à manutenção das relações igualitárias entre indivíduos que são conscientes da sua autoria genética (SUBTIL, 2016).

Assim, teoricamente a clonagem seria uma boa ação de acordo com a linha de raciocínio consequencialista e utilitarista do filósofo e economista britânico John Stuart Mill, autor do livro *On Liberty*, de 1869, de que uma boa ação seria aquela que trouxesse boas consequências, ou seja, que melhor contribuísse para o bem-estar e felicidade da maioria (SUBTIL,2016).

Para Mill uma ação deve ser avaliada por suas consequências, e não pelos seus motivos ou intenções uma vez que estes não se referem a ação em si, mas unicamente ao caráter de seu agente. Também não podemos nos esquecer, que o agente nem sempre trará boas consequências; "Hitler".

As práticas biomédicas, tornadas mais audaciosas, graças a um desenvolvimento tecnológico inusitado, envolvem, a partir de agora, a vida humana de forma integral, apreendendo-a, dominando-a e corrigindo-a, de acordo com os interesses em questão, isto é, procurando melhorar sua qualidade e fazendo suas fronteiras recuarem, como se fôssemos aprendizes de Deus (VOGT, 2001).

Assim, põe-se em pauta questões éticas, médicas, científicas e problemas morais de se manipular ou melhorar geneticamente seres humanos ou manter-se em oposição a isso.

4.9.1 Pretexto lógico: Silogismo aristotélico prático da manipulação de material genético

4.9.1.1 Argumentos a favor da melhoria genética:

1) O ARGUMENTO DA INCAPACIDADE

·**Premissa 1:** Existem certas condições fisiológicas comuns à nossa espécie que podem gerar alguma desvantagem com relação à essas alternativas relevantes;

·**Premissa 2:** Tais desvantagens se convertem em danos para os indivíduos (haverá dano quando o bem-estar individual for consideravelmente afetado);

·**Premissa 3:** Se certas condições causam danos, há razões morais e jurídicas legítimas para as impedir ou reduzir os efeitos negativos (SAÚDE, 2012);

·**Conclusão:** Logo, a melhoria genética deve ser moralmente e juridicamente permissível.

2) O ARGUMENTO DO CONTINUUM DANO-BENEFÍCIO

·**Premissa 1:** Se a incapacidade é uma desvantagem, a melhoria é uma vantagem;

·**Premissa 2:** Se temos razões para reduzir as desvantagens, por extensão, temos razões para promover as vantagens;

·**Conclusão:** Logo, melhorar ou aumentar as vantagens não é errado.

4.9.1.2 Argumentos contra a melhoria genética:

1) O ARGUMENTO DA SEGURANÇA

·**Premissa 1:** Dado que nunca realizamos muitas manipulações genéticas, não possuímos um conhecimento completo acerca das suas implicações (PEREIRA, 2015);

·**Premissa 2:** As melhorias genéticas podem vir com efeitos colaterais (PEREIRA, 2015);

·**Premissa 3:** Não temos razões para acreditar que a vida das pessoas, tornar-se-iam mais vantajosas utilizando a manipulação genética;

·**Conclusão:** Logo, não devemos permitir a manipulação genética.

2) ARGUMENTO DA DISTRIBUIÇÃO INJUSTA

·**Premissa 1:** A manipulação genética pode ser muito cara e conseqüentemente apenas algumas pessoas poderão pagar por ela;

·**Premissa 2:** Uma nova categoria de desigualdade seria estabelecida, uma vez que as estratégias de manipulação genética seriam injustamente distribuídas (IBGE, 2019);

·**Premissa 3:** Até o presente momento, a desigualdade que já existe na sociedade não foi corrigida (IBGE, 2019);

·**Conclusão:** Logo, não devemos permitir a melhoria genética.

3) O ARGUMENTO DA CRIANÇA FEITA DE MERCADORIA

·**Premissa 1:** Algumas pessoas consideram algumas características pessoais sinônimo de status social e poderiam utilizar a melhoria genética para ostentar algum tipo de status (NAMBA, 2009);

·**Premissa 2:** A criança modificada geneticamente não teria um valor intrínseco (um valor nela mesma). (PIETRO 2002);

·**Conclusão:** Logo, não devemos incentivar a melhoria genética na busca do bebê perfeito.

Segundo o filósofo francês SARTRE (2014), todo homem é condenado a ser livre. Condenado, porque não criou a si mesmo e livre, pois uma vez lançado no mundo pode fazer aquilo que deseja, sendo responsável pelos seus atos. Seguindo essa linha de raciocínio, se todo clone é um ser humano, logo, todo clone estará condenado a liberdade.

Falar isso, significa dizer que são indivíduos cópias apenas físicas de alguém. Porém, são pessoas com vontade própria, interesses, experiências, emoções e características específicas. Pessoas destinadas à vida, da forma como desejarem viver.

4.10 Desigualdade

Em tese, racionalmente podemos facilmente prever que tal privilégio genético fomentará a desigualdade social e econômica, por se tratar de técnicas avançadas, o custo certamente será elevado. Colocando em vantagem pessoas economicamente favorecidas para acessar a edição dos genes (IBGE, 2019).

O que acabaria causando uma espécie de assimetria racial, social e de gênero entre as pessoas que não tem nenhuma intervenção de terceiros em seus códigos genéticos, e nem possibilidades financeiras para isso e, aquelas pessoas que justamente sofreram essa hetero determinação, irreversível de quem serão a partir de uma terceira pessoa, pois não seria mais possível modificar a própria identidade da pessoa com os seus próprios gostos (IBGE, 2019).

Por conseguinte, distanciando culturalmente as pessoas melhoradas das comuns que não puderem passar por esse mesmo procedimento. Acarretando, assim, o surgimento de grupos cada vez mais elitizados em detrimento de pessoas carentes de recursos e meios para o acesso (IBGE, 2019).

Com isso, em nossa sociedade onde, por exemplo, a igualdade é um princípio constituinte das relações, resta incerto como é que isso afetaria as pessoas que não se consideram como autoras da própria vida. Bem como, a regulação dessa relação entre pessoas tão assimétricas entre si.

Como o direito lidará com pessoas que se sentem diferentes e ao mesmo tempo geneticamente diferenciadas em nossa sociedade extremamente competitiva? Poderiam elas conviver de forma igual e justa com pessoas comuns? Sabemos que a desigualdade é um dos principais fatores de discriminação. Seriam

somente as pessoas geneticamente modificadas as vítimas disso? Por certo haverá práticas de bullying por ambas partes.

O problema é que até agora, fazer isso ainda era muito caro e demorado, mas isso mudará muito rapidamente graças à descoberta revolucionária dos cientistas da técnica chamada Krispr/cas 9. Conforme inteligência do dispositivo constitucional constata-se violação de direito fundamental para tal hipótese (CF/88 BRASIL, 2019):

Art. 5º da CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança (...)

4.11 Liberdade

Veja bem, se um indivíduo tem uma hetero determinação externa, irreversível, através de uma alteração genética não escolhida por ele e, sim escolhida por exemplo por seus pais. Como esse indivíduo se sentiria em uma sociedade onde outros indivíduos não tem essa hetero determinação externa? Isso violaria sua própria identidade natural.

Como se dará a auto compreensão da natureza e qual será o papel do direito diante deste panorama iminente e gravíssimo. Imprescindível que não se confunda os meios os quais toda essa proposta de ontologia vem sendo implantada, com os fins (PIETRO 2002).

Como as pessoas que não desejavam ter determinadas suas características físicas ou genéticas se relacionarão com as outras, de características naturais e sem nenhuma determinação externa? Poderia ser usada tais ou outras técnicas para outras diversas doenças genéticas, congênitas que a humanidade carrega? Mas, qual o limite disso? São esses dilemas que enfrentará o legislador e operadores do direito.

E é justamente nesse momento que se dará a interseção entre o direito, a genética e a biologia, fazendo com que essa discussão interdisciplinar se torne tão importante para aqueles que estudam o direito e demais matérias atinentes, bem como, também para as pessoas em geral no seu dia a dia prático (NAMBA, 2009).

Por isso, esse debate configurado como extremamente complexo, atual e iminente, que não é para o futuro e, sim, deve ser realizado a partir de agora.

Concluindo, nos deparamos ainda com a ideia trazida pela máxima utilizada por Thomas Hobbes de que, o homem é o lobo do próprio homem (CHAUÍ, 2015). E

assim, nos vemos diante das contradições à objetivos fundamentais preconizados em nossa Carta Magna (CF/88 BRASIL, 2019):

Art. 3º da CF Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

5 SOLUÇÃO

Esforços buscando aliamos tecnologias em proveito da saúde é a melhor maneira de se utilizar da manipulação genética, como por exemplo a impressora de órgãos e tecidos artificiais em 3D.

Compreender que existe uma pluralidade moral na humanidade para assim, harmonizar e abranger todas as crenças e valores existentes, visando respostas éticas e morais adequadas o suficiente para uma sociedade humanizada e para o desenvolvimento científico e tecnológico no seu amplo sentido.

Visar a ampla positivação jurídica dos princípios básicos da bioética e do biodireito, de forma a regulamentar e impor limites. Equilibrando assim, entre normas que não atenuem benfeitorias trazidas pelo avanço tecnológico, e a preservação dos direitos fundamentais para proteção de todas as formas de vida e meio ambientes em geral.

Para tanto, necessita-se de regulamentação legislativa específica e abrangente da matéria por autoridades competentes, para delimitar e definir na plenitude das possibilidades e consequências, o que é legal e eticamente aceito e, o que não é. E então, tomar medidas efetivas que fiscalizem e combatam as possíveis violações.

Investir em infraestrutura e educação para permitir pesquisas legalizadas e aprofundadas sobre a matéria, e acessíveis, à população e comunidade científica local para exploração dessa revolução biotecnológica.

Então, submeter todas as pesquisas com seres humanos à apreciação e fiscalização dos sistemas CEP/CONEP, a fim de garantir a devida proteção e respeito à dignidade e autonomia da vontade do ser humano, comprometendo-se à máxima prevalência de benefícios e mínima de riscos e danos previsíveis.

Por fim, dar a devida relevância sócio humanitária às pesquisas dessa área realizando-as somente quando o conhecimento que se pretende obter não possa ser obtido por outro e fundamentá-las na lógica científica, sempre respeitando os valores culturais, sociais, morais, religiosos e éticos, bem como dos hábitos e costumes locais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observando-se todos os avanços científicos dos últimos anos, certo é que coisas muito maiores virão nos próximos. Necessário se faz nos prepararmos para o que está por vir, pois a qualquer momento essa prática pode vir a sair do controle. Se isso acontecer e não houver possibilidade alguma de interromper este processo, caberá a nós inserir esses novos indivíduos dentro da sociedade.

Manipular o código genético pode ser a chave para inúmeras melhorias, como aumentar a produção de alimentos, prevenir doenças, viver mais e com melhor qualidade. Porém, com o avanço da biomedicina, surge a possibilidade de se criar homens perfeitos que servirão como cobaias para extração de órgãos, livres de qualquer tipo de doença e com características fenotípicas mais próximas de um modelo ideal que se imagina que é.

Apesar de aparentemente parecer ficção científica ou coisa de filme, não é o caso. Estamos falando de uma ideia já antiga. Tais hipóteses, colocam em pauta questões éticas de se manipular e explorar a genética humana e a possibilidade da seleção racial de quem deva ou não existir.

A filosofia como um dos pilares da bioética, muito auxilia na resolução de dilemas éticos e morais, tal como o segundo imperativo categórico de KANT (2001), afirmando que o ser humano nunca pode ser tratado simplesmente como meio, mas, ao mesmo tempo e simultaneamente como fim. Esta máxima ajuda a direcionar a conduta do homem

Por fim, ou recuperamos o conceito de ser do ser humano, ou nada poderá ser feito. Afinal apenas assim, será possível encaminhar o desenvolvimento e o uso das inovações tecnológicas, e garantir o alcance de um resultado positivo tanto para o planeta quanto para nós.

7 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus; 2004. **Dos princípios de direitos fundamentais envolvidos;**

BRASIL. **Constituição da República do Brasil**. Senado; 1988; Brasília/DF; disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON198805.10.1988/CON1988.shtm>>. Acesso em: 20/10/2019;

BRASIL. **Lei de Biossegurança nº 11.105/2005**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm> Acesso em: 20/10/2019;

BRASIL. **Lei do Patrimônio Genético nº 13.123/2015**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm> Acesso em: 20/10/2019;

CARDIA, Luís Augusto Mattiazzo. **Estudos da Bioética e o sistema constitucional brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1841>; Acesso em 26/11/2019;

CHAUÍ, Marilena. **Filosofia. Estado de Natureza, contrato social, Estado Civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau**. USP; 2015 Disponível em: <<http://www.cefetsp.br/edu/eso/filosofia/contratualistaschaui.html>>. Acesso em: 18/11/2019.

CRUZ, Rodrigo Andrade da. **Oito votos contra um: o desenvolvimento da ciência eugenista nos**

Estados Unidos. PUC – SP; 2012; Disponível em: <https://www.13nhct.sbhct.org.br/resources/anais/10/1355919745_ARQUIVO_Oito_votoscontraum.pdf>. Acesso em 17/11/2019;

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva; 2017;

DOUDNA, Jennifer A.; CHARPENTIER, Emmanuelle. **A nova fronteira da engenharia de genoma com CRISPR-Cas9**; vol. 346; Edição 6213; 1.258.096; DOI: 10.1126 / science.1258096; disponível em: <<https://science.sciencemag.org/content/346/6213/1258096.abstract>>. Publicado em 28/11/2014; Acesso em 20/11/2019;

GARRAFA, V. Pessini L. (Org.). **Bioética: Poder e Injustiça**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética/Loyola/Centro Universitário São Camilo; 2003. p. 499-508;

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante**. Teresina; 01/06/2003; disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4193>>. Acesso em: 07/12/2019;

IBGE; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa de Assistência Médico-Sanitária e síntese de indicadores sócio demográficos: uma análise do Brasil**. Disponível: <www.ibge.gov.br>. Acesso em 21/10/2019;

JUNIOR, José de Anchieta Oliveira. **A importância das gerações dos direitos fundamentais para o direito**. <<https://jus.com.br/artigos/58108/a-importancia-das-geracoes-dos-direitos-fundamentais-para-o-direito>>. Disponível em 15/05/2017; Acesso em 19/11/2019;

JUSTIA, Us Supreme Court, **Decisão Judicial: Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927)**; 2019; disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/200/case.html#207>>. Acesso em 19/11/2019;

KANT, I. **Crítica da razão pura**. 5ª edição; Fundação Calouste Gulbenkian; Serviço de Educação e bolsas; 2001;

MEDICINA, Conselho Federal de. **RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017**; disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 18/11/2019;

¹ MUNHOZ, Luciana; MAIA, Thaís. **Bioética brasileira**; Bioéticas; <<https://www.youtube.com/watch?v=qhzhN6AIKGw>>. Disponível em 19/12/2017; Acesso em 19/11/2019;

² MUNHOZ, Luciana; MAIA, Thaís. **Gêmeas chinesas alteradas geneticamente**; Bioéticas; <<https://www.youtube.com/watch?v=tJACBvbqSP8>>. Disponível em 16/01/2019; Acesso em 20/11/2019;

³ MUNHOZ, Luciana; MAIA, Thaís. **Quimera humana**; Bioéticas; <<https://www.youtube.com/watch?v=3iHGVqvIj7s&t=26s>>. Disponível em 17/09/2019; Acesso em 20/11/2019;

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**; São Paulo; Editora Atlas S.A.; 2009;

PALMER, Isabela. **Experimentação com seres humanos**; Trilhante; <<https://www.youtube.com/watch?v=NFk4UofWKRk>>. Disponível em 27/12/2016; Acesso em 20/11/2019;

PEREIRA, Álvaro Júlio. **Ciências Biológicas Ciências Biológicas: Biotecnologia em Debate**. Editora UECE; 2ª edição; Fortaleza/CE; 2015; disponível em: <https://200.130.18.160/bitstream/capes/431881/1/Livro_Biotecnologia%20em%20Debate.PDF>. Acesso em 20/11/2019;

PIETRO, Nassetti. **Platão: A República**. Trad. São Paulo; Martin Claret; 2002;

PRESSE, France. **Investigação sobre 39 mortos em caminhão na Inglaterra avança com preparação de testes de DNA**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/10/27/investigacao-sobre-39-mortos-em-caminhao-na-inglaterra-avanca-com-preparacao-de-testes-de-dna.ghtml>>. Publicado em 27/10/2019. Acesso em 26/11/2019;

ROCHA, Loryel. **Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos**. Instituto Mukharajj Brasilan (IMUB); disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=79TtCZFWq2E>>. Publicado em 15/06/2018; Acesso em: 19/11/2019;

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Editora Vozes; 2014; Acesso em 18/11/2019;

SAÚDE, Conselho Nacional de; **RESOLUÇÃO Nº 466, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2012**. <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 18/11/2019;

SAÚDE, Conselho Nacional de; **RESOLUÇÃO Nº 510, DE 07 DE ABRIL DE 2016**. <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>>. Acesso em: 18/11/2019;

SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito in vitro**. Rio de Janeiro; Lumen Juris; 2008; ISBN: 9788537503102; Acesso em 20/11/2019;

SCHRAMM; R. F. **Bioética da proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização**. Rev. bioética (Impr.). 16(1): 11-23; 2008;

SNELL, Bruno. **Cultura grega e as origens do pensamento europeu**. Editora: Estudos 168; Temas: Cultura, História, Religião, Filosofia; 2012;

SPONVILLE, André Comte. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Ed. Martins Fontes; São Paulo; 1999; Tradução de Eduardo Brandão; Disponível em: <https://www.academia.edu/23725174/Andr%C3%A9_Comte-Sponville_Pequeno_Tratado_das_Grandes_Virtudes>. Acesso em: 22/11/2019;

SUBTIL, Leonardo de Camargo. **Manipulação genética e o direito**. BioDelivery; <https://www.youtube.com/watch?v=o72zgJFh_tI>. Disponível em 11/11/2016; Acesso em 19/11/2019;

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Brasília; 2006; disponível: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Table/UNESCO-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Educa%C3%A7%C3%A3o-Ci%C3%A2ncia-e-Cultura/>>. Acesso em 26/11/2019;

VOGT, Carlos. **Clones e Medos crônicos**. SBPC/Labjor Brasil; 2001; disponível em: <<http://www.comciencia.br/dossies-1-72/carta/clones.htm>>. Acesso em 26/11/2019.

NOTAS:

[1] UM DOS VOTOS SOBRE ESTERILIZAÇÃO: "É melhor para todo mundo se, em vez de esperar para executar os descendentes degenerados por algum crime ou deixar que morram de fome por causa da imbecilidade, a sociedade possa prevenir aqueles que são manifestadamente inaptos de se reproduzirem.

O princípio que sustenta a vacinação obrigatória, é amplo o suficiente para cobrir o corte das trompas de falópio."

[2] Condenado em dezembro de 2019 a **três anos de prisão e pagamento de multa** pela ilegalidade do ato.

OS DIREITOS DO IMIGRANTE E SUA DESUMANIZAÇÃO PERANTE A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA

FERNANDA DE ALMEIDA CASTRO:

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Una

FERNANDA PRATA MOREIRA RIBEIRO^[1]

(orientadora)

Resumo: O deslocamento de enorme contingente de pessoas de um país para outro sempre ocorreu, todavia, nos últimos anos, esse fluxo migratório tem se intensificado de maneira nunca antes ocorrida e vem aumentando cada vez mais. Vários tratados e convenções internacionais regulamentam os direitos do imigrante, sobretudo, a convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que versa sobre todas as garantias que devem ser asseguradas para o trabalhador imigrante. Nesse aspecto, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar os direitos do imigrante e sua proteção jurídica em âmbito nacional, especialmente no que se refere à desumanização dos direitos do trabalhador imigrante pela legislação brasileira, seja ele regular ou irregular.

Palavras-chave: Direitos, Imigrante, Trabalho.

Abstract: The displacement of a huge contingent of people from one country to another has always occurred, but in recent years this migratory flow has intensified in a way never before and is increasing. Several international treaties and conventions regulate immigrant rights, especially the International Labor Organization (ILO) convention which covers all guarantees that must be provided to the immigrant worker. In this regard, the present work has as its main objective to analyze the rights of immigrants and their legal protection at the national level, especially regarding the dehumanization of immigrant workers' rights under Brazilian law, whether regular or irregular.

Key-words: Rights, Immigrant, Work.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As migrações são fenômenos complexos que sempre existiram no mundo, mesmo que sua característica, sua causa e consequência tenham se modificado com o passar do tempo. Não obstante, as questões migratórias se encontram em grande ascensão nos últimos anos, essencialmente a partir do período pós Segunda Guerra Mundial, quando o fluxo se intensificou de forma nunca antes registrada.

Mesmo sendo bem antiga, a temática da migração é, ao mesmo tempo, atual, tendo em vista que o deslocamento humano está em contínuo crescimento. Se vive em um mundo globalizado, onde as atuais formas de transporte e de comunicação encurtam distâncias, tornando mais fácil o fluxo de pessoas. Todavia, a incidência dessa facilidade se limita ao deslocamento propriamente dito, pois, ao revés, a entrada em países nos quais os indivíduos não são nacionais está cada vez mais limitada, essencialmente no país considerado potencialmente receptor de imigrante.

Isso também acontece no cenário imigratório nacional. Mesmo com a participação essencial do imigrante na formação e crescimento do país, o Brasil, hoje, está blindado para os imigrantes. Com legislações arcaicas, a exigência para a admissão de trabalhador estrangeiro é seletiva e condicionada ao interesse e a segurança nacional. Diante disso, indaga-se: por que a legislação trabalhista brasileira é tão desumana com os imigrantes?

Diante desse contexto, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar os direitos do imigrante e sua proteção jurídica em âmbito nacional, especialmente no que se refere à desumanização dos direitos do trabalhador imigrante pela legislação brasileira, e como objetivos específicos, as relações trabalhistas no Brasil; O Brasil e a imigração (ilegalidade); e os direitos assegurados aos empregados imigrantes e a desumanização na legislação brasileira.

Para isso, o trabalho foi elaborado por meio do método dedutivo, com procedimento de pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos acadêmicos e documento específico sobre a temática dos imigrantes e do tratamento jurídico conferido aos trabalhadores imigrantes no Brasil.

No primeiro capítulo, a priori, será apresentado um panorama da relação trabalhista no Brasil, expondo alguns aspectos que norteiam a temática, como quais são as relações, os direitos pertinentes a elas, a relação entre empregado e empregador segundo a CLT. No segundo capítulo, serão apresentados os aspectos pertinentes aos imigrantes no tocante ao Brasil e as ilegalidades, mormente no que toca aos trabalhos por eles prestados. Por fim, no último capítulo, serão examinados os direitos assegurados aos empregados imigrantes e a desumanização que eles sofrem perante a legislação brasileira e seus aspectos pertinentes.

2.A RELAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL

Para estudar sobre os direitos dos imigrantes e sua desumanização perante legislação brasileira, faz-se necessário recorrer à relação trabalhista no Brasil, bem como sua evolução e os aspectos que a permeiam.

2.1 Breve Síntese Histórica do Trabalho e do Direito Do Trabalho

Antes de mesmo de haver um conjunto de normas que regulamentassem a relação trabalhista, denominado hoje como Direito do Trabalho, havia somente o trabalho como forma de punições e explorações dos seres humanos, e é nesse período que se inicia a presente pesquisa.

Nos primórdios, o trabalho era visto como um meio de castigo. De acordo o texto bíblico em Gênesis, Adão, logo depois de ter comido o fruto que era proibido, teve como punição o ônus de precisar trabalhar para poder comer (COSTA, 2006).

Nessa mesma toada, as origens etimológicas da palavra trabalho também possuíam conotações negativas, haja vista, ser decorrente do latim *tripalium*, que se refere a um meio de mecanismo de tortura de três paus ou uma canga que pesava sobre o animal. Era um método utilizado pelo agricultor para bater, rasgar e esfiapar os trigos, espigas de milho e o linho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011).

Em termo histórico, a escravidão foi a primeira forma de trabalho que surgiu, na qual os escravos eram considerados meras mercadorias de propriedades de seus donos, sem serem possuidores de quaisquer direitos. Essa “espécie” de trabalho foi utilizada por muitas décadas pela sociedade grega e romana, tendo no escravo a mão-de-obra bruta da sociedade, todavia sem conceder-lhe nenhum direito (LOPES, 2009).

No Brasil, o trabalho com o decorrer do tempo, por meio dos Direitos Sociais, nos quais se inclui o direito trabalhista, passou a fazer parte do conteúdo da Constituição e deixou de ser tratado somente em lei ordinária, em razão de uma tendência de forma global, da qual o país começou a fazer parte em meados de 1934 (MILESI, 2010).

Com o término da escravidão, o Brasil começou a receber grandes fluxos de imigrantes, o que aumentou o número de trabalhador assalariado. Em consequência, ocorreu um crescimento no número de desempregados, ensejando a elevação do movimento proletário por melhor condição de trabalho. A história deixa claro que aproximadamente no fim do século XIX ocorria no Brasil o que já tinha acontecido na Europa tempos antes (PINTO, 2006).

Diante disso, começou-se a desenvolver diversas leis de maneira esparsa para normatizar a situação específica sobre o Direito do Trabalho. Dentre os avanços mais relevantes, destaca-se o surgimento do Ministério do Trabalho, Indústrias e Comércio. Em meados de 1930, passou-se a elaborar decreto sobre a relação

trabalhista, dando diretriz sobre vários aspectos até então não mencionados no direito brasileiro e passando a proporcionar uma segurança maior para a parte mais frágil da relação (BARROSO, 2009).

Nesse período, o país demonstrava um cenário que possuía várias normas com conteúdos trabalhistas, todavia, achavam-se espalhadas de maneira dispersa na legislação pátria. Diante disso, em primeiro de maio de 1943, o presidente da época, que era Getúlio Vargas, elaborou o Decreto-Lei n. 5.452, promulgando a Consolidação da Lei Trabalhista (CLT) (BOBBIO, 1999).

Nos anos seguintes, o Brasil permaneceu vivenciando de maneira intensa o reconhecimento de inúmeros direitos trabalhistas através de lei ordinária. Assim sendo, observa-se que na criação da atual Constituição Federal brasileira, o direito trabalhista foi tratado com o devido respeito, elevando-o a status de norma constitucional, alcançado em constituições passadas, porém indo além, surgindo como norma fundamental, fazendo com o texto normativo ficasse mais coeso e com bases ideológicas mais sólidas que se alinham com os ideais trabalhistas.

Com isso, nota-se que com a elaboração da Magna Carta de 1988 e em face de sua relevância na seara do Direito do Trabalho, a legislação jurídica trabalhista deu um grande passo ao reconhecer o trabalhador como sujeito destinatário de valor, concedendo-lhe direito, de outra forma, prerrogativa social a indivíduo que, de forma tradicional, se configura como excluído (COSTA, 2006).

Por fim, também foi possível inserir o trabalhador como sujeito legítimo a direito fundamental ao ser humano, ao mesmo tempo em que essa garantia fortalece a classe dos trabalhadores contra o ataque da classe mais poderosa, detentora do capital, que de maneira constante tenta relativizar suas garantias, sob o argumento de que é necessário flexibilizar as mesmas.

Após essa breve síntese sobre a relação trabalhista no Brasil, será abordado como o Brasil lida com a imigração no tocante ao aspecto trabalhista dos imigrantes, demonstrando as ilegalidades cometidas pelo mesmo.

2.2 Requisitos da Relação Trabalhista

Como é de praxe na seara jurídica, em todo ato jurídico normalmente, a validade do contrato individual de trabalho necessita a priori de um agente capaz. São considerados menores para efeito da CLT (artigo 402) os trabalhadores de 14 (quatorze) até o limite de 18 (dezoito) anos de idade. É vedada qualquer espécie de trabalho aos menores de 16 (dezesesseis) anos, exceto na hipótese de aprendiz, a

partir dos 14 (quatorze) até os 24 (vinte e quatro) anos de idade (artigo 403, CLT) (PINTO, 2006).

Não há nenhum empecilho quanto a existência de contrato de natureza trabalhista entre descendentes e ascendentes e entre cônjuges. Entre a idade de 16 a 18 anos, considera-se como relativa a incapacidade do menor. Eles podem executar trabalhos e assinarem recibo de pagamento, todavia, não podem exigir a expedição da CTPS, sobretudo pactuar contrato ou assinar o termo rescisório do contrato trabalhista sem ser assistido por seu representante legal. No campo processual, o ajuizamento de demanda trabalhista necessita também de assistência regular de seu representante legal (BARROSO, 2009).

Já no tocante à licitude do objeto é imprescindível não fazer confusão com trabalhos ilícitos e irregulares ou proibidos. Ilícitos são os trabalhos com tipificações penais ou que concorram para tanto, afrontam a moral e os bons costumes e a ordem pública; não acarretando, conseqüentemente, qualquer efeito sob a perspectiva do contrato (COSTA, 2006).

Proibidos são aqueles que a legislação impede que sejam exercidos por certos indivíduos ou em certas circunstâncias (estrangeiros sem autorizações; menores em períodos noturnos ou em locais perigosos/insalubres; contratações em serviços públicos sem concurso). Tratando-se de trabalhos basicamente proibidos, mesmo que nulas as obrigações, podem os trabalhadores reclamarem o salário correspondente ao serviço realizado, o que não acontece se os trabalhos forem ilícitos (PINTO, 2006).

Derradeiramente, no tocante à forma prescrita e não defesa em lei necessita-se, apenas, do aspecto de consensualidade entre as partes envolvidas, tendo em vista que o artigo 442 da CLT afirma que os contratos trabalhistas são os acordos tácitos ou expressos (verbais ou escritos) que correspondem à relação de emprego; isto é, como regra, a legislação não impõe uma forma específica, exceto em casos extraordinários (BARROSO, 2009).

Para além do registro instituído pela CLT há, também, a lei de nº 4923 de 23/12/65 que elaborou e normatizou a manutenção de um cadastro contínuo para a admissão e demissão realizada pela empresa: é a denominada lista de demitido, transferido e desligado, o CAGED - Cadastro Geral de Empregado e Desempregado, cujo preenchimento é função do empregador sempre que contratar ou demitir novos trabalhadores (PINTO, 2006).

São consideradas empregadas todas as pessoas físicas que contratem tácitas ou de maneira expressa, a realização de serviço a tomadores, com personalidade, de

forma onerosa, não eventual e subordinada. A CLT no seu artigo 3º conceitua empregado como sendo:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Inferre-se da conceituação legal do pessoal do empregado que é necessário configurar de forma conjunta cinco aspectos fático-jurídicos cuja junção caracteriza as relações de emprego. As relações empregatícias surgem da síntese indissociável desses cinco aspectos fático-jurídicos, sendo eles (BARROSO, 2009):

1) Pessoa Física: os empregados têm que ser pessoa física, não podem em hipótese alguma ser pessoa jurídica ou mesmo animais. Os empregadores nem sempre possuem finalidade lucrativa (artigo 2º. § 1º da CLT). Pessoas jurídicas não podem ser empregadas, assim, os contratos de prestação de serviço entre pessoas jurídicas não possuem natureza trabalhista, mas sim cível.

2) Intuitu Personae (Pessoalidade): grande parte dos doutrinadores falam que a personalidade está incutida na pessoa física. A execução de serviço dos empregados são *intuitu personae* e infungíveis, sendo que os empregados não poderão se fazer substituir por outro. Todavia, há determinadas hipóteses em que os empregados sejam substituídos sem que ocorra desligamento da personalidade, nessa hipótese deve existir consentimento de forma expressa dos empregadores ou em situações de substituição previstas e arroladas na legislação, como é a hipótese de licença maternidade, paternidade, férias, dentre outras.

Os empregadores não possuem personalidade, podendo ocorrer a despersonalização (a despersonalização é a hipótese em que os empregadores se fazem substituírem sem que ocorra perda das relações trabalhistas concernentes aos empregados). Todavia no tocante a relação de empregados domésticos, as relações são personalíssimas (PINTO, 2006).

3) Onerosidade: Subjetivo: os empregados têm intenção de receberem contraprestações pecuniárias, pois se não tivessem seriam trabalhadores voluntários. Objetivo: os pagamentos de parcela dirigida a remunerar os empregados em face dos contratos empregatícios pactuados. Os pagamentos podem ser realizados em dinheiro, bens, etc. Podem ser realizados por meio de cheques, dinheiros, depósitos bancários.

4) Subordinação (Dependência): esse elemento dentre todos é, sem dúvida, o mais relevante, pois ele é o que marca a distinção entre a relação empregatícia frente a tradicional modalidade de emprego (os empregadores são quem dão as ordens, são os quem fiscalizam os trabalhos e podem punir os empregados.). Esse elemento acontece quando os empregados se comprometem a acolherem as direções dos empresários na maneira de execução de prestar o serviço. Esse elemento só é visto sob a perspectiva objetiva, isto é, atua sobre a maneira de execução da atividade e não sobre o indivíduo (olhar subjetivo); não há, portanto, esse elemento subjetivo, sujeições pessoais. Fica evidente dessa maneira que esse elemento tem caráter jurídico que deriva do contrato empregatício, da lei e da ordem emanada pelos empregadores (subordinações jurídicas contratuais).

5) Continuidade (Não Eventual): contínuos, habituas, não episódicos, não ocasionais. A ideia aqui é de continuidade, tendo em vista que os contratos empregatícios são contratos de trato sucessivo. A ideia de eventualidade remete a acontecimentos incertos, não inseridos nos fins comuns das empresas, que não se pauta numa fonte de trabalho com caráter de permanência. Assim, para se caracterizar a relação empregatícia, é imprescindível que a execução do serviço possua caráter permanente, não podendo ser eventuais. Se forem eventuais, serão trabalhadores e não empregados.

A Constituição da República de 1988 veda a diferenciação entre trabalhos manuais, técnicos e intelectuais (art. 7º, XXXII, CF), nada obstante existir regulamentação específica para determinadas profissões intelectuais (médico e cirurgião-dentista, advogado, jornalista, professor, engenheiro, psicólogo, dentre outros) (COSTA, 2006).

3.0 BRASIL E A IMIGRAÇÃO (ILEGALIDADE)

Antes de adentrar na temática da imigração no Brasil propriamente, faz-se necessário apresentar uma breve síntese histórica sobre o surgimento do movimento migratório no país e seus desdobramentos.

3.1 Breve Síntese Histórica da Imigração no Brasil

Olhando para população brasileira, nota-se a essencialidade do imigrante em sua constituição. Fisionomia marcada por traço tão distinto simboliza uma sociedade formada por diversos povos, oriundos de diferentes localidades do mundo. Diante disso, é possível sustentar que – a história brasileira pode contada por meio da migração. Isso é, ao longo da história, fluxo populacional, com diversas nacionalidades, chegaram ao Brasil com a finalidade de constituir uma vida nova.

O primeiro movimento populacional de portugueses que de maneira efetiva objetivou se instalar aqui aconteceu somente em meados de 1530, no chamado período colonial, quando assim, começou o ciclo da cana de açúcar, e os interesses econômicos das elites portuguesas fizeram com que o povoamento acontecesse de forma maciça (DELGADO, 2012).

Por sua vez, o segundo movimento de população em direção ao Brasil, face à escassez de mão de obra, trata-se do africano escravizado. Cerca de 4,5 milhões de africanos foram escravizados e enviados para o Brasil. Quanto às suas origens, não eram homogêneas. Uma tática era realizada para evitar possível rebelião: separavam famílias e comunidade, e agrupavam indivíduos de locais e línguas diversas (BOBBIO, 1999).

Porém, antes de avançar uma observação é imprescindível: salienta-se que não se pode afirmar que a chegada tanto do primeiro grupo quanto do segundo grupo — português e africano — ao Brasil retrata movimento migratório.

Isso porque, no tocante ao português, destaca-se que o seu interesse se limitava à exploração das terras novas. E, também, porque pretendia impelir a cultura lusitana, que julgava ser superior, em desfavor daquela do povo nativo que aqui encontrou (NICOLI, 2011).

Quanto ao africano, frisa-se que também não pode ser considerado imigrante muito menos imigrante laboral, tendo em vista que foi capturado e forçosamente expatriado. E, diante desses fatos, quaisquer indicações de imigrações são afastadas, já que a liberdade é aspecto primordial àqueles que migram (COSTA, 2006).

Atribuir ao tráfico de escravo o momento fundador da migração laboral moderna é desconsiderar que o que determina o período histórico anunciado pela modernidade é justamente a emergência dos trabalhadores livres. São as liberdades individuais que fundam as condições específicas dos trabalhadores — e, poder-se-ia afirmar de maneira mais genérica, dos homens modernos (SAYAD, 1998).

Claramente falando: os escravos são escravos, e não são trabalhadores, e muito menos são trabalhadores migrantes. E não são migrantes, porque lhes falta à condição mesma da mobilização, condição que é intrínseca aos trabalhadores modernos e que fundam a própria categoria dos migrantes (BOBBIO, 1999).

Dessa forma, não é possível atribuir a chegada do português, tão pouco a chegada do escravo africano, como marco principal das imigrações no Brasil.

Todavia, destaca-se que se trata de movimento populacional de eminente importância no desenvolvimento social e também cultural do Brasil.

Mais tarde, por meio de movimento reivindicatório, se tornou notória a importância do imigrante na criação e institucionalização do Direito do Trabalho nacional. É nesse período de insipientes atuações coletivas do trabalhador que surge, ainda que de maneira assistemática, determinados diplomas e regras jus trabalhistas, as quais versavam sobre questão específica, por exemplo, a regulamentação dos trabalhos dos menores, o surgimento de sindicato e a concessão de determinado benefício ao trabalhador (MILESI, 2010).

Em suma, o imigrante inserido no mercado de trabalho brasileiro seja formal ou informal, são, em sua grande maioria, do sexo masculino, oriundos, em grande parte, da América Latina e do Caribe. O nível de escolaridade que podia ser visto como elevado, todavia, caiu de 2010 para 2012. Ademais, a maioria dos imigrantes recebe remuneração de um até no máximo dois salários mínimos e, de maneira geral, o homem tinha salário maior do que o da mulher (PATARRA, 2005).

Não obstante, a exposição desses fatos apenas tem o intuito de apresentar um panorama sobre as imigrações laborais no Brasil. Como será apresentada adiante, a principal e mais sombria questão sobre a temática trata-se das ilegalidades cometidas pelo Brasil contra os imigrantes e da ausência de proteção aos imigrantes, sujeitos a condições degradantes de trabalho.

3.2 Ilegalidades da Imigração no Brasil

As ilegalidades cometidas pelo Brasil em face dos imigrantes se iniciam na própria legislação pátria. Diante disso, faz-se imprescindível realizar uma breve síntese sobre a Lei 6.815/80, também conhecida como Estatuto dos Estrangeiros, a qual se refere a texto legislativo que, no âmbito infraconstitucional, trata de questão pertinente à entrada, à permanência e à inserção de estrangeiro no mercado de trabalho do Brasil. Os indivíduos que entrarem permanecerem ou trabalharem no Brasil sem o requisito presente nessa legislação serão considerados irregulares (BRASIL, 1980).

De acordo com artigo 2º, a segurança nacional, as organizações institucionais, o interesse político, sócio econômico e cultural do Brasil, assim como a defesa dos trabalhadores nacionais, destaca-se como os eminentes pilares do referido diploma. O que coloca em evidência o aspecto utilitarista da norma, que somente se importa com a tutela da fronteira, deixando de lado o viés dos Direitos Humanos. Dessa forma, essa superproteção da referida norma pode ser vista como uma muralha, uma

vez que se trata de um argumento que destaca, de forma ilegal, o "nós" dos "demais", os cidadãos nacionais dos estrangeiros (BRASIL, 1980).

Ademais, outro aspecto que o referido diploma introduziu de maneira ilegal à política de imigração do Brasil foi tornar a mão de obra seletiva, uma vez que existe preferência para a concessão de visto quando o estrangeiro possuir qualificação profissional, o que se aduz da leitura do parágrafo único do artigo 16 (BRASIL, 1980):

Art. 16. O visto permanente poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda se fixar definitivamente no Brasil.

Parágrafo único. A imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos (BRASIL, 1980).

Dessa forma, ao se empregar palavras como "*mão de obra especializada*" assim como "*crescimento da produção*", bem como "*assimilar tecnologia, captar recurso para setor específico*", fica evidente o aspecto ilegal e limitador da lei àquele imigrante qualificado e condizente ao interesse econômico do Brasil (PATARRA, 2005).

Acontece que, em face disso, a oportunidade de se ingressar no Brasil de maneira legal para laborar, se torna acessível a uma pequena parcela de indivíduos, essencialmente se levar em conta que, como mencionado anteriormente, o fluxo migratório que se destina ao país é de indivíduo proveniente de país ainda pouco desenvolvido, marcado por uma grande pobreza e por grave mazela social (COSTA, 2006).

Isso porque, em face uma política de imigração seletiva e extremamente rígida, tem como efeito imediato o crescimento do fosso de desigualdade e o crescimento do movimento clandestino. Por isso, as ilegalidades praticadas pelo Brasil em face da imigração emergem como prática contra os Direitos Humanos, isto é, acaba por desumanizar os imigrantes no país.

Dessa forma, fica clara a exploração de trabalho sofrido por esse imigrante, que entra e se estabelece no território nacional na esperança de uma vida melhor. As jornadas de trabalho são exaustivas, a refeição não é minimamente adequada, o instrumento de higiene é precário e o acesso à saúde praticamente não existe.

Ademais, muitas vezes esses trabalhadores são trancados nos locais de trabalho, onde, de fato, moram (MILESI, 2010).

Portanto, em face da exploração da mão de obra do imigrante irregular somada aos conflitos entre a sua proteção jurídica e a soberania do Estado, o ponto central da presente reflexão será indagar os direitos assegurados aos imigrantes frente ao tratamento desumano da legislação brasileira.

4.OS DIREITOS ASSEGURADOS AOS EMPREGADOS IMIGRANTES E A DESUMANIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Em face do exposto, nesse derradeiro capítulo serão demonstrados os dispositivos jurídicos pertinentes aos direitos do imigrante, mormente no que toca ao trabalho por ele realizado. A finalidade será demonstrar os direitos desses indivíduos contrapondo a faceta desumana da legislação brasileira no tocante ao trabalho do imigrante.

Serão analisadas as regras práticas que versam sobre os direitos dos imigrantes no Brasil — Constituição Federal de 1988 e também o Estatuto do Estrangeiro, bem como a legislação pertinente.

4.1 Legislações Nacionais

4.1.1 Magna Carta de 1988

A elaboração do referido diploma legal foi, de maneira notória, um marco para redemocratização no país. E, além disso, marcou a transição entre o liberalismo constitucional – focado na organização do Estado e no direito de liberdade – para o social constitucionalismo, o qual sustenta direito relacionado à valorização da igualdade substancial, sobretudo para ampliar as ações do estado em âmbitos econômicos e sociais.

Na seara do Trabalho, especialmente, a Constituição Federal constitui mecanismo notadamente essencial, tendo em vista que assegura diversos direitos para garantir proteção ao trabalhador, consagrando admirável conquista das classes obreiras. Ademais, valorizar o trabalho se tornou um princípio fundamental de ordem constitucional democrática, dando maior importância às condutas laborativas como sendo um instrumento mais relevante para que o ser humano possa se afirmar, quer sob o aspecto individual, bem como sob o aspecto familiar e social (NICOLI, 2011).

A priori, em seu artigo 5º, no qual traz em seu *caput* que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988).

Assim, nota-se que está se afirmando a igualdade entre o nacional e o estrangeiro residente no Brasil, sem nenhum tipo de distinção. E, é esse vetor jurídico-axiológico por excelência que direcionará a interpretação dos demais dispositivos constitucionais e, sobretudo infraconstitucionais que disciplinam os mais variados aspectos da inserção e permanência do estrangeiro no país, ainda sim, como visto anteriormente a legislação infraconstitucional traz diversas ilegalidades em desfavor dos imigrantes.

Assim, baseando-se na premissa da igualdade e da não discriminação, é desumano conceber interpretações limitativas ou excludentes de direitos ao imigrante. Porém, alguns dessas limitações e exclusões são aceitos pela legislação brasileira, o que demonstra o caráter desumano da legislação pátria (BARROS, 2011).

E, em verdade, existem direitos que são de maneira explícita restringida ao estrangeiro, como por exemplo: se alistar como eleitor (art. 14º, §2º); não ser possível ocupar determinados cargos públicos em especial — de presidente e de vice-presidente da República, dentre outros (art. 12, §3º) —; e a acessibilidade limita a demais cargos públicos, tendo em vista que depende de previsão normativa (art. 37, I) (BRASIL, 1988).

Todavia, como visto, essa restrição está expressa na Constituição Federal, o que não acontece com as garantias dos direitos trabalhistas ao estrangeiro, ou então aos imigrantes, mesmo estando regular ou não. E, como citado anteriormente, se a exceção ao princípio da igualdade deve estar disposta *numeruclusu*, felizmente também não se pode fazer uma interpretação que aumenta a limitação. Dessa forma, deve ser de maneira definitiva sobrestada a concepção simplista que negue direito a estrangeiro pela condição de estar ou não irregular sua situação migratória (BARROSO, 2009).

Os direitos trabalhistas são reconhecidos pela Magna Carta como Direitos Sociais (artigo 6º). Essas garantias trabalhistas devem ser expandidas ao imigrante, não só apenas em virtude do princípio da igualdade e também da não discriminação, porém, também, em observância aos direitos humanos, tendo em vista que, ao se delimitar tais direitos, ocorre a exclusão de uma enorme quantidade

de trabalhadores explorados, caracterizando o viés desumano da legislação pátria (BRASIL, 1988).

Ademais, ao se associar o reconhecimento de proteção jus trabalhista ao imigrante com a efetivação dos direitos humanos, destaca-se que a norma constitucional determinou que as relações internacionais da República Federativa do Brasil se regem, principalmente, pelo princípio da sobreposição dos direitos humanos (art. 4º, inciso II). E os direitos humanos assegurados pela Constituição Federal devem ser estendidos a todo estrangeiro, seja ele não é residente ou, até mesmo, residente de maneira irregular (BRASIL, 1988).

Dessa forma, coloca as pessoas no centro do ordenamento jurídico, e, sendo indissociável o trabalho do ser humano, os trabalhadores não podem ser tratados como objeto, um mero mecanismo de produção e tampouco como engrenagens na linha de produção. Não obstante, oportunamente, percebe-se que essa diminuição dos trabalhadores como meros instrumentos produtivos. Assim, nota-se que a condição de trabalho do imigrante no Brasil, representa uma grave afronta aos direitos humanos, isto é, ofende o princípio da dignidade humana no momento em que a legislação é desumana com os imigrantes (BARROS, 2011).

Mas, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o principal valor do Direito Constitucional na contemporaneidade, percebe-se que essa situação pela qual passa o imigrante é um desrespeito ao que assegura a própria Magna Carta. E é por esse motivo que o referido princípio deve ser aplicado de forma efetiva, para colocar a dignidade da pessoa humana a salvo de toda a sorte de ameaça que o mundo do trabalho, com sua promessa de modernidade, possa disponibilizar (BARROSO, 2009).

Portanto, é possível concluir por meio da perspectiva da Constituição, que assegura o princípio da não discriminação conjuntamente com o da igualdade entre o nacional e o estrangeiro, a prevalência pelos direitos humanos, assim como a dignidade do homem como princípio basilar de todo o ordenamento jurídico, deve ser garantida ao imigrante a salvaguarda de seu direito (SAYAD, 1998).

E, nesse contexto, destaque-se que a essência da Constituição Federal deve ser copiada pelo Direito do Trabalho, e as hermenêuticas constitucionais devem ser aplicadas para efetivar a tutela do direito trabalhista do imigrante.

4.1.2 O Estatuto do Estrangeiro

Trata-se de um texto regulamentar que, no âmbito infraconstitucional, define questão pertinente à inserção, à permanência e à entrada de estrangeiro no mercado

de trabalho nacional. Os indivíduos que entrarem permanecerem ou trabalharem no país, sem as exigências previstas nessa regulamentação, serão considerados irregulares, o que enseja essa conotação pejorativa desumana ao imigrante.

Inicialmente, no artigo 2º, a lei dispõe sobre seus desígnios, são eles: segurança nacional, organizações institucionais, o interesse político, socioeconômico e cultural do país, assim como, também, a defesa dos trabalhadores brasileiros. Diante disso, nota-se que o objetivo central dessa lei é a segurança da nação, o que mostra o aspecto utilitarista da norma, que essencialmente se preocupa em tutelar as fronteiras, deixando de lado o viés dos Direitos Humanos (BRASIL, 1980).

Além disso, destaca-se que se a Magna Carta tem na dignidade da pessoa humana seu maior valor e assegura a igualdade entre brasileiro e estrangeiro, enquanto o Estatuto do Estrangeiro, na contramão, não reproduziu tal valor axiológico. Isso se deu, também, porque foi desenvolvido antes da Magna Carta, no período da ditadura militar, e dessa forma retrata o contexto sócio-político do período, demonstrando um restritivo cunho de direitos.

4.1.3 Nova lei de Imigração nº 13445/2017

A Nova Lei de Migração trouxe determinados avanços no tocante à redução da visão dos imigrantes como “estranhos” para o ordenamento social:

Esse novo marco legal precisa ser demonstrado como uma “Lei dos Migrantes” ou “Estatuto dos Migrantes”, extinguindo-se a expressão “estrangeiros”, que remete aos estranhamentos e que deixa de fora o reconhecimento da condição humana de serem migrantes, ou de estarem em mobilidades por quaisquer razões e atuarem em espaços públicos de que não é nacional. (COSTA, 2006, p.47)

Isto é, mesmo o Estado ainda mantendo significativos estigmas no que se refere às imigrações, a referida lei notou a problemática na expressão usada em face da questão migratória.

A lei em questão evolui no que tange aos direitos e garantias fundamentais, todavia, continua com alguns aspectos que excluem os imigrantes. Como por exemplo, omitir o direito humano de imigrar como sendo direito fundamental, que asseguraria o direito subjetivo de ingresso e permanência; assim como omitiu o direito político ao imigrante (BARROS, 2011).

A lei, em sua disposição geral, destaca que disporá sobre o direito e dever dos migrantes e dos visitantes, regulamentando suas entradas e estadias no Brasil, assim como, estabeleceu princípios e diretrizes para a política pública dos imigrantes. Dessa forma, é latente em apresentar a real intenção e preocupação dos legisladores, ao passo que excluíram os imigrantes dessa política pública (BARROSO, 2009).

Outro ponto relevante é que a referida lei é cristalina ao afirmar que não ocorrerão discriminações em razão da condição migrante. Não obstante, em alguns pontos acaba contradizendo-se e deixando de fora garantias e direitos de certo imigrante pela sua própria condição, como por exemplo, tratando como irregulares os imigrantes não documentados, acarretando uma desigualdade entre os imigrantes (NICOLI, 2011).

Nota-se que o arcabouço normativo no tocante à migração se modifica conforme a necessidade de cada cenário político. Hoje em dia, o diálogo no tocante à migração tomou proporção diferenciada de outro período e, conseqüentemente, necessita de nova preocupação e demanda a ser atendida, como a inserção da pauta dos direitos humanos. Ademais, pioneiramente a legislação do país inseriu os direitos dos imigrantes, aspecto pioneiro também no aspecto legal, visto que antes não tinha menção a esse respeito (BARROS, 2011).

Portanto, reconhecendo o avanço e levando em conta os aspectos que ainda não de ser aprimorados, nota-se que o caminho para legitimar o direito humano de migrar como direito básico ainda é distante, mesmo com os pequenos avanços. Todas as complexidades da realidade dos imigrantes deverão ser reconhecidas e admitidas para que as políticas migratórias evoluam de forma humanitária, pois como bem aduz Lopes (2009), as imigrações são "*atos sociais completos*" que merecem destaque e efeito suporte legislativo consubstanciados na Agenda Internacional dos Direitos Humanos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os objetivos apontados foram atendidos, o trabalho conseguiu mostrar que os imigrantes possuem seus direitos garantidos por lei no Brasil, observando que no que se refere aos direitos do trabalhador imigrante, descrito na legislação brasileira, frequentemente ocorre uma desumanização por parte dos empregadores, desrespeitando a lei.

Observa-se que as relações trabalhistas no Brasil têm passado por várias evoluções históricas de acordo com o avanço das leis brasileiras. Observando que cada conceito relacionado ao empregador e ao trabalhador é especificado por lei, sem que haja dúvida do papel de cada um. No Brasil, a imigração ocorre desde o

descobrimto do país, principalmente em busca de mão de obra barata, observando que devido uma política de imigração seletiva e rígida, o crescimento do fosso de desigualdade e de um movimento clandestino se desenvolve.

Percebe-se, assim, que as ilegalidades praticadas pelo Brasil com relação à imigração emergem como prática contra os Direitos Humanos, causando uma desumanização dos imigrantes no país.

Conclui-se que a Constituição assegura o princípio da não discriminação conjuntamente com o da igualdade entre o nacional e o estrangeiro, por serem todos iguais diante a lei. Por isso, os direitos humanos, a dignidade do homem e o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico, devem ser garantidos para os imigrantes.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Estatuto do Estrangeiro: Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>.

Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/lei-de-migracao/impactos-da-nova-lei-de-imigracao-no-13445-2017>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

COSTA, Luís Cesar Amad. História do Brasil. 11. ed. São Paulo: Scipione, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

MIGRAIDH. Nota técnica. Nova Lei de Migrações – PL 2516/2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoestemporarias/especiais/55a-legislatura/pl-2516-15-institui-a-lei-demigracao/documentos/outros-documentos/nota-tecnica-migraidh>>. Acesso em: 18out. 2019.

MILESI, Rosita. Migrações Internacionais No Brasil Realidade e Desafios contemporâneos. Instituto Migrações e Direitos Humanos. 2010.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. A condição jurídica do trabalhador imigrante do direito brasileiro. São Paulo: Ltr, 2011.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Igualdade no trabalho: Um desafio contínuo. Portugal, 2011.

PATARRA, Neide Lopes. Migrações internacionais de e para o Brasil contemporâneo: volumes, fluxos, significados e políticas. Revista São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v.19, n. 3, p. 23-33, set. 2005.

PINTO, Airton Pereira. Direito do Trabalho, Direitos Humano Sociais e a Constituição Federal. São Paulo: LTr, 2006.

SAYAD, Abdelmalek. A Imigração. Ou os Paradoxos da Alteridade. São Paulo, EDUSP, 1998.

NOTAS:

[1] Advogada e consultora Jurídica em Direito Tributário; Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Professora de Direito Tributário em cursos preparatórios para carreira jurídica. Professora de Direito tributário e de Direito Constitucional do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Newton Paiva e do Centro Universitário UNA.

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONSERVAÇÃO DA AFETIVIDADE DOS NÚCLEOS FAMILIARES EXTINTO

BRENDA NERES ALVES:

Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Palmas – TO.

WELLINGTON GOMES MIRANDA^[1]

VALDIRENE CÁSSIA DA SILVA^[2]

(orientadores)

RESUMO: O presente artigo consiste em verificar a mediação como um instrumento de conservação da afetividade nos núcleos familiares extintos. O método de pesquisa utilizado neste trabalho foi o dedutivo, que permite chegar a uma conclusão necessária com base nos enunciados e premissas. A natureza desse projeto será de caráter descritivo. O instrumento que será empregado como fonte para coleta de dados é a revisão de literatura específica. E a abordagem que será empregada nesta pesquisa é o método qualitativo, este possui como objetivo, o estudo dos aspectos mais subjetivos que pretende demonstrar, não só conhecimento adquirido mediante números e estatísticas, e sim a profundidade da situação no contexto da vida social, através do comportamento humano, fornecendo as análises sobre investigações, atitudes e tendências de comportamentos. Conclui-se que a mediação é um método que proporciona a parte uma nova maneira de resolver a lide, valorizando a escuta ativa e o autocontrole do próprio conflito, enaltecendo o diálogo e preservando a afetividade entre a entidade familiar dissolvida.

Palavras-Chave: Mediação, Família, Direito da Família, Afetividade.

ABSTRACT: The present article consists of verifying mediation as an instrument of conservation of affectivity in extinct family nuclei. The research method used in this work was the deductive one, which allows reaching a necessary conclusion based on the statements and premises. The nature of this project will be descriptive. The instrument that will be used as a source for data collection is the review of specific literature. And the approach that will be used in this research is the qualitative method, which aims to study the most subjective aspects that it intends to demonstrate, not only acquired knowledge through numbers and statistics, but the depth of the situation in the context of social life, through human behavior, providing analysis on investigations, attitudes and behavior trends. It is concluded that mediation is a method that provides the party with a new way to resolve the dispute, valuing active listening and self-control of the conflict itself, enhancing the dialogue and preserving the affectivity between the dissolved family entity.

Key Words: Mediation, Family, Family Law, Affection.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Direito da família 2.1 Evolução Histórica do Direito da Família 2.2 Princípios Constitucionais Importantes para o Direito da Família 2.2.1 Princípio da Pluralidade das Formas de Família 2.2.2 Princípio da isonomia entre cônjuges e companheiros 2.2.3 Princípio do Melhor interesse da Criança 2.2.4 Princípio da Afetividade no Direito da Família 3. Divórcio 3.1 lei do divórcio 4. Acesso à justiça através dos novos métodos de solução de conflitos 5. Mediação 5.1 Mediação como método de preservação da afetividade no núcleo familiar após sua extinção 6. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça, por muitos anos, acontecia somente com a busca pelo Sistema Judiciário, devido a sua grande procura, os resultados acabavam não sendo resolvidos de forma satisfatória, de modo que, o acúmulo de processos ajuizados trouxe um período de crise no Poder Judiciário. Conseqüentemente, acarretou críticas severas, tendo em vista a vagoriedade na entrega das respostas da prestação jurisdicional.

A busca pelo Poder Judiciário, continuou de maneira constante, pois é através deste poder que ocorrem as resoluções dos conflitos, de maneira que, todos os direitos e garantias que estão presumidos no ordenamento jurídico sejam respeitados. Com isso, a população criou uma cultura de que todas as demandas judiciais fossem resolvidas através de um Juiz de Direito, de forma litigiosa, havendo sempre um ganhador e um perdedor.

Por conta de toda a morosidade do Judiciário, o sistema começou a criar novos mecanismos, que seriam capazes de resolver as desavenças da sociedade, sendo amparados pelos direitos regidos pela Constituição Federal, momento em que surge a mediação, um método alternativo de resolução de conflitos, que foi originado para auxiliar o Judiciário na busca pelo acesso à justiça, de maneira que as partes possam trabalhar o conflito através do diálogo, o que garante também a resolução da lide de maneira mais célere e eficaz.

O término do amor conjugal é comum na sociedade contemporânea, as desavenças e diferenças que são criadas na convivência à dois, se tornam insustentáveis em algumas relações, acarretando na ruptura dos casais com ressentimentos que não são sanados em um processo judicial, em razão do conflito eminente não ser trabalhado, entre os envolvidos.

O rompimento do matrimônio, além das consequências emocionais que as partes devem lidar, traz consigo as responsabilidades que foram assumidas após optarem pelo casamento. Deveres estes que estão exarados no ordenamento jurídico, ainda mais, quando advêm filhos desta união. Pois ainda que o núcleo familiar venha se dissolver, deve permanecer, o cuidado com os filhos para que consigam, construir uma convivência harmoniosa preservando a afetividade, evitando consequências emocionais grave aos menores.

Este método é uma maneira mais eficaz de encontrar uma solução para as desentendimentos sofridos após a separação dos casais, de maneira que nenhuma parte fique prejudicada diante do litígio, pois uma das características da mediação é garantir que as duas partes possam ter um diálogo construtivo, mediado por uma terceira pessoa imparcial, para que consigam chegar a um acordo frutífero e uma boa convivência pessoal.

2. DIREITO DA FAMÍLIA

A Constituição Federal versa sobre a família em seu art. 226, como “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988).

O Direito da Família, segundo Goncalves (2012), é diferente de todos os outros ramos do direito, é o mais ligado a vida, tendo em vista que as pessoas de modo geral, originam-se do núcleo familiar e todos seus costumes estão vinculados a convivência com seus descendentes, ainda que venham constituir uma nova família ou uma união estável, pois os seus princípios estão ligados à sua criação durante toda sua vida.

O início da vida humana já se constitui dentro de uma entidade familiar, uma vez que o próprio indivíduo tem origem a partir de outros seres humanos. A concepção de família sofria alterações, continuamente, com o decorrer dos anos, devido a influência das mudanças no poder aquisitivo, político, religioso e social, de acordo com os costumes e tradições de cada localidade.

A família é a base do estado, sendo ela um núcleo fundamental para organização social, responsável também pelo avanço e evolução do perfil dos seus membros, pois reflete diretamente nas mudanças sociais, formalizando de fato um personagem essencial na prosperidade do Estado. Além disso é uma instituição necessária e sagrada, que sempre será amparada e receberá a proteção do Estado.

É importante ressaltar, que a palavra família, no sentido jurídico, possui inúmeros significados, Silvio de Salva Venosa (2013), diz que a família em sentido amplo é um grupo de pessoas ligadas a um vínculo jurídico e de natureza familiar.

No sentido estrito, família é um núcleo formado por pais e filhos que vivem sobre união e compartilham do mesmo cotidiano.

Para melhor entendimento sobre o direito da família, é necessária uma explanação sobre a evolução deste instituto.

2.1 Evolução Histórica do Direito da Família

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, todo poder familiar era conferido ao marido, tendo em vista, que a família era fundada no patriarcalismo e na hierarquia dos seus componentes. Era nítido que havia um poder absoluto entre o chefe da família, sendo ele o homem da relação e a mulher e seus filhos submissos a ele.

O Direito da Família passou por muitas mudanças e com perpassar dos anos, foi transformada a ideia de que a entidade familiar só era fundada por meio do casamento, modificando ainda o principal objetivo do matrimônio, sendo ele os crescimentos patrimoniais e a melhora econômica das famílias tradicionais.

O Código Civil de 1916, havia uma linha extremamente conservadora e patriarcal. Na sua redação inicial, diz que o marido, possuía o comando sobre o matrimônio e a autoridade sobre os filhos menores. Com o decorrer dos anos, o papel da mulher foi sendo reconhecido na sociedade e logo após foi consagrado através da promulgação da Constituição Federal de 1988.

As relações extramatrimoniais não eram consideradas como famílias, e só encontravam um amparo no direito das obrigações. Na legislação anterior e na Constituição Federal de 1988, era proposto que apenas o matrimônio seria reconhecido como forma de constituir uma família. Os demais vínculos familiares que eram criados, mas não eram formados através de um casamento, não ganhavam a proteção no ordenamento jurídico.

A revolução industrial e as modificações de valores e comportamento social junto com a introdução da mulher no mercado de trabalho fizeram com que a família adquirisse uma nova estrutura.

O indivíduo passou a ser a alma do desenvolvimento do Estado, sendo amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Dias (2010), diz que, a constitucionalização do Direito da Família judicializou as relações que eram criadas fora do casamento, sendo inseridas no conceito de família a união estável, família monoparental, entre outros modelos de núcleo familiares que foram surgindo com o passar do tempo.

Com o reconhecimento da igualdade entre o homem e a mulher, inclusive no exercício da parentalidade, juntamente com o advento da independência da mulher e conseqüentemente das que viviam em matrimônio, foi ocorrendo a diminuição do autoritarismo patriarcal, e aos poucos os filhos foram sendo tratados de forma mais igualitária e menos discriminatória.

Lôbo (2010), afirma que os obstáculos que a família passou, no mundo ocidental, ecoaram em toda natureza do direito da família, quanto maior foi a taxa de desigualdade, hierarquização e a cessação de direitos entre os membros familiares, maior foi o poder marital. Após a independência das mulheres casadas, na medida em que os filhos foram obtendo dignidade e conversação legal e uniforme, ocorreu a diminuição de que os serviços domésticos era obrigação da mulher.

Em outra perspectiva, a equidade que começou a ser conferida entre a mulher e o homem, reduziu a soberania parental que estava destinada apenas ao marido, concedendo uma igualdade de direito e deveres dos pais com seus filhos. O que só prova que o ordenamento jurídico inserido após 1988, veio a evoluir e garantir uma grande valorização da afetividade e da convivência familiar entre pais e filhos, como a melhor forma para favorecer o bom desenvolvimento destes.

A visão de que a família era criada exclusivamente através do casamento, de maneira "patriarcal", foi abandonada, sendo que de fato já era o que ocorria na sociedade. A família foi saindo da singularidade e partindo para modelos mais abertos, colocando o amor e afetividade como princípios basilares para a construção de uma entidade familiar, conforme artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Segundo Gonçalves (2012) a Constituição e novo Código Civil, se reporta a família sem defini-la, haja vista este instituto não possuir uma identidade de convicções, tanto no direito, como na sociologia.

Com o advento do Código Civil (2002), adotou-se pela primeira vez a nomenclatura "poder familiar":

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Ademais, a Carta Magna de 1988, trouxe a ideia de que o poder familiar não era mais uma autoridade suprema que os pais exerciam sobre os filhos, mas sim como um poder e dever a ser concretizado em favorecimento exclusivo destes. Nessa linha, a Constituição Federal enuncia (1988)

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

2.2 Princípios Constitucionais Importantes para o Direito da Família

O conceito do homem liderar a família, e não reconhecer a mulher como mentora de deste instituto, foi banalizado. Novos princípios e direitos foram consagrados, com o objetivo principal de proteger toda a entidade familiar, principalmente os frutos dessa união, como a criança e o adolescente.

É notório que a Carta Magna de 1988 possui princípios implícitos e explícitos, dentre os quais alguns são destaque para a família. Sendo os princípios explícitos o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da solidariedade, o princípio do melhor interesse para a criança e do adolescente, e o princípio da pluralidade familiar. E em relação aos implícitos, temos o princípio da afetividade, que ganhou suma importância na família contemporânea.

Princípios estes de total relevância para o direito da família, sendo alguns deles explanados nos subtópicos a seguir.

2.2.1 Princípio da Pluralidade das Formas de Família

Este princípio foi formalizado em forma de lei, na Constituição Federal de 1988, previsto nos parágrafos §§ 3º e 4º do artigo 226, embora já de fato no mundo inteiro os indivíduos já vinham desvinculando da sociedade, esta ideia de “Família Tradicional”, que encontrava escrito na legislação já ultrapassada, que definia família apenas aquela advinda do casamento.

Dias discorre (2013) que este princípio do pluralismo das entidades familiares é visto como um reconhecimento do estado de inúmeras possibilidades de arranjos familiares, que podem ser criadas na sociedade, não apenas aquela advinda do casamento.

A família contemporânea é vista de forma aberta e plural. A Carta Magna de 1988 apresenta uma definição inovadora sobre família, sendo ela, plural, matrimonializada, substancialmente igualitária, sem hierarquia, e com objetivo principal pautado na procura de uma vida harmônica.

Através do princípio do Pluralismo Familiar, cria-se a possibilidade da família ser aceita e ter liberdade na sua constituição e consagração na sociedade, independentemente da forma como é concebida, seja por casamento, por união estável ou outras diversas formas de entidades familiares que foram sendo criadas com decorrer dos anos, desde que respeite o Direito da Família.

2.2.2 Princípio da isonomia entre cônjuges e companheiros

O princípio da igualdade ou isonomia entre os cônjuges vem descrito no preâmbulo da Constituição, no caput do artigo 5º inciso I, sendo reafirmado também no capítulo atribuído ao Direito da Família. É através deste princípio que é concedido a outorga da igualdade aos cônjuges, sem diferenciação de gêneros.

O Código Civil de 2002, ratificou essa igualdade entre homem e mulher, atribuindo direitos e deveres iguais aos cônjuges. O que faz com que ambos possam guiar a direção da relação conjugal, com deveres recíprocos, e também com a possibilidade de usar o nome de qualquer um dos cônjuges em seu registro, entre outros direitos e deveres que são atribuídos ao casal.

A proclamação desse princípio deu fim ao poder marital, cedendo os mesmos direitos conferido ao homem às mulheres, extinguindo, com o que o doutrinador chama de “encapsulamento” da mulher, que nada mais é do que destinar a mulher apenas serviços domésticos (GONCALVES, 2012).

2.2.3 Princípio do Melhor interesse da Criança

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está inserido no caput do artigo 227, em consonância com os artigos 4º, caput, 5º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

Este princípio veio para legitimar a importante proteção do estado que é dada à criança e o adolescente, em razão ser um indivíduo em desenvolvimento, o que o torna independente, requer uma primazia perante o Ordenamento Jurídico.

Com base doutrinária este princípio resguarda a proteção à criança e ao adolescente, o que acarretou em uma contraversão de interesse na relação de pais e

filhos. Diante disso, este princípio prioriza proporcionar a qualidade de vida da criança, em toda situação, independente das circunstâncias.

O que se pode predeterminar em relação a este princípio é sua estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente. Estes, além de detentores dos direitos fundamentais “gerais” – isto é, os mesmos a que os adultos fazem jus –, têm direitos fundamentais especiais, os quais lhes são especialmente dirigidos. Garantir tais direitos significa atender ao interesse dos menores (PEREIRA, 2004).

De modo que, o direito à convivência familiar, é de total importância para o crescimento da criança. É com este apoio que irá proporcionar um desenvolvimento sadio ao menor, em da razão da sua vulnerabilidade, fica obrigado aos Pais a sua criação e educação, de forma que haja um desenvolvimento integral do menor.

Este Direito que está inserido no art. 227 da Carta Magna, está igualmente consignado no art. 9.3 da Convenção dos Direitos da Criança: “os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança. ”

Demonstrando que o Estado valoriza a convivência familiar como tutela prioritária do menor, assegurando a manutenção das relações paterno-filiais, ainda que os genitores estejam separados.

2.2.4 Princípio da Afetividade no Direito da Família

O conceito da palavra “afeto” no dicionário português diz que “sentimento de imenso carinho que se tem por alguém ou por algum animal; amizade”. Sentimento e emoção que se manifestam de muitos modos: amizade é uma forma de afeto. Segundo Pessanha (2011, p. 102), o afeto é um sentimento de inclinação ou afeição por alguém, podendo ele se manifestar através de uma amizade, paixão ou até mesmo uma simpatia.

A Família atual vive um seguimento de mudanças emblemáticas ao longo dos dias, onde fica evidente que as influências nas relações externas (religiosa, estatal e classes sociais), foram perdendo importância na sociedade. As relações começaram a surgir através de uma identificação pessoal ou simpatia, obtendo um grande aumento dos relacionamentos entre os indivíduos, através do afeto entre os integrantes.

Aos poucos, esses vínculos foram se expandido, causando inúmeros tipos de relações de acordo com as particularidades de cada indivíduo, sendo ele o pilar para o começo de uma relação pessoal. O que o torna um dos elementos principais para o início da consagração de uma entidade familiar nos dias atuais.

Diante disso, uma grande quantidade de entidades familiares foi sendo reconhecidas, sendo definidos apenas por laços afetivos, o que trouxe uma maior visibilidade do afeto nos relacionamentos, ocasionando diversos tipos de uniões, separações, novas uniões sem precedente. Causando o aumento de instabilidades nas relações familiares, que antigamente eram vistas como estáveis.

Apesar da palavra afeto não estar especificado de forma explícita no Ordenamento Jurídico, a afetividade foi judicializada devido a sua importância em uma relação familiar igualitária, que é voltada na busca da felicidade entre os indivíduos, sendo eles provenientes de um ideal construído no convívio social, com amparo jurisprudencial, doutrinário e legislativo.

Dias (2013, p. 74), declara que o Estado é o maior responsável em atestar o afeto e que o Princípio da Afetividade preza pelas funções afetivas da família, ao contrário da ideia do modelo de família "Tradicional" que era definida na legislação anterior, ou seja este princípio exclui a ideia de que filhos consanguíneos, possui maior direito entre o adotivos.

Em concordância, Lobo (2010, p. 156) , diz que este princípio é construído por um grupo conectado por laços afetivos e desejos em uniformidade com a vida, o que faz estimular a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, com um íntegro sentimento de solidariedade recíproca, não obtendo nenhum tipo de interesse econômico e patrimonial. Onde não resta dúvidas que o Princípio da Afetividade é norteador do Direito da Família.

3. DIVÓRCIO

O Conforme dados divulgados em dezembro de 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil registrou 373.216 divórcios, o que representa um aumento de 8,3% em relação a 2016 (344.526 divórcios). Ademais, conforme a pesquisa do IBGE, a taxa geral de divórcio (número de divórcios em relação à população de 20 anos ou mais de idade) aumentou de 2,38% divórcios a cada mil pessoas, em 2016, para 2,48% em 2017. (IBGE, 2018)

Quando falamos em relacionamento humano, sabemos que desde o início dos tempos existem os conflitos interpessoais, em razão do grande número de pessoas com opiniões e pensamentos diferentes. Segundo Dinamarco (2013, p. 335), quando

convivemos em sociedade as pessoas tendem a discordar e querer que suas vontades estejam acima da vontade do outro. Diante disso, das diferenças vem sendo surgidas durante a união, leva o casal a uma crise e na maioria das vezes a extinção do casal.

A grande preocupação é que diante da ruptura do casal, a entidade familiar é totalmente atingida, gerando grandes consequências, muitas vezes irreparáveis. Os maiores prejudicados são os filhos provenientes dessa união. Muitos não aceitam a extinção do núcleo familiar e outros também são usados pelos próprios cônjuges para atingir um ao outro no processo e após a separação.

A mediação familiar foi um método alternativo criado pelo poder judiciário para que a lide seja resolvida juntamente com o conflito, encontrando uma solução viável para a controvérsia, mantendo um bom convívio e resguardando a afetividade do núcleo familiar extinto.

3.1 Lei do divórcio

A lei N° 6.516, de 26 de dezembro de 1977, “regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e retrospectivos processos e dá outras providências.” Esta Lei, veio para regulamentar de fato esse novo instituto jurídico, que na época foi extremamente criticado, devido a grande influência dos deveres instituídos na igreja. Embora de fato já era o que ocorria em toda sociedade. Antigamente, quando a união era destituída, ocorria o desquite, onde era feita a separação de bens, sem rompimento do vínculo matrimonial, o que não permitia que a outra pessoa se casasse novamente.

Diante disso, a lei N° 6.516/77, dita também como lei do divórcio, outorgou a possibilidade da parte se casar novamente, independente de já ter constituído uma união. Ademais, o Código Civil de 2002, reconheceu as uniões estáveis que possuem uma convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de ter uma família, como entidade familiar.

O processo de Divórcio é uma fase muito delicada para diversos casais, pois as partes passam pelo desgaste do processo judicial, com toda mágoa acumulada daquele relacionamento e do seu ex-cônjuge, tornando um processo dolorido e muitas vezes infrutífero para suas satisfações pessoais.

4. ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DOS NOVOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com o passar do tempo, o estado, através do poder judiciário, foi impelido a criar novos mecanismos para a solução dos conflitos insurgentes. Afinal, o grande

aumento de processos judiciais se deu em virtude do crescimento populacional e do aumento da tecnologia, que causou uma maior acessibilidade dos indivíduos sobre informações a respeito do que é seu de direito, fazendo com que as pessoas buscassem com mais frequência o Sistema Judiciário para resolver suas lides, de modo que todos os seus problemas fossem sanados de maneira adequada.

À vista disso, o Poder Judiciário se viu cada vez mais sobrecarregado, moroso e com alta demanda de processos e conflitos sem resolução. Percebe-se que, todas essas mudanças no âmbito judicial, acarretaram na violação de alguns princípios constitucionais, como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o princípio da duração razoável do processo, conforme artigo 5º da Constituição Federal, nos seus incisos XXXV e LXXVIII:

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

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, como forma de solucionar todos esses impasses, foi visto a necessidade de criar novos artifícios que visam agilizar o percurso processual. Sendo assim, foram elaborados novos Métodos Alternativos de Soluções de Conflitos (MASCs), que possui como objetivo principal afrouxar o Judiciário e garantir que os conflitos sejam solucionados de maneira mais ágil e satisfatória.

Em concordância com Luchiari (2012, p. 76), essa formação é marcada em um novo pensamento de inserção, que não seja baseado apenas em sentença e decisão judicial, passa a ser considerada outras maneiras de solução de conflitos, com enfoque ao valor moral, social e jurídico. Além do mais, ressalta Bacellar (2016, p. 87), que esta visão só pode ser alterada se for trabalhada os métodos consensuais de resolução de conflitos, visto que, são meios criados para facilitar a resolução das lides, sem a vagariedade do Judiciário.

Portanto, foi instituída a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 29 de novembro de 2010, a fim de assegurar o desenvolvimento da Política

Pública de tratamento adequado aos conflitos e a qualidade dos serviços de conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de pacificação social e de prevenção de litígios.

Além disso, é importante ressaltar a Lei Nº 13.105, de março de 2015 do Código de Processo Civil coloca a solução consensual, como uma finalidade a ser conquistada, com o incentivo do estado e de todos que atuam no processo, conforme artigo 3º onde diz que:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

5. MEDIAÇÃO

A mediação está conceituada na Lei nº 13140/2015, no seu artigo 1º, parágrafo único, se trata de um método onde a atividade técnica é exercida por um terceiro imparcial, sem poder decisório, que pode ser escolhido ou aceito pelas partes, estimulando e auxiliando o desenvolvimento das soluções consensuais para resolução das controvérsias. (BRASIL, 2015)

Esse método surgiu devido a necessidade da intervenção de uma terceira pessoa diante de um conflito, em consonância com Júnior (2017, p. 55) trata-se de um método dinâmico, que visa o entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito. Fazendo com que as duas partes entrem em consenso através do diálogo. A decisão é feita pelos interessados, pois o mediador não tem poder decisório e não influencia diretamente na decisão das partes.

A mediação se diferencia dos outros métodos de solução de conflitos, pois quando as partes estão passando por um conflito de vontades, é oportuno um momento para que juntos, cheguem a uma solução unânime para a controvérsia enfrentada.

Ademais, a mediação é orientada por princípios e características, conforme Martins (2016, p. 345) são eles a, imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia a vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

5.1 Mediação como método de preservação da afetividade no núcleo familiar após sua extinção

Os conflitos familiares possuem particularidades, que se diferenciam de outras espécies de lide. Diante disso, é necessária uma maneira específica para resolução destes conflitos, sendo atualmente a mediação familiar a solução mais pertinente para tratamento de conflitos quando envolve entidade familiar.

Além do mais, Júnior e Almeida (2012, p. 456), no fim de uma entidade familiar, através da separação, divórcio ou dissolução da união estável, não só o aspecto legal deve ser levado em consideração, e sim todos os pontos, inclusive os mais íntimos e subjetivos, pois é onde estão os verdadeiros motivos dos desentendimentos que precisam ser discutidos. De maneira que, as partes consigam chegar ao entendimento, e assim obterem uma boa relação após a separação, é de fundamental importância que os laços afetivos sejam revistos e reestruturados.

A mediação é uma forma alternativa de resolver ou transformar conflitos no âmbito familiar, devido este método dar importância a história de vida das partes e a preservação ao emocional. Pois quando se trata de conflito familiar, envolvem várias questões afetivas, sendo importante a oportunidade das partes de dialogarem para buscar a solução do conflito criado por eles.

Thome (2007, p. 117), diz que a mediação familiar é amparada de todos os princípios que norteiam o Código Civil Brasileiro. Alerta a doutrinadora, que este método é apresentado como um processo de gestão de conflitos, oferecendo ao núcleo familiar um ambiente adequado à uma negociação, com a escuta e a autodeterminação que devem ser seguidas após a solidificação do rompimento matrimonial.

Diante da gestão de conflitos, as partes passam por uma experiência de reflexão e surgimento de novas ideias, fazendo com que através deste diálogo possam vir a sentir o surgimento de uma nova subjetividade, sem deixar de cumprir as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico para a resolução das desavenças.

Portanto, o objetivo principal da mediação é a conversão do litígio. Outro sim, este método também, evita posteriores divergências, uma vez que através da reflexão que é feita entre os indivíduos, eles são capazes de possibilitar uma transformação positiva, com crescimento e acima de tudo a edificação de um compromisso entre ambas as partes. Adquirindo ensinamentos que as próprias partes consigam identificar a solução de uma possível negociação, através de parâmetros próprios.

Quando as partes conseguem identificar a presença de uma incompatibilidade e ela é reconhecida, a obrigação é de destrinchá-las, onde existe uma maior possibilidade de distinguir sobre os seus interesses pessoais e suas verdadeiras necessidades.

A solução encontrada pelas partes é a que melhor atende aos seus interesses, pois, envolvidas num processo em que reconhecem a existência de um conflito e a necessidade de resolvê-lo, as pessoas tem maior possibilidade de fazer a distinção entre o que se refere ao aspecto econômico, material e o que diz respeito ao lado emocional, afetivo e singular. Observando a realidade sob um outro prisma, sem noção de que haverá um ganhador ou perdedor, os cônjuges vêm facilitando o processo de negociação (ALMEIDA, 1999, p. 116).

É importante ressaltar que, para chegar a verdadeira satisfação dos interesses dos jurisdicionados, não é necessário apenas a resolução da lide processual, pois em consonância com Rodrigues Júnior e Almeida (2012, p.69), a verdadeira justiça com paz social só é alcançada quando todas as questões que envolvem o litígio são discutidas e tratadas de forma completa e satisfatória para ambas as partes. Isso acontece quando chegamos em um acordo através da mediação, pois este método é capaz de alcançar a uma solução satisfatória e duradoura, tendo em vista, as partes aceitem o acordo como justo e fazendo cumprir o que foi determinado.

Para mais, a mediação é essencial nos conflitos familiares, pois além de ser menos desgastante emocionalmente, as pessoas envolvidas nos conflitos são responsáveis por estabelecer as decisões sobre sua perspectiva de vida, ou seja, ficará a critério das partes o que é mais justo diante das suas necessidades, pois neste procedimento as pessoas são levadas a agir de maneira cooperativa, diante da realidade, sem agir com acusações sem medida e ofensas baseadas nos posicionamentos pessoais de cada um.

Motta (2007, p. 45), diz que a mediação, não é uma invenção ingênua dos tempos modernos e sim um modo eficiente para evitar que as partes permaneçam com conflitos intermináveis, por conta dos ressentimentos causados na relação, cabe ao casal definir a melhor maneira para dissolução da união e resolução das suas desavenças.

Diante do exposto, entende-se que a finalidade da mediação é o restabelecimento da comunicação e preservação do relacionamento entre os indivíduos. Além do mais, representa a libertação e a criação de novos modos de

subjetivação, prevalecendo a inclusão e pacificação social. Sendo o objeto primordial segundo Tartuce (2017, p. 162) a restauração do diálogo, trazendo a harmonia, e o acordo será fruto da comunicação feita de forma correta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Família está propensa a passar por várias transformações ao longo do tempo, criando assim, diversos tipos de grupos familiares, cada vez mais ligados ao afeto e os valores em comum.

Na atualidade, junto com as famílias tradicionais, existem as famílias monoparentais, as recompostas, as famílias concubinas, as homoafetivas, dentre outras diversas formas de família que veem sendo criados com o passar dos anos. O Direito não poderia deixar de ajustar em seu ordenamento jurídico as modificações que foram surgindo na sociedade.

Ademais, a Carta Magna de 1988, trouxe consigo princípios e leis que norteiam hoje o Direito da Família, consagrando a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e do adolescente, a solidariedade, da liberdade e demonstrando ainda mais a importância da afetividade nas relações familiares.

Através do presente artigo, que teve como objetivo identificar a mediação como um método alternativo de solução de conflito e um instrumento de conservação da afetividade nos núcleos familiares extintos, verifica-se também o relato dos enfrentamentos históricos e sociais que as famílias enfrentaram com decorrer dos anos, devido as mudanças culturais. Foi possível concluir que os conflitos relacionados à família, antes de ser jurídico ele é afetivo, psicológico e envolve todo ressentimento de um casamento frustrado.

A sentença judicial, que trabalha apenas no material, não é capaz resolver os conflitos que foram criados na vida conjugal. Não obtendo um resultado positivo, podendo causar grandes consequências para as partes e para os filhos advindos da união.

Posto isto, faz-se necessário o incentivo de leis que coíbam, conscientiza e resguarda os direitos de todo o núcleo familiar, através da mediação que é um método alternativo de resolução de conflito, capaz de resolver as lides que ficaram a cargo do processo judicial e de toda morosidade do Sistema Judiciário, com a possibilidade de ser resolvido maneira mais célere e informal. É a alternativa com um método humanizado, que contribui de maneira efetiva no processo de rompimento da vida marital, conservando a afetividade entre os envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, . Garantia de Não Auto-Incriminação Extensão e Limites. 1ª. ed. Belo Horizonte: DEL REY LDA, v. 1, 2008. 46 p.

ALMEIDA, G. A. D. Manual Das Ações Constitucionais. São Paulo: Del Rey, 2007. 267 p.

ALMEIDA, R. B. R. J. W. E. Direito civil familias. 2ª. ed. [S.I.]: Atlas, 1999.

ALMEIDA, R. B. R. J. W. E. Direito Civil Famílias. 2ª. ed. [S.I.]: Atlas, 2012.

BACELLAR, R. P. Mediação e arbitragem. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BERENICE, M. Manual de direito das familias. São Paulo: Revista dos tribunais , 2010. 41-43 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Da educação, da cultura e do desporto, Brasília, 05 out 1988. art. 206, inciso I e VII; art. 208 inciso III.

BRASIL. Constituição Federal da Republica. Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jun 2020.

BRASIL. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. planalto, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 17 jun 2020.

BRASIL. Código Civil. Planalto, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 17 jun 2020.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Planalto, 16 mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 jun 2020.

BRASIL. LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. Planalto, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 17 jun 2020.

DIAS, M. B. Manual de direito das familias. 9ª. ed. São Paulo: Revistas dos tribunais , 2013. 70 p.

DIAS, M. B. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. 72-74 p.

DINAMARCO, C. R. São Paulo: Imprensa, 2013. 25-26 p.

GONCALVES, C. R. Direito Civil Brasileiro. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 245 p.

MOTTA, V. A. D. Família, Separação e Mediação. 2ª. ed. São Paulo: Método, 2007.

PEREIRA, R. D. C. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2004. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo?sequence=1>. Acesso em: 17 jun 2020.

PESSANHA, J. F. A Afetividade como Princípio Fundamental para a Estruturação Familiar. [S.l.]: Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, 2011.

RODRIGUES JÚNIOR, W. E. Justiça, A Prática de Mediação e o Acesso. São Paulo: Delrey, 2017.

TARTUCE, F. Mediação nos conflitos civis. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

TELES, A. D. A. Breve história do feminismo no Brasil e outros ensaios. São Paulo: Alameda, 2017.

THOMÉ, L. B. Princípio da Dignidade da Pessoa e Mediação Humana como Instrumento de Potencialização da Dignidade nas rupturas dos casais em família. Porto Alegre: [s.n.], 2007. 114-118 p.

NOTAS:

2 Professor da Unicatólica do Tocantins, Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela ESMAT/UFT, especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT/UFT, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus Brasília/DF, analista jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, Médico Veterinário e bacharel em Direito. E-mail: wellington.gomes@catolica-to.edu.br

3 Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins;. E-mail: valdirene.cássia@catolica-to.edu.br

A CONJUNTURA DA LOCAÇÃO DE IMÓVEIS SOBRE O REGIME JURÍDICO DIFERENCIAL DAS RELAÇÕES DE DIREITO PRIVADO EM FACE DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19)

ANA PAULA CRUZ DE SANTANA:

Bacharel em Direito pela Unifacs no ano de 2019; Aprovada no XXIX Exame de Ordem; Advogada.

RESUMO: Esse artigo busca trazer à baila as consequências trazidas pela disseminação do vírus COVID-19 no Brasil, no enfoque da conjuntura da locação de imóveis sobre o regime jurídico diferencial das relações de direito privado. Examina ainda, a viabilidade da negociação entre as partes, mais precisamente locador e locatário, no que se refere ao pagamento dos alugueres e as ações de despejo, bem como a influência que o Poder Judiciário teve a partir da crescente busca de respostas em face da situação de isolamento social.

Palavras-chaves: Vírus; COVID-19; Relações Jurídicas de Direito Privado; Locação de Imóveis; Negociação; Despejo; Aluguel; Poder Judiciário; Isolamento Social.

SUMÁRIO: Considerações iniciais. 1. A afetação do Estado nas relações jurídicas de direito privado. 2. A conjuntura da relação de imóveis sobre o regime jurídico diferencial privado e a PL 1.179/20. Considerações finais.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É de conhecimento público e notório que, no cenário atual em que o planeta se encontra, existe uma preocupação generalizada por parte de locadores e locatários a respeito de como se deve proceder atual e futuramente nos aspectos referentes ao cenário da pandemia do COVID-19.

Já se começa a observar um movimento mais frequente, onde os locadores começaram a conceder descontos no pagamento dos alugueres, considerando uma maior flexibilidade tanto no que se refere à quantia, bem como na data de pagamento. Os locatários, por sua vez, buscam encontrar alternativas para que a inadimplência e suas consequências tenham efeitos cada vez menores.

Os inúmeros contratos formalizados antes da pandemia são apontados pelos especialistas como um dos casos mais afetados pela reformulação e pelos impactos que a economia brasileira sofrerá. Toda essa crescente onda de acontecimentos será em decorrência das inúmeras mudanças suportadas pelo país, a partir do momento em que as chefias dos diversos setores empregatícios não terão mais como manter seus funcionários.

Assim, essa “bola de neve” terá um crescimento cada vez maior em decorrência da impossibilidade do exercício de trabalho pelos trabalhadores autônomos e informais, inviabilizando assim, o giro de capital.

É importante lembrar que essas locações, que podem ser residenciais ou não-residenciais, são, inclusive, fonte de renda para a maioria dos cidadãos. É bastante comum se ouvir falar que alguém recebeu uma economia extra e resolveu investir em aluguel. Já se percebe que esse faturamento, por sinal, é por muitas vezes fonte única de rendimento, ou seja, pessoas que vivem apenas do recebimento de valores pagos em decorrência dos aluguéis de imóveis.

Desta forma, com o isolamento social e o fechamento de toda e qualquer atividade que não seja essencial, as dificuldades em manter as relações privadas que foram formadas antes da pandemia estão sendo cada vez mais frequentes. Como consequência, houve um crescente congestionamento das ações relativas às discussões dessas tais relações no Poder Judiciário.

Sendo assim, certamente que o diálogo baseado no bom senso é o melhor caminho a ser tomado para que o impasse do pagamento seja resolvido. Entretanto, quando assim não puder ser estabelecido, procura-se uma resposta do Estado para que um ‘norte’ da medida a ser tomada seja aplicado.

2 A AFETAÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO

As relações jurídicas por si só, se baseiam praticamente em cada ato da vida pessoal, profissional e social do cidadão ao se relacionar com outra pessoa. E sendo assim, o Direito precisa estar em constante mudança, necessitando permanecer deveras maleável para que se adeque da melhor forma ao momento no qual qualquer associação seja firmada.

Atualmente, tem-se como maior exemplo da relação jurídica de direito privado a formalização do contrato. Este, é o negócio jurídico de excelência, a maior fonte de obrigação existente – ambas as partes envolvidas estão em condições de igualdade, uma não é superior à outra.

Sendo assim, é viável afirmar que no âmbito privado encontra-se uma maior autonomia, uma certa liberdade para se personalizar a aplicabilidade do direito. Ressalta-se que essa liberdade não é absoluta, uma vez que todo e qualquer ramo existente no âmbito jurídico precisa obedecer à algumas regularidades. A liberalidade diz respeito à tomada de decisões, à cooperação que deverá existir baseada na boa-fé contratual.

Os doutrinadores atuais, inclusive, entendem que a dogmática jurídica que informa o pensamento jurídico vigente não consegue mais dar conta de uma série de desafios e demandas sociais atinentes a sociedade contemporânea. Sendo assim, os institutos jurídicos utilizados pelos operadores do direito, na sua maioria, da mesma forma não respondem ou sequer conseguem se adequar aos fenômenos sociais que lhe dão causa (LEAL, 2002).

É nesse momento que se mostra essencial a atuação do Estado para direcionar e disciplinar alguns pontos das relações jurídicas privadas, fornecendo amparo legal e servindo como base para as diversas situações apresentadas pelas partes. As divergências que por ventura são encontradas nos negócios jurídicos, precisam, em sua grande maioria, de um terceiro com autonomia e imparcialidade para decidir e aplicar as funções inerentes ao ordenamento jurídico vigente.

Entretanto, é necessário que faça uma ponderação, onde se deve, em quase todos os pilares do direito moderno, imaginar uma balança, na qual de um lado, deverá estar a autonomia da vontade das partes e de outro, o norte conferido pelo ordenamento pátrio. Ou seja, o Estado deve interferir no direito privado para a redução das desigualdades sociais e fiscalização de qualquer desequilíbrio, mas sem excessos que atrofiam a autonomia privada e o desenvolvimento social-econômico (MENEZES,2017).

No momento em que se vive, tempos de COVID-19, precisou-se agir de forma mais célere, buscando moldar mais uma vez o mundo jurídico para que o mesmo se encaixe de forma mais eficiente nas mudanças que vem sobrechegando. O Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Antonio Dias Toffoli, deu início a este passo juntamente com Ministro Antonio Carlos Ferreira, do Superior Tribunal de Justiça e do Professor Otavio Luiz Rodrigues Jr., da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, contribuindo com o Senador Antonio Anastasia para a elaboração do Projeto de Lei do Senado 1.179 de 2020.

Nela, se buscava disciplinar de maneira mais urgente (o que momento requer), o regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do Coronavírus. Sendo assim, observa-se aqui uma iniciativa do Estado em propor alternativas às situações que interferem nas relações privadas em decorrência da situação de calamidade pública. (SIMÕES, 2020)

Observa-se então, a função estatal em garantir condições mínimas de sobrevivência a brasileiros impossibilitados de voltar à normalidade em diversos ramos, seja no trabalho, no lazer, ou na vida social.

3 A CONJUNTURA DA LOCAÇÃO DE IMÓVEIS SOBRE O REGIME JURÍDICO DIFERENCIAL PRIVADO E A PL 1.179/2020

Para que se entenda de forma completa o impacto da pandemia, necessário se fazer uma análise primordial no que se refere a alguns aspectos da lei do inquilinato. Esta, procura regularizar o mercado de locação de imóveis, disciplinando os direitos e as obrigações do inquilino e também do proprietário.

Uma das regras que mais se destaca é o dever que concerne ao locatário em se manter em dia quanto ao pagamento do aluguel e os seus demais encargos, devendo a forma de quitação assim como as datas, seguirem da forma como já estabelecido no contrato entabulado. Assim, aquele inquilino que não cumpre com suas obrigações poderá vir a sofrer as sanções firmadas na lei 8.245/91 (lei de locações), entre elas a ação de despejo.

Esse tipo de ação, considerada como procedimento especial pelo Código de Processo Civil, determina que o processo para o locador reaver seu imóvel seja realizado de forma célere, uma vez que, conforme preceitua o artigo 62, inciso II desta referida lei, o locatário é citado para que em 15 (quinze) dias, realize o pagamento do débito atualizado mediante depósito judicial como forma de evitar a rescisão contratual. Vejamos:

Art. 62. Nas ações de despejo fundadas na falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação, de aluguel provisório, de diferenças de aluguéis, ou somente de quaisquer dos acessórios da locação, observar-se-á o seguinte: II – o locatário e o fiador poderão evitar a rescisão da locação efetuando, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da citação, o pagamento do débito atualizado, independentemente de cálculo e mediante depósito judicial, incluídos: a) os aluguéis e acessórios da locação que vencerem até a sua efetivação; b) as multas ou penalidades contratuais, quando exigíveis; c) os juros de mora; d) as custas e os honorários do advogado do locador, fixados em dez por cento sobre o montante devido, se do contrato não constar disposição diversa.

É também disciplinada a possibilidade de concessão de liminar em casos específicos, onde é concedido ao órgão jurisdicional a viabilidade de adotar providências que representem a antecipação do resultado final objetivado pelo autor da demanda, qual seja o despejo (MELLO,2018). Como se sabe, o artigo 300 do CPC dispõe o seguinte:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Entretanto, diferente da menção acima, para que a tutela seja antecipada em ações de despejo, não é observado o famoso *periculum in mora*, e sim, requisitos específicos da mencionada lei, como a existência ou não de garantia no contrato de locação.

Sendo assim, observa-se que a lei 8.245/91 pode ser vista como uma forma de regular o mercado de aluguel de imóveis residenciais e não-residenciais, disciplinando as obrigações referentes tanto para o locador, como para o locatário. Além disto, identifica-se nela um viés de resolução e de ajuste, estimulando casa vez mais o lado conciliatório dos contratantes.

Com o cenário atual da disseminação do Coronavírus (covid-19), essa perspectiva de autocomposição passa a ser cada vez mais interessante no que se diz respeito ao mundo jurídico. Isto porque, a velocidade com a qual o vírus se espalhou, impôs aos cenários mundiais enormes providências necessárias sem os quais não estavam preparados, necessitando, desta forma, que o bom senso imperasse nas relações como um todo, ao menos inicialmente.

Conforme já mencionado, a situação econômico-financeira do país fora altamente afetada, tendo como consequência, entre diversas outras, o impacto na circulação de capital. Deste modo, a conjuntura da locação de imóveis mostra-se deveras balançada, uma vez que ambos os lados se tronaram frágeis e buscam uma solução que seja viável e decente diante de tais situações.

A situação de caso fortuito ou força maior impõe que as tratativas passem a se valer de alguns princípios fundamentais nas relações jurídicas privadas. É o caso da boa-fé, fundamental para o direito privado brasileiro, onde é essencial que se estabeleça um padrão ético de conduta e da lealdade, onde as partes devem agir com decoro sob pena de diversas sanções espalhadas pelo ordenamento jurídico.

Ou seja, a partir do momento que o locador e o locatário se encontram na situação de cautela e precaução com relação ao aluguel do imóvel, seja ele residencial comercial, é nítido que a negociação é o melhor caminho para a efetiva resolução de conflitos. O acordo a ser feito busca encontrar um meio termo no qual ambas as partes não sejam prejudicadas com o cenário atual diverso do acostumado.

As tratativas podem versar sobre diversas questões como por exemplo, novas datas de vencimento, redução das parcelas para pagamento das diferenças pós pandemia, revisão de valores, entre outras opções.

Logicamente que, quando se fala em acordo, em negociação, para que seja efetivo, é necessário que as duas partes cedam de alguma forma, disponha de algum fator a ser concedido a outra parte. No caso do locador, poderia ser considerada a viabilidade da diminuição da quantia do aluguel, ou até mesmo que a quitação do valor seja feita de três em três meses, oportunizando a posterior ajuda do judiciário (se necessária). Na mesma linha de raciocínio, o inquilino poderia se comprometer a realizar o pagamento imprescindivelmente na data estabelecida ou até mesmo, propor a quitação da prestação de alguma outra forma a ser aceita pela outra parte.

O melhor a se fazer ainda, é formalizar essa tratativa através de um novo contrato ou até mesmo um aditivo do principal para que não haja os riscos de um acordo verbal. Certamente que o mesmo deverá ser igual para ambas as partes, que devem agir de acordo com o quanto preceituado no princípio da cooperação, para que não haja nenhuma onerosidade excessiva para qualquer lado em detrimento do outro (GABRIEL, GISELE, 2020).

O mesmo entendimento deverá ser aplicado para as locações de imóveis comerciais. A lógica é deveras semelhante, uma vez que o locatário, nesse cenário, depende daquele imóvel para que suas atividades sejam mantidas.

Entretanto, sabe-se que em algumas situações, a via do trato não é a melhor opção por diversos motivos, sendo necessária a intervenção do Estado. Por estas razões, com a finalidade de melhor formalizar as situações da relações jurídicas privadas em tempos de pandemia, fora remetido à Câmara dos Deputados o projeto de lei 1.179/2020 que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (MINAS GERAIS, 2020).

Nela estava disposto que os locatários de imóveis urbanos que tivessem a renda diminuída, sejam por demissão ou redução de carga horária devido à pandemia, poderiam "suspender, total ou parcialmente, o pagamento dos aluguéis vencíveis a partir de 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020".

A medida previa, ainda, que os aluguéis vencidos terão que ser pagos de forma parcelada, "a partir de 30 de outubro de 2020, na data do vencimento, somando-se à prestação dos aluguéis vincendos o percentual mensal de 20% dos aluguéis vencidos". Havia também a questão referente à restrição da justiça na concessão das liminares de despejo para desocupação de imóveis urbanos até determinada data.

Restou lembrado ainda neste mesmo projeto, que as obrigações vencidas antes do início da pandemia não se encaixam no texto legal.

Ou seja, não se trata de uma revisão no contrato de aluguel, mas sim, em um pedido de revisão contratual temporária em face da pandemia, amparado na teoria da imprevisão adotada pelo Código Civil. O contrato de locação é bilateral na medida em que determina a prestação e a contraprestação a ambas as partes contratantes – a disponibilização de bem imóvel mediante pagamento dos alugueros (TRIBUNA DO NORTE, 2020).

Já um outro projeto de lei, o 936/2020, ainda em análise, busca alterar a lei do inquilinato para impedir a execução de ações de desocupação de imóveis urbanos, residenciais ou não, enquanto durarem as medidas de enfrentamento da pandemia de Covid-19 no País (SOUZA, OLIVEIRA, 2020). O texto autoriza, no entanto, ações de despejo se o imóvel não estiver sujeito a medidas de combate à pandemia, como a ordem para paralisar atividades no comércio e na indústria.

Verifica-se nesta senda, a busca do Poder Legislativo para auxiliar os cidadãos a enfrentar os obstáculos decorrentes da circulação mundial do vírus, garantindo uma condição mínima de sobrevivência para aqueles impedidos de exercer seus trabalhos e garantir o próprio sustento. O deputado Luis Miranda, autor desta última proposta explicitada acima, afirma:

"Não se pode deixar de considerar que a limitação do funcionamento de diversas empresas tem potencial de gerar uma quebra generalizada, com prejuízos econômicos para todos".

O pensamento vem acompanhado da necessidade de adoção de medidas que, por mais passageira que seja a crise, qualquer solução a ser tomada deve considerar o equilíbrio financeiro dos contratantes.

Recentemente, no período de confecção deste artigo, foi aprovada e sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 14.010, decorrente do projeto de lei nº 1.179, entretanto, algumas mudanças foram feitas. O artigo 9º da referida legislação fora vetado, não tendo mais que se falar em proibição do cumprimento das liminares de despejo como medida de evitar a propagação do Coronavírus, uma vez que a execução do mandado exige a presença de diversas pessoas, como oficial de justiça, chaveiro, transportadora, locatário-morador e sua família, lojista entre outros.

Há de se observar ainda, que a intenção do projeto era em verdade, prorrogar como forma mais segura, o cumprimento da execução. Desta forma, existem entendimentos de que o mais correto em tais casos de restrição seria o deferimento da liminar, com a observação de que o termo inicial do prazo de 15 dias para a desocupação voluntária, previsto no art. 59, §1º, da lei 8.245/91, somente começaria a fluir a partir do dia 31/10/2020, considerando que outubro é o mês em que o legislador considerou para o arrefecimento da crise e do isolamento. Contudo, toda à questão relacionada à locação de imóveis foi retirada da lei recém sancionada. (ABELHA, 2020).

Por consequência, deve-se levar em conta o papel fundamental do Poder Judiciário. Sabe-se que o mesmo é considerado como norte para o cidadão que busca perseguir a tutela de seus direitos. Em tempos de pandemia, por exemplo, qualquer divergência que haja na seara do direito privado tende a ser levado para a discussão onde um terceiro imparcial (juiz) precisa analisar cada caso concreto.

O Código Civil, inclusive, em seus artigos 317, 478, 479, 480, autoriza que o juiz em hipótese excepcional, caso não haja consenso de renegociação entre os contratantes, intervenha e realize a revisão contratual com a finalidade de que os efeitos nocivos decorrentes do evento de força maior não sejam atribuídos apenas a uma das partes. (TRIBUNA DO NORTE, 2020).

Entretanto, importante considerar também o abarrotamento das demandas judiciais. O fato de as pessoas levarem quaisquer conflitos a serem solucionados para o poder público gera a sobrecarga das ações que demanda tempo e pessoal necessário para que o parecer seja dado em tempo célere e efetivo para as partes.

No caso da questão relacionada ao contrato de locação, por exemplo, já fora dito neste artigo que algumas questões podem facilmente ser solucionadas extrajudicialmente. Se, por exemplo, o locatário fizer uma proposta de redução de aluguel e o locador aceitar, tal feito não precisaria mais ser levado ao juiz – a não ser em caso de descumprimento por uma das partes.

É preciso também que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário trabalhem em conjunto para que possam alinhar as questões referentes às relações jurídicas de direito privado, como finalidade também de evitar decisões conflitantes em todo o país. A uniformização de direitos e deveres mostra-se cada vez mais necessário por parte do Legislativo para que os Magistrados possam aplicar a lei de forma única e acertada, acarretando, desta forma, na melhoria das relações jurídicas e na efetividade da prestação jurisdicional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo dessa análise, considera-se que a pandemia do Coronavírus pegou toda a população mundial de surpresa. Além do fato do medo da doença e seus efeitos no corpo humano, passou-se a temer a influencia da quarentena, medida protetiva de isolamento social, na estrutura socioeconômica do Brasil.

As relações privadas foram cada vez mais afetadas, uma vez que, a partir do momento que não se pode circular nas ruas e nem trabalhar, o empregado não tem como gerar renda, fazendo com o que a circulação de capital fique cada vez mais devagar. A partir dessa 'bola de neve', vislumbrou-se a necessidade da utilização do bom senso e da negociação como forma de remanejamento dos contratos entabulados.

Mais precisamente quanto a conjuntura da locação de imóveis, a necessidade de uma resposta do Estado foi imediata. A moradia é tida como um direito fundamental de habitação e por este motivo, precisa ser discutida rapidamente. Observa-se que as propostas de lei mencionadas neste artigo não acarretam na dispensa do pagamento dos alugueres pelo locatário, mas sim, impedem o despejo em situações instantâneas.

Até porque, é preciso se levar em consideração que o proprietário do imóvel tem o aluguel como sua única fonte de renda ou muita das vezes, como uma fonte que compõe seu orçamento pessoal e familiar. Por este motivo que o diálogo, nessas situações, é o melhor caminho para se buscar alternativas para pagamento – nova data, isenção de juros, de multas, entre inúmeras outras.

Um fato imprevisível como a pandemia da COVID-19 alterou de forma surpresa a realidade de toda coletividade, entretanto, é necessário que se busque uma via de negociação para que não haja uma onerosidade excessiva para uma das partes. Toda a estrutura socioeconômica do país sofreu e sofrerá séria mudanças, mudanças essas que serão incorporadas aos poucos na vida e rotina de cada um, e por este motivo, o bom senso, a colaboração e a cooperação serão preceitos fundamentais para o enfretamento e superação das consequências da disseminação do vírus.

Sendo assim, uma boa atuação dos poderes Legislativo e Judiciário é essencial nessa jornada que se iniciou abruptamente. Nos casos das relações jurídicas de direito privado, mais especificamente no que se refere à locação de imóveis, ainda há uma certa insegurança jurídica, como se verificou no sancionamento da lei 10.040/2020, publicada no dia 12 de junho.

O veto dos assuntos relacionados aos contratos de locação, por mais que tenha sido necessário para evitar mais dúvidas do que certezas, não contribui para que as partes tenham mais segurança. Pelo contrário, locadores e locatários permanecem

em meio à imprecisão sobre qual caminho seguir quando ocorrerem situações imprevisíveis em decorrência da pandemia.

Não há uma resposta imediata do legislativo no tocante ao posicionamento que se deve tomar com relação aos despejos. Eles serão efetuados de imediatos? Deverá aguardar um prazo? Que prazo é esse? Os oficiais de justiça continuarão se expondo ao se deslocar para cumprimento do mandado? São perguntas que continuam sem respostas considerando que a referida legislação retirou do seu texto todos os artigos relacionados à conjuntura da locação de imóveis.

A incerteza volta a perpetuar o Poder Judiciário, uma vez que os Magistrados não tem um norte de como proceder nessas situações particulares, abrindo brecha, mais uma vez, para decisões impactantes, diversas e conflitantes em todo o país.

Em resumo, é preciso que esse regime jurídico da locação de imóveis seja tratado agora diferencialmente, utilizando-se cada vez mais da autonomia da vontade que se é conferida em uma relação privada, juntamente com os princípios fundamentais relacionados na Constituição Federal para que se trilhe um caminho menos vultuoso a de percorrer durante e pós pandemia do COVID-19. Enquanto isso, ficamos no aguardo de algum posicionamento do legislativo para que tais questões sejam uniformizadas, trazendo mais efetividade e eficiência para decisões proferidas por todos os Tribunais Brasileiros.

REFERÊNCIAS

ABELHA, André. Migalhas: A lei 14.010/20 e o Direito Imobiliário: imperfeita e necessária. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/328822/a-lei-14010-20-e-o-direito-imobiliario-imperfeita-e-necessaria>>. Acesso em 7 de junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.245, DE 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em 10 de junho de 2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 12 de junho de 2020

Gabriel, Gisele. ARTIGOS: DireitoNews. Estou em dificuldades financeiras durante a pandemia por coronavírus, o que fazer com o contrato de aluguel? 05 mai 2020.

Disponível em <<https://www.direitonews.com.br/2020/05/dificul-dades-financeiras-pandemia-coronavirus-contrato-aluguel.html>>. Acesso em 7 de junho de 2020.

LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*, 3 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002, p.58.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Ações de despejo*. Tomo Processo Civil, ed. 1, jun de 2018. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/175/edicao-1/acoes-de-despejo>>. Acesso em 7 de junho de 2020.

MENEZES, Rafael José de. *A importância do Direito Privado apesar da publicização do direito*. 10 de novembro de 2017. Disponível em < <http://rafaeldemenezes.adv.br/artigo/a-importancia-do-direito-privado-apesar-da-publicizacao-do-direito/>>. Acesso em 13 de junho de 2020.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei nº 1179, de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>>. Acesso em 7 de junho de 2020.

SIMÕES, Marcel Edvar. *DIREITO CIVIL ATUAL: A disciplina das relações jurídicas de Direito Privado em tempos de pandemia*. ConJur, em 2 de abril de 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/direito-civil-atual-disciplina-relacoes-direito-privado-tempos-pandemia>>. Acesso em 13 de junho de 2020.

SOUZA, Murilo; OLIVEIRA, Marcelo. Câmara dos Deputados. *Direito e Justiça: Projeto impede ações de despejo por atraso no aluguel durante a pandemia de Covid-19*. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/652008-projeto-impede-acoes-de-despejo-por-atraso-no-aluguel-durante-a-pandemia-de-covid-19/>>. Acesso em 7 de junho de 2020.

TRIBUNA DO NORTE. *A locação de imóveis e os efeitos da covid-19*. 12 de abril de 2020. Disponível em < <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/a-locaa-a-o-de-ima-veis-e-os-efeitos-da-covid-19/477284>>. Acesso em 12 de junho de 2020.

COMPLIANCE NO DIREITO PÚBLICO

LARISSA SILVEIRA COSTA:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Una.

RESUMO: O presente trabalho refere-se à avaliação de medidas de integridade e compliance adotadas pela administração pública, especialmente no que tange à Lei 12.846/13, tendo em vista que diversas dessas medidas dialogam com o direito administrativo sancionador, tendo ainda o escopo de promover uma gestão mais ética e eficiente, em respeito aos preceitos constitucionais que devem direcionar a atuação dos administradores na gestão da coisa pública. Nesse diapasão, a regulamentação do artigo 7º, inciso VIII da Lei 12.846/13, por parte dos entes públicos pretende ser eficaz para implementar a cultura de governança corporativa de conformidade ou reveste-se apenas de aplicação de multa pecuniária. Destaca-se ainda a Lei 13.303/2016 que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e exige a implantação de programas de integridade tanto no âmbito das estatais, quanto em relação às empresas que pretendem licitar e contratar com as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

PALAVRAS CHAVE: Compliance. Integridade. Público. Garantias. Governança.

ABSTRACT: The present work refers to the evaluation of integrity and compliance measures adopted by the public administration, especially with regard to Law 12.846 / 13, considering that several of these measures dialogue with the sanctioning administrative law, still with the scope of promoting a more ethical and efficient management, respecting the constitutional precepts that should direct the performance of administrators in the management of public affairs. In this tuning fork, the regulation of article 7, item VIII of Law 12.846 / 13, by the public entities intends to be effective to implement the corporate governance culture of conformity or it only involves the application of a monetary fine. Law 13.303 / 2016, which provides for the legal status of public companies and their subsidiaries, the Federal District and the Municipalities, also requires the implementation of programs integrity both in the scope of state-owned companies and in relation to companies that intend to bid and contract with public companies, mixed-capital companies and their subsidiaries.

KEYWORDS: Compliance. Integrity. Public. Guarantees. Governance.

Sumário: Introdução. 1. Integridade Pública. 1.1 Integridade pública no contexto de compliance. 2. Implantação do programa de integridade. 3. Compliance Público:

Impactos na gestão moderna e nas relações com o setor privado. 3.1. Princípios que norteiam as boas práticas de governança. 4. Prevenção e combate a corrupção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As organizações têm prezado cada vez mais pela integridade no ambiente profissional, que passou a constituir-se como um dos pilares da boa administração. Entendida, em linhas gerais, como a aderência a um código de valores, a integridade refere-se ao alinhamento entre o comportamento e o conjunto de valores da instituição.

No Brasil, nos últimos anos, notou-se que fomentar uma postura íntegra do corpo funcional promove impactos positivos tendentes a perdurar no ambiente organizacional, impactando na construção de relacionamentos mais saudáveis, ganho de eficiência, produtividade e aumento da credibilidade da instituição.

Tem-se que a integridade começou como prática gerencial no setor privado. A partir da década de 1970 o debate em torno da ética empresarial ganhou muita força e, ao longo dos anos, consolidou-se a ideia de que o comportamento íntegro de uma empresa reforça sua boa imagem no mercado, o que representa vantagem competitiva.

Atualmente, percebe-se uma tendência do setor público em acompanhar os passos adotados pelo setor privado. Nesse diapasão, o estímulo à integridade é pauta que vem recebendo destaque no âmbito da Administração Pública e conseqüentemente, de sua legislação.

Considerando a relevância do tema e as ações ainda incipientes no fomento de práticas de integridade no setor público, o presente estudo pretende demonstrar que a construção de uma cultura íntegra, além de necessária e importante, é mandamento constitucional, tendo em vista que o administrador público deve atuar sempre com o intuito de concretizar o bem da coletividade.

A Constituição Federal elencou, em seu artigo 37, *caput*, os princípios regentes da Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Tomadas em conjunto, essas máximas acabam por prescrever uma atuação íntegra por parte da administração pública.

Este trabalho consiste avaliar as medidas de integridade e compliance adotadas pela administração pública, especialmente no que tange à Lei 12.846/13, tendo em vista que diversas dessas medidas dialogam com o direito administrativo

sancionador, tendo ainda o escopo de promover uma gestão mais ética e eficiente, em respeito aos preceitos constitucionais que devem direcionar a atuação dos administradores na gestão da coisa pública.

Nesse sentido, mister avaliar as ações de integridade e compliance aplicáveis a administração pública em geral, especialmente no que tange à Lei 12.846/13, em especial:

- Demonstrar as ações de integridade aplicáveis aos entes públicos;
- Levantar a legislação e instrumentos existentes;
- Avaliar os desdobramentos dos programas de integridade e ações de compliance em alguns Estados.

1. INTEGRIDADE PÚBLICA

A integridade pública deve ser compreendida como *"o conjunto de arranjos institucionais que visam a fazer com que a Administração Pública não se desvie de seu objetivo precípua: entregar os resultados esperados pela população de forma adequada, imparcial e eficiente"*. Ou seja, uma instituição íntegra é aquela que consegue manter, em todas as suas atividades, coerência e conformidade com seus princípios e valores.

Se por um lado a persecução da integridade pública é um dever da Administração, por outro, a sua efetivação é direito dos cidadãos, que exercem controle social das políticas públicas, conforme estabelece a "Lei de responsabilidade fiscal-LRF" (Lei Complementar nº 101/2000), aprimorada pela "Lei da Transparência" (Lei Complementar nº 131/2009) e a "Lei de Acesso à Informação" (Lei nº 12.527/2011).

1.1 Integridade pública no contexto de compliance

No contexto de compliance, temos os seguintes dispositivos da Lei anticorrupção, que foi aprovada em 2013, após mais de 03 anos de tramitação do Projeto de Lei nº. 6.826/2010, proposto pela Controladoria Geral da União em 18 de fevereiro 2010: responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas; programas de integridade para mitigação de penalidades; acordo de leniência e Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP

Um levantamento recente realizado pelo Tribunal de Contas da União, sobre avaliação da governança da administração pública federal direta, verificou algumas defasagens que afetam o desempenho dos órgãos e entidades. Assim, seguindo as

recomendações do Tribunal, a Controladoria-Geral da União e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão formalizaram a Instrução Normativa (IN) nº 001/2016, que traz uma série de medidas a serem adotadas pelos entes do Poder Público Federal para implementação de uma política de boa governança, controle interno e gestão de riscos.

Interessa notar que a integridade aparece, no normativo, como princípio comum a nortear a implantação de mecanismos de aprimoramento das três frentes supracitadas. Ao abordar o controle interno da gestão dos órgãos/entidades, prescreve o art. 8º, inciso I que:

Art. 8º Os controles internos da gestão do órgão ou entidade devem ser desenhados e implementados em consonância com os seguintes princípios:

I - aderência à integridade e a valores éticos;

Ao disciplinar a estrutura da gestão de riscos, a integridade é mais uma vez abordada:

Art. 16. Na implementação e atualização do modelo de gestão de riscos, a alta administração, bem como seus servidores ou funcionários, deverá observar os seguintes componentes da estrutura de gestão de riscos:

I - ambiente interno: inclui, entre outros elementos, integridade, valores éticos e competência das pessoas, maneira pela qual a gestão delega autoridade e responsabilidades, estrutura de governança organizacional e políticas e práticas de recursos humanos. O ambiente interno é a base para todos os outros componentes da estrutura de gestão de riscos, provendo disciplina e prontidão para a gestão de riscos;

A temática também é trazida no capítulo referente à governança:

Art. 21. São princípios da boa governança, devendo ser seguidos pelos órgãos e entidades do Poder Executivo federal:

[...]

II - integridade: tem como base a honestidade e objetividade, elevando os padrões de decência e probidade na gestão dos recursos públicos e das atividades da organização, com reflexo

tanto nos processos de tomada de decisão, quanto na qualidade de seus relatórios financeiros e de desempenho;

Perceptível, portanto, que a pauta da integridade é extremamente pertinente, permeando todos os âmbitos da gestão pública e, como já visto, é decorrência das disposições constitucionais. Não obstante as regras acima terem sido traçadas especificamente para a Administração Pública Federal, através de uma interpretação analógica é possível dizer que as diretivas estabelecidas nesta instrução normativa irradiam-se também para os estados e municípios, uma vez que os princípios norteadores da atividade administrativa são unos, ou seja, não variam de ente para ente da Administração.

Para o Tribunal de Contas da União, uma gestão íntegra, portanto, está estreitamente ligada a uma administração ética da coisa pública e à boa governança, isto é, a um gerenciamento que se mantenha fiel aos princípios e valores atinentes à Administração Pública.

2.IMPLANTAÇÃO DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

A regulamentação do artigo 7º, inciso VIII da Lei 12.846/13, por parte dos entes públicos mostra-se eficaz para implementar a cultura de governança corporativa de conformidade. As Leis Lei 7.753/2017 (RJ) e Lei nº 6.112/2018 (DF) que estabelecem como exigência para contratação pública (dispensável para participar da licitação) com o ente federado, a implantação de um programa de integridade (compliance). Recentemente Pernambuco sancionou a Lei de Integridade nas Contratações Públicas (16.722/2019), com objetivo de promover a política de integridade e buscar prevenir a prática da corrupção.

Também temos o exemplo do Estado de Minas Gerais que através do Decreto 47.185/2017, dispôs sobre o Plano Mineiro de Promoção da Integridade. Cumpre destacar que o Estado de Minas Gerais disponibiliza em um hot site todas as informações relativas ao PMPI.

Os programas de compliance, embora relativamente recentes no Brasil, surgiram há mais de meio século nos Estados Unidos, mais precisamente, de acordo com Gabardo e Castella (2015, p. 134), em 1950, através da criação da Prudential Securities e da regulação, em 1960, da Securities and Exchange Commission, na qual há menção expressa acerca da necessidade de institucionalização de programas de compliance.

No plano internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE tem desenvolvido uma agenda voltada para

governança pública e a Organização das Nações Unidas - ONU busca estabelecer diretrizes para promover a integridade e a ética nos negócios.

3.COMPLIANCE PÚBLICO: IMPACTOS NA GESTÃO MODERNA E NAS RELAÇÕES COM O SETOR PRIVADO

Considerando o compliance público como ferramenta importante na gestão moderna e nas relações com o setor privado, citamos que a avaliação de seus impactos vem sendo realizada, em especial por organismos internacionais.

Em 2011, a organização realizou a Avaliação do Sistema de Integridade da Administração Pública Federal, através da qual analisou-se, com base em princípios estabelecidos pela própria OCDE, a implementação, coerência de instrumentos, processos e estruturas de salvaguarda da integridade na Administração Pública Federal brasileira:

Na última década o Governo Federal Brasileiro promoveu uma série de reformas em seu setor público. O aprimoramento da governança pública é elemento chave da agenda de reforma política do país. O objetivo é tornar o governo mais eficiente, aperfeiçoar a prestação de contas e responsabilização e prevenir a corrupção

(...)

A importância desse relatório é global. Esta é a primeira avaliação do sistema de integridade da administração pública federal de um Estado-Membro do G20. O trabalho é parte da contribuição da OCDE na implementação do Plano de Ação Anticorrupção do G20 (G20 Anti-Corruption Action Plan), aprovado na Reunião de Cúpula de Seul, em novembro de 2010. Também é complementar a outras atividades de apoio a convenções internacionais e regionais contra a corrupção. Por fim, mas não menos importante, a iniciativa do Brasil de ser avaliado por seus pares em uma questão sistêmica importante destaca seu papel crescente e sua relevância nos debates internacionais e nos processos de tomada de decisão.

O relatório incorpora a atual colaboração entre a OCDE e o Brasil no campo da governança pública. O trabalho foi

precedido de três avaliações realizadas no Brasil, quanto ao Orçamento Público (2003), à Reforma Regulatória (2008) e à Gestão de Recursos Humanos no Governo (2010). Como participante ativo do Comitê de Governança Pública da OCDE (OECD Public Governance Committee), o Brasil desempenha um papel central na construção de estruturas públicas robustas de boa governança. Todos estes esforços contribuem para nossa meta comum de melhores políticas para melhores vidas.

A partir do estudo feito, foram elaboradas propostas de ação para solucionar os gargalos identificados, os quais são, em maior ou menor grau, comuns à administração municipal, referindo-se ao fomento da transparência, à gestão do conflito de interesses e ao fortalecimento do controle interno e da gestão de riscos. Essa semelhança possibilita a utilização das orientações fornecidas pela OCDE como itens de avaliação acerca das ações de integridade para o município de Contagem.

Ainda para auxiliar na estruturação do presente trabalho, as obras produzidas pelo Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) são de grande valia, ao publicar um guia contendo critérios práticos e amplamente aceitos para o estabelecimento de controles internos, os quais possuem como fundamento a integridade, que é um pré-requisito para o comportamento ético em todos os aspectos das atividades de uma organização.

A Controladoria-Geral da União – CGU elaborou o Guia de Integridade Pública, com orientações e sugestões:

A cultura organizacional dos órgãos e entidades públicos deve primar pelo respeito ao interesse público, promovendo valores que vão além do mero respeito às leis e que sejam construídos de acordo com os princípios da Administração Pública.

A alta administração, cujas ações e decisões são modelos para todo o corpo funcional, deve enxergar-se como a principal responsável pela promoção da cultura ética e pela integridade da organização.

3.1 Princípios que norteiam as boas práticas de governança

O compliance público e, de um modo geral, as boas práticas de governança são baseadas nos princípios da transparência e impessoalidade com foco na capacidade das organizações em gerar valor, atrair investimento e garantir uma operação sustentável de suas atividades, beneficiando todos os stakeholders.

A obrigação legal para instituição de programas de integridade é pedra fundamental da boa governança. Além disso, a adequada execução do programa de integridade nas agências públicas promove um clima de confiança, tanto internamente quanto na relação com terceiros, indispensável à construção e fortalecimento das redes colaborativas de políticas que fundamentam o novo modelo de governança pública do Estado (SCHMIDT, 2015).

O Tribunal de Contas da União (TCU) publicou o referencial básico de governança: aplicável a órgãos e entidades da administração pública.

Os programas de integridade devem ser considerados uma forma de reforçar a imagem e a reputação das organizações, já que o mercado e a sociedade demandam cada vez mais que as decisões sejam norteadas por valores como transparência, ética e integridade.

4. PREVENÇÃO E COMBATE A CORRUPÇÃO

A prevenção e o combate à corrupção são ações que interessam não só aos governos, mas aos cidadãos, às empresas e ao Estado como um todo.

Nesse sentido, de considerar a integridade e o compliance como uma ferramenta de combate e prevenção a corrupção, destacamos que após a Constituição Federal de 1988, o Brasil aprovou uma série de leis a fim de coibir a corrupção e promover a integridade nas agências públicas e corporativas.

Esse microsistema legal anticorrupção, que institui sanções de natureza civil, penal e administrativa, se desenvolveu no Brasil por meio de um conjunto de leis, entre as quais se destacam:

- a Lei de Licitação e Contratos Administrativos (Lei no 8.666/1992);
- a Lei de Improbidade Administrativa (Lei no 8.429/1992);
- a Lei de Defesa da Concorrência (Lei no 12.529/2011); 173 Parte III: Integridade
- a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei no 9.613/1998 e Lei no 12.683/2012);
- a Lei de Conflito de Interesse (Lei no 12.813/2013);
- a Lei Anticorrupção (Lei no 12.846/2013)

Atendo-nos melhor a Lei 12.846/2013, também denominada de “lei da empresa limpa”, esta tem o enfoque de no combate à corrupção, estabelecendo

sanções para as pessoas jurídicas aos ilícitos praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

Dentre as inovações trazidas pela lei, tem-se o art. 7º, inciso VIII que disciplina o instituto do Compliance, nos seguintes termos:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; (grifo nosso)

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal. (grifo nosso)

Ou seja, prevê a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Segundo pesquisa publicada na Revista Consultor Jurídico, de 29 de agosto de 2019, seis anos depois da publicação da Lei 12.846/2013, 8 estados e 17 capitais brasileiras ainda não têm regulamentação sobre o assunto.

CONCLUSÃO

Há tempos o mundo inteiro vem atuando no enfrentamento a corrupção e melhoria da gestão pública. Esses fenômenos são amplamente observados no Brasil,

o que vem exigindo uma mudança comportamental por parte do Poder Público, conseqüentemente suas instituições.

A integridade e governança pública estabelecem boas práticas e ações para melhoria da prestação dos serviços públicos e prevenção a corrupção, especialmente na busca pela gestão de riscos e da implantação e manutenção de Programas de Integridade, por força do contido na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Eventualmente tem-se dissociados o conceito de compliance aplicado à Administração Pública, como se essas normas fossem aplicáveis somente às sociedades (empresas) privadas.

Ocorre que essa visão é equivocada, pois o Poder Público não só deve observar a legislação e estar conforme, como deve dar o exemplo de boa-fé, legalidade e boa governança.

Ao longo dos últimos anos são inúmeros os escândalos de corrupção e ineficiência do serviço público, que culminaram com desvio e desperdício de dinheiro, tão escassos nos dias de hoje. Nesse sentido, a História mundial fez com que diversos países passassem a se preocupar com aspectos relacionados à governança.

A lei brasileira (12.846) editada em 2013, fruto de diversas convenções internacionais, em comento trouxe como um de seus pilares, normas sobre a Boa Governança por parte da Administração Pública em todas as esferas de Governo (Federal, Estadual e Municipal).

Entre as principais características para se alcançar a ideia de boa governança podemos citar: a transparência, a integridade, a responsabilidade dos gestores e o accountability (prestação de contas).

A Lei 12.846/2013, também denominada de "lei da empresa limpa", dá enfoque ao combate à corrupção, estabelecendo sanções para as pessoas jurídicas aos ilícitos praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

Dentre as inovações trazidas pela referida lei, tem-se o art. 7º, inciso VIII que disciplina o instituto do Compliance, enquanto a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

No Brasil a legislação em comento, que completa sete anos nesse exercício, está em fase de normatização e implementação nos entes públicos, diante de uma cobrança da sociedade.

Desta feita, segundo dados de agosto de 2019, 8 estados e 17 capitais brasileiras ainda não têm regulamentação sobre o assunto.

Com a implantação dos programas de Integridade, as empresas fornecedoras e o poder público passam a orientar todas as suas ações para os objetivos definidos, utilizando os recursos de forma mais eficiente, dado que as decisões passam a ser mais econômicas, pois ganham uniformidade e coerência em todos os seus atos e decisões, colaborando com a transparência dos processos.

Segundo Plates a sociedade possui direito a um governo honesto que “constitui corolário da cidadania e representa o direito de todas as pessoas que participam da comunidade política a ter suas instituições públicas administradas sob os atributos da honestidade, da boa-fé, da lisura” (PLATES, 2011, p. 86-87).

Por fim, é imperioso forçoso reconhecer o quão grande é o desafio da Administração Pública brasileira no que concerne a implantação de programas de Compliance de natureza pública, adequado a realidade estatal, participação efetiva dos gestores e servidores públicos, para a criação de uma cultura de integridade e governança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Marta Dulcéia Gurgel. **Gestão de riscos no setor público**. Disponível em <<http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/367-revista-controle-volume-xii-n-2-dezembro-2014/2565-artigo-10-gestao-de-riscos-no-setor-publico?Itemid=0>>. Acesso em set 2016. p. 184.

BARRETO, Alcyrus Vieira Pinto; HONORATO, Cezar de Freitas. **Manual de sobrevivência na selva acadêmica**. Rio de Janeiro: Objeto Direto, 1998.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Guia de Integridade Pública: orientações para a administração pública federal: direta, autárquica e fundacional**. Brasília, 2015.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual de Integridade Pública e Fortalecimento da Gestão: orientações para o gestor municipal**. Brasília, 2010.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Lei de Conflito de Interesses: perguntas e respostas**. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/conflito-de-interesses_perguntas-e-respostas.pdf>.

BRASIL. Presidência da República, Comissão de Ética Pública. **Código de Conduta da Alta Administração Federal**. 5. ed., rev. e atual. – Brasília, 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Critérios Gerais de Controle Interno na Administração Pública: um estudo dos modelos e das normas disciplinadoras em diversos países**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056688.PDF>>.

Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission. *Gerenciamento dos Riscos Corporativos: estrutura integrada*. 2007. Disponível em: <http://www.coso.org/documents/coso_erm_executivesummary_portuguese.pdf>.

ESTADO DE MINAS GERAIS - *Cartilha "integridade, ética e transparência contra a corrupção"*.2008.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. **A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p.129-147.

ISO 37001 - Sistemas de Gestão Antissuborno

Lei 13.303/2016 - Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Lei 7.753/2017 - Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do rio de janeiro e dá outras providencias.

Lei nº 6.112/2018 - Dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas esferas de Poder, e dá outras providências.

Lei 12.846/13 - Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

OCDE. *Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira: gerenciando riscos por uma Administração Pública mais íntegra*. 2011.

PLATES, José Rubens. Direito Fundamental ao Governo Honesto. In Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 36, p. 79-100 – Edição Especial 2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial para avaliação da governança do Centro de Governo / Tribunal de Contas da União*. – Brasília : TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado (SecexAdmin), 2017.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

VERÍSSIMO, Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIERIA, James Batista. Governança, gestão de riscos e integridade / James Batista Vieira, Rodrigo Tavares de Souza Barreto -- Brasília: Enap, 2019

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Referencial básico de governança: aplicável a órgãos e entidades da administração pública.

LGBT'S: ANÁLISE DO CENÁRIO LABORAL E DA ATUAÇÃO DESTAS MINORIAS NAS ORGANIZAÇÕES

VANESSA ANDRIANI MARIA:

Advogada, pós-graduanda em Advocacia Cível e Direito do Trabalho. Membro da Comissão de Direitos Humanos e do Grupo de Violência de Gênero da OAB Santa Maria-RS.

Resumo: Este artigo busca contribuir para o estudo das particularidades interpessoais no trabalho, através da relação entre sexualidade e atividade laboral, analisando como se manifesta no dia a dia a provável discriminação de trabalhadores LGBT's. Por mais que existam leis trabalhistas e protejam o trabalhador, os LGBT's encaram muitas dificuldades, seja para entrar no mercado de trabalho, quanto para manter-se nele. Muito dessa culpa deve-se ao preconceito e intolerância firmada na sociedade. O objetivo deste artigo concentra-se nas barreiras enfrentadas pelos LGBT's frente ao mercado de trabalho formal, suas dificuldades de inserção e seu engajamento nas organizações comprometidas com o contexto à diversidade sexual. Os métodos utilizados foram: pesquisa bibliográfica e documental, buscando informações destas minorias. O estudo destacou que existe associação da existência de políticas de diversidade nas organizações, sobretudo na forma de mais inovação e engajamento dos empregados. O maior desafio ainda é a existência de preconceito e discriminação aos LGBT's no mercado laboral, não se tratando apenas de contratar funcionários de diferentes gêneros, mas de criar um local onde essas pessoas se sintam seguras e incluídas, observando os princípios constitucionais e promovendo de forma igualitária os direitos de todos.

Palavras-chave: Diversidade nas organizações, mercado de trabalho, inclusão, LGBT's.

Abstract: This article seeks to contribute to the study of interpersonal particularities at work, through the relationship between sexuality and work activity, analyzing how the probable discrimination of LGBT workers is manifested in daily life. As much as labor laws exist and protect the worker, LGBT's face many difficulties, whether to enter the labor market and to stay in it. Much of this guilt is due to the prejudice and intolerance established in society. The aim of this article focuses on the barriers faced by LGBT's in the face of the formal labor market, their insertion difficulties and their engagement in organizations committed to the context of sexual diversity. The methods used were: bibliographic and documentary research, seeking information from these minorities. The study highlighted that there is an association between the existence of diversity policies in organizations, especially in the form of more innovation and employee engagement. The biggest challenge is still the existence of

prejudice and discrimination against LGBT's in the labor market, not only about hiring employees of different genders, but of creating a place where these people feel safe and included, observing constitutional principles and promoting the rights of all equally.

Keywords: Diversity in organizations, labor market, inclusion, LGBT's

Sumário: 1. Introdução. 2. Empregos Formais e o “Desemprego” de Preconceitos. 3. LGBT's e a Consolidação Social e Laboral da Homofobia. 4. Reconhecimento da Diversidade e os Empregos. 5. Vantagens para as Organizações e Polêmicas das Políticas de Gestão da Diversidade. 6. Conclusão. 7. Referências.

1.Introdução

O respeito à diversidade tem avançado em diversos setores da sociedade, no entanto, no ambiente de trabalho, o assunto ainda é pautado por muito preconceito e discriminação. A orientação sexual ainda influencia profundamente o modo como os LGBT's (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis) são tratados no dia a dia do trabalho.

Mesmo sabendo das políticas de igualdade, vários funcionários têm medo de se identificar com receio de que deixem de ser promovidos por serem LGBT's.

LGBT's são indivíduos tão capacitados quanto as outras pessoas para exercer suas funções, ainda que permaneça a rejeição de alguns empregadores em acolher trabalhadores LGBT's no seu quadro de colaboradores, fundamentados apenas nas justificativas de que possam envergonhar ou até mesmo prejudicar a imagem da empresa, na sua maioria por indivíduos rejeitados e desprezados no mercado de trabalho, deparando-se com falta de discernimento de alguns empregadores.

A proposta deste estudo visa analisar os LGBT's quando das tentativas de admissão no mercado de trabalho e também na esfera das organizações, enfocando a orientação sexual no trabalho como sinal de preconceito nas relações sociais bem como dentro das empresas, as quais visam a igualdade entre seus trabalhadores e tem que administrar uma diversidade cada vez maior.

Nesta seara, o presente trabalho utiliza-se da pesquisa bibliográfica e documental, tendo como objetivo geral analisar os efeitos da minoria LGBT tanto no ambiente social na busca de empregos, quanto inseridos nas organizações com a finalidade de verificar se a orientação sexual influencia no ambiente externo quando em busca de emprego e laboral dentro de uma organização em suas relações interpessoais. No caso de LGBT's inseridos em organizações, pesquisamos aspectos

pelos quais os mesmos poderiam ter passado relacionados a sua orientação sexual como: preconceito, discriminação, aflição, angústia, assim como outros contextos como ascensão profissional e à homofobia.

Muitas empresas receiam ter sua imagem agregada à do funcionário e perder clientes, além de ter sua credibilidade afetada. Pode-se perceber que muitas empresas discriminam estas pessoas LGBT's ainda no procedimento de seleção, ou contratação, constituindo uma forma de discriminação complexa de ser comprovada. Nestes grupos minorizados, nem todos têm as mesmas oportunidades, sendo necessário tanto o oferecimento de igualdade de oportunidades, quanto condições de desenvolvimento a todas as pessoas.

2. Empregos Formais e o “Desemprego” de Preconceitos

Além de conviver com o preconceito em casa, na escola e no trabalho, a população LGBT também sofre com a falta de empregos formais. Muitas pessoas assumidamente LGBT's poderiam se somar à força de trabalho no país, contudo pelo preconceito, acabam sendo marginalizadas.

A ausência de empregos formais fica mais evidente quando o preconceito à população LGBT vem acompanhado de discriminação racial. Atingir espaços de destaque dentro do ambiente de trabalho, quando se faz parte desta minoria, que a sociedade direciona habitualmente pela sua visão discriminatória a exercer profissões tais como: cabeleireiro, manicure, maquiador ou estar na prostituição é praticamente uma chance mínima.

No Brasil, apesar de o trabalho ser considerado um direito social, o emprego formal não faz parte da vida da população trans. Estima-se que em torno de 90% das mulheres travestis e transexuais se prostituam e apesar de não haver dados oficiais, consistindo a prostituição fonte de renda para quem “não conquistou outros espaços” (REIDEL, 2013).

Existem muitos relatos sobre tentativas de acesso ao mercado de trabalho que foram fracassadas devido à discriminação do empregador ao perceber a divergência entre o nome dado no momento da entrevista de emprego e o nome relatado nos documentos. Mesmo que ainda sejam aceitos nas vagas de emprego, alguns são vítimas de discriminação no próprio local de trabalho, sofrendo situações de constrangimento frente aos colegas.

Frente a essa conjuntura, as pessoas LGBT's são alocadas em ocupações precárias e informais, sempre no limite do desemprego. Quando se tratam das

mulheres trans e travestis, a prostituição manifesta-se como uma alternativa viável perante a falta de oportunidades voltadas ao grupo analisado.

Em número menor, porém de grande valor, pessoas transexuais são admitidas nas centrais de atendimento de telemarketing, configurando uma saída apropriada do trabalho informal, que é muito incerto. A inclusão é possibilitada pela possibilidade do contato com os clientes de forma indireta, isto é, via telefone, de maneira que os transgêneros empregados permanecem longe dos olhos do público. Os entraves à discriminação não são reduzidos, resignando a essas pessoas somente atividades à distância, que oportunizam “camuflar” ou acobertar a transexualidade.

Por este ponto de vista, as desigualdades vivenciadas pela população LGBT se tornam fatores limitantes à admissão no mercado de trabalho, permitindo a inclusão, da mesma maneira que , ocupando uma atividade de grande rotatividade e realizada à distância, as barreiras ao preconceito tornam-se ainda mais arraigadas.

3.LGBT's e a Consolidação Social e Laboral da Homofobia

A política de diversidade acaba mascarando “as diferenças, pois exclui o seu caráter político, e toma a diversidade como mais um recurso organizacional a ser administrado em busca de melhores resultados (...)”.(ECCEL e FLORES-PEREIRA, 2008)

Para ECCEL e FLORES-PEREIRA (2008) não existe nos estudos organizacionais brasileiros um campo para o desenvolvimento das matérias que envolvem o homossexual, pois os estudos de gênero acabam privilegiando o feminino e os estudos sobre a diversidade se focam na maioria das vezes nas mulheres e pessoas com deficiência. As autoras tratam os homossexuais como pertencentes a uma minoria ao analisarem a política de diversidade voltada para homossexuais em uma livraria.

Nas políticas de diversidade a parte relacionada aos homossexuais ainda é bastante omissa na maioria das organizações, onde permeia um contexto social bastante conservador, de forma que o ambiente de trabalho não permite que os homossexuais revelem sua sexualidade. (FERREIRA e SIQUEIRA, 2007).

FERREIRA e SIQUEIRA (2007) concluem que os homossexuais assumidos são alvo de ações homofóbicas que criam barreiras para a ascensão profissional e que também dificultam o relacionamento com o restante do grupo.

A despeito de o estigma independe do fato de o indivíduo ser assumidamente homossexual ou não, pois ele é construído com base na percepção dos outros, há uma tendência entre os *gays* em evitar revelar sua identidade sexual no ambiente de

trabalho o máximo possível por conta de pressões sociais e de prévias experiências que os prejudicaram profissionalmente. (IRIGARAY,2008).

Há ainda aqueles que, não só não assumem sua identidade sexual como ainda se passam por heterossexuais, simulando envoltimentos amorosos e, até mesmo, casamentos; contudo, esta farsa, muitas vezes, resulta no desligamento da empresa em função da impossibilidade de mantê-la. (WOODS,1994)

A orientação sexual não é critério para se estabelecer ou definir quem deve ou não ser respeitado, ou quem deve ou não ser contratado. O princípio da igualdade sempre será violado quando o fator diferencial empregado é a orientação sexual do indivíduo. A afirmativa a seguir é clara ao pregar que: Ninguém escolhe ser homossexual. O desejo emocional e sexual por pessoas do mesmo sexo surge espontaneamente, da mesma forma que acontece com os heterossexuais. (BORGES,2008)

A discriminação sexual dos homossexuais no ambiente de trabalho é um fato que injuria e desafia o princípio constitucional da igualdade. Neste sentido, ainda falta uma consciência mais firme do Estado e da sociedade, de que a discriminação é uma patologia social que infecta a democracia e precisa ser combatida com toda a rigidez.

Gays e lésbicas que voluntariamente expõem sua orientação sexual para empregadores ou colegas de trabalho podem correr o risco de não progredirem em suas carreiras e terem perdas de rendimentos futuros. Por outro lado, a autodeclaração pode gerar benefícios psicológicos através do reforço da autoestima e um ambiente de trabalho mais tolerante e receptivo. (BADGETT,1995)

4.Reconhecimento da Diversidade e os Empregos

Nos últimos anos, a literatura voltada para as organizações tem lidado constantemente com a diversidade da força de trabalho – raça, gênero, deficiência física e outros (MCQUARRIE, 1998) e, como efeito, veem-se empresas direcionando cursos aos seus empregados com vistas a gerir a diversidade organizacional, no entanto, a orientação homossexual como tópico dessa diversidade ainda é omissa, em parte significativa das organizações, sendo vista e analisada em um contexto de socialização bastante conservador, em que o ambiente organizacional não viabiliza, na maior parte dos casos, o processo de revelação da orientação sexual minoritária.

A respeito do tema diversidade nas organizações, existem poucos artigos brasileiros tratando unicamente da questão da diversidade sexual no ambiente de trabalho.

Os brasileiros valorizam sua origem diversificada, incluindo as raízes africanas, presentes na música, na alimentação, no sincretismo religioso; gostam de se imaginar como uma sociedade sem preconceitos de raça ou cor. Mas, por outro lado, é uma sociedade estratificada, em que o acesso às oportunidades educacionais e às posições de prestígio no mercado de trabalho é definido pelas origens econômica e racial. (FLEURY, 2000, p. 19)

As organizações devem saber que nem todos os seus membros são heterossexuais e que, por assim ser, a orientação sexual deve ser inserida nos conhecimentos de diversidade organizacional. (MCQUARRIE, 1998, p. 167).

Saber como a revelação da orientação sexual afeta os relacionamentos interpessoais no trabalho se existe e como se dá a relação entre a “saída do armário” e as questões de ordem trabalhistas (promoções, aumento de salário e outros) são exemplos de assuntos demasiadamente relevantes para o estudo da homossexualidade nas organizações que apresentam homossexuais em seus respectivos quadros de funcionários. (POPE, 1995, p. 193).

Empregadores que desenvolvem gosto pela discriminação ou mesmo clientes potenciais do setor, que venham discriminar empregados pelo comportamento ou estilo de vida homossexual podem vir a ser penalizados para fins de ascensão funcional e/ou ganhos financeiros por conta de orientação sexual. (BECKER, 1957). Para BADGETT (1995) mesmo eventuais objeções por parte de alguns poderão vir a serem compensadas economicamente por conta dos benefícios legais estendidos aos parceiros domésticos, melhor ambiente social através de um local de trabalho mais solidário ou até mesmo efeitos psicológicos por meio do reforço de uma maior autoestima.

Em razão da orientação sexual que possuem estes grupos minoritários LGBT's revelam que existem várias barreiras a serem transpostas no ambiente de trabalho. Os principais temores destas pessoas já estabilizadas no emprego compreendem: a perda do cargo ou da função corte salarial, discriminação, represálias e punições, até mesmo perda de oportunidade de ascensão profissional. Neste sentido, as chances de ficar desempregado ou sofrer estagnação profissional e perda de oportunidades dentro da empresa, podem estar excessivamente associados, a um chefe homofóbico.

Existem duas formas de comportamento discriminatório no trabalho para com os homossexuais: (a) discriminação no acesso e (b) discriminação no tratamento. A discriminação no acesso faz com que um determinado grupo de pessoas com cargos de comando na organização não permitam que homossexuais sejam contratados

para serem funcionários da mesma. A discriminação no tratamento ocorre quando os homossexuais recebem poucas recompensas ou oportunidades de crescimento no trabalho devido a sua condição sexual, tais como não serem indicados para treinamentos, terem poucas ou nenhuma promoção e receberem salários menores. (GREENHAUS; PARASURAMAN e WORMLEY, 1990)

Há gay em todo tipo de profissão, o que não quer dizer que haja uma profissão só para gays. A discriminação persiste e o desrespeito à diversidade pode se transformar em empecilho à ascensão profissional. As vagas disponíveis para a população trans são, principalmente, para telemarketing, auxiliar de serviços gerais, atendente de farmácia, fiscal de loja e gerente comercial.

Uma das divisões que mais abrangem os LGBT's, principalmente a de baixa renda e oriunda das periferias, é justamente a do telemarketing. Porém o fator que "justifica" essa inclusão é claramente um dos principais problemas da categoria: a invisibilidade do trabalhador. (CAGNI, 2016). Outro fator que limita o acesso da população trans ao mercado de trabalho é sua baixa escolaridade. Contudo, notamos que o problema não é de acesso à educação, mas de dificuldades de permanência na escola, especialmente quando a pessoa começa a performar sua identidade de gênero. Assim, consideramos que, para promover o ingresso dessas pessoas no mercado de trabalho, também é importante proporcionar qualificação profissional e refletir sobre maneiras de diminuir o preconceito nas escolas, a fim de permitir que elas possam se qualificar.

5.Vantagens para as Organizações e Polêmicas das Políticas de Gestão da Diversidade

A inclusão das minorias no ambiente de trabalho é uma das táticas utilizadas por organizações para a criação de valor e por resultado criar um ambiente organizacional acolhedor e justo perante as diferenças de gênero, etnias, idade e orientação sexual.

O relacionamento mais próximo com públicos distintos angaria vários benefícios para o âmbito corporativo, tanto internamente quanto externamente, a exemplo da conservação e da conquista de funcionários e da melhoria na imagem e na reputação organizacionais. (TOTH,2010)

A organização como seus diversos públicos visa a difusão do conhecimento através da comunicação e o diálogo:... "o conceito de diversidade está relacionado ao respeito à individualidade dos empregados e ao reconhecimento desta; gerenciar a diversidade implica o desenvolvimento das competências necessárias ao crescimento do negócio". (FLEURY,2000, p. 23)

Uma empresa receptiva à diversidade facilita a autoaceitação dos colaboradores, tornando-os mais maleáveis nas relações interpessoais e gerando mais confiança e tranquilidade no exercício das atividades laborais devido a liberdade de expressão. (CAPRONI NETO; SARAIVA e BICALHO, 2014)

Observa-se que estratégia organizacional direcionada ao público homossexual, constitui-se como uma possibilidade de suscitar vantagem competitiva e elevar uma organização para o rol das organizações socialmente responsáveis, com ganhos significativos em reputação e credibilidade.

A finalidade da gestão da diversidade é criar um espaço mais adequado e inclusivo para todos, formando “uma organização de alto desempenho, assegurando o melhor aproveitamento dos empregados e propiciando um ambiente com altas taxas de inovação e criatividade” (OLIVEIRA E RODRIGUEZ, 2004, p. 8).

No contexto brasileiro, onde imperam a ideologia tecnocrática e o mito da democracia racial, a expectativa é de que as empresas sejam lugares neutros, livres de conflitos e onde prevaleçam os ideais de produtividade e meritocracia. O mito da democracia racial, por sua vez, consiste na negação da existência do preconceito em nossa sociedade e na proliferação da ideia de que o Brasil é uma nação onde os diferentes convivem em harmonia – o que, como se sabe, não tem respaldo nos números comparativos sobre acesso à educação, renda, trabalho e expectativa de vida de negros e brancos. (ALVES e GALEÃO-SILVA, 2002)

Antes, a ideologia vigente era o mito da democracia racial, que negava a existência das discriminações. Agora, a nova ideologia é a da diversidade administrada. Enquanto o mito da democracia racial pressupõe uma negação das diferenças por meio da miscigenação, a diversidade revela a discriminação para, em seguida, ensinar a tolerância. (ALVES; GALEÃO-SILVA, 2002, p. 27)

6. Conclusões

A discriminação no ambiente de trabalho, comumente tem suas raízes na própria conjuntura social em que o indivíduo encontra-se inserido. O que se observa é que o lugar de trabalho reflete o preconceito emitido pela sociedade o qual está baseado na educação, religião, troca de ideias familiares e também na própria conduta do homossexual.

Destaque para o grupo de pessoas travestis e transexuais no Brasil que continua à procura de uma oportunidade de trabalho formal e sem acesso à cidadania e direitos básicos. Ressalta-se que o histórico de transfobia e evasão escolar prejudica a formação dessas pessoas, entretanto, existem pessoas trans com mais qualificação

que da mesma forma enfrentam dificuldades para chegar ao mercado de trabalho formal.

A discriminação que permeia a vida de homossexuais no espaço e mercado de trabalho confirma que a despeito da proteção constitucional e legal contra condutas discriminatórias, muitos empregadores não contratam LGBT's ou os discriminam a partir do momento que tomam conhecimento que a orientação sexual destas pessoas é diferente da maioria.

No que concerne ao preconceito, discriminação e homofobia contra os LGBT's no trabalho, constatam-se atos de gestão organizacional que levam o indivíduo à demissão, a ser vítima de sanções e punições não relacionadas à má conduta ou desempenho ruim, à retaliação de oportunidades, à exclusão social dentro da empresa. Este tipo de situação encontra-se relacionada ao tipo de empresa em que se trabalha ao tipo de vínculo empregatício, e especialmente, ao ambiente em que a pessoa LGBT está inserida.

As organizações associam o assunto de diversidade sexual a melhores resultados financeiros e esperam retorno de seus empregados, em termos de inovação e engajamento. Algumas empresas avançaram neste sentido, através de campanhas de comunicação mais representativas. Entretanto, quando falamos em organizações neste trabalho, retratamos uma elite empresária comprometida com a diversidade, até mesmo patrocinadora de eventos a respeito do assunto. Salientamos que esta não é a realidade da maior parte das empresas no Brasil.

Com a finalidade de minimizar o preconceito contra a minoria LGBT, seria importante criar debates, grupos de apoio a estas pessoas e fazer campanhas com o intuito de conscientizar as pessoas quanto à existência dos mais diversos grupos em nossa sociedade, inclusive no trabalho. Ainda, recomenda-se um trabalho de orientação através de políticas públicas para reeducar a sociedade e esclarecer dúvidas em torno dos LGBT's que realmente promovam mudanças efetivas nas organizações.

Referências:

ALVES, M. A; GALEÃO-SILVA, L.G. A crítica do conceito de diversidade nas organizações. In: Encontro de estudos organizacionais. Recife, ANPAD, 2002.

BADGETT, M. V. L. 'The wage effects of sexual orientation discrimination.', *Industrial & Labor Relations Review* 48(4), 726–739. 1995.

BECKER, G. S. The Economics of Discrimination. Economic Research Studies, Chicago. 1957.

BORGES, J. L. Um Modelo para a Morte. Os Suburbanos. O Paraíso dos Crentes. Rio de Janeiro: Ed. Globo, 2008.

CAGNI, A. P. Diversidade sexual no setor de telemarketing. Disponível em: <<http://www.sintratel.org.br/site-joomla-1.5/index.php/politica-social/1179-diversidade-sexual-no-setor-de-telemarketing>> . Set - 2016. Acesso em 12 de julho de 2020.

CAPRONI NETO, L. H.; SARAIVA, L. A. S.; BICALHO, R. DE A. Diversidade sexual nas organizações: um estudo sobre coming out. In: Revista Pensamento Contemporâneo em Administração, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, jan/mar, p. 86-103. 2014.

ECCEL, C.S.; FLORES-PEREIRA, M.T. A inserção da "diversidade" homossexual em uma livraria de shopping Center: um estudo crítico. In: ENANPAD, 32, 2008, Rio de Janeiro. Trabalhos apresentados. Rio de Janeiro, 2008.

FERREIRA, R.C.; SIQUEIRA, M.V.S. O gay no ambiente de trabalho: análise dos efeitos de ser gay nas organizações contemporâneas. In: ENANPAD, 31, 2007, Rio de Janeiro. Trabalhos apresentados. Rio de Janeiro, 2007.

FLEURY, M. T. L. Gerenciando a diversidade cultural: experiências de empresas brasileiras. In: Revista de Administração de Empresas. São Paulo, v. 40, n.3, p. 18-25, Jul/Set, 2000.

GREENHAUS, J.H.; PARASURAMAN, S.; WORMLEY, W.M. Effects of race on organizational experiences, job performance evaluations, and career outcomes. Academy Of Management Journal, v. 33, p. 64-86, 1990.

IRIGARAY, H. A. A Diversidade nas Organizações Brasileiras: Estudo sobre orientação sexual e ambiente de trabalho. Tese de doutorado, Programa de Doutorado em Administração de Empresas. FGV-EAESP. São Paulo. 2018.

MCQUARRIE, F. A E. Expanding the concept of diversity: discussing sexual orientation in the management classroom. **Journal of Management Education**, v. 22, n. 2, p. 162-173, abr. 1998.

OLIVEIRA, U. R.; RODRIGUEZ, M. V. R. Gestão da diversidade: além de responsabilidade social, uma estratégia competitiva. Santa Catarina, 2004.

POPE, M. Career interventions for gay and lesbian clients: a synopsis of practice knowledge and research needs. **The Career Development Quarterly**, v. 44, n. 2, p. 191-198, dez. 1995.

REIDEL, M. A pedagogia do Salto Alto: histórias de professoras transexuais e travestis na educação brasileira. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013.

TOTH, E. L. Gestão da comunicação em função da diversidade nas organizações. In: KUNSCH, M. M. K. (org.). A comunicação como fator de humanização das organizações (125- 134). São Caetano do Sul, SP: Difusão Editora. 2010.

WOODS, J. The corporate closet: The professional lives of gay men in America. New York: Free Press.1994.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA INTERNALIZAÇÃO DAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS NO CASO DE ACIDENTES DO TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS

FERNANDA BARRETO NAVES: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2011). Especialização em Direito e Processo do Trabalho (2013). Ex-Analista Judiciário, Área Judiciária do TRE-MG (2014-2016). Ex-Analista Judiciário, Área Judiciária do TRF da 2a. Região (2016-2017). Analista Judiciário, Área Judiciária do TRT da 17a. Região (a partir de 2017).

Resumo: O presente artigo versa acerca da possibilidade de incidência da teoria da internalização das externalidades negativas, típica do direito ambiental, à seara laboral. Realiza-se um apanhado conceitual dos principais institutos jurídicos afetos à questão; examinam-se as correntes doutrinárias sobre a responsabilização objetiva do empregador e, por fim, na esteira de uma dogmática constitucional emancipatória e pautando-se em uma interpretação sistemática, conclui-se pela ampla possibilidade de aplicação dos princípios de prevenção e precaução, poluidor-pagador e melhoria contínua, bem como da teoria da internalização das externalidades negativas à área trabalhista, abrindo caminho para se imputar aos infratores a responsabilidade civil objetiva e solidária, além de estipular a prioridade da reparação específica do dano.

Palavras-chave: Meio ambiente laboral. Responsabilidade objetiva do empregador. Prevenção e precaução. Poluidor-pagador. Melhoria contínua. Teoria da internalização das externalidades negativas.

Abstract: This article deals with the possibility of application the theory of internalization of negative externalities, typical of environmental law, to the labor field. It carries out a conceptual survey of the main legal institutes related to the issue, examines doctrines about the employer's objective liability. Finally, based in the modern approach, called emancipatory, of the constitutional dogma, and guided by a systematic interpretation, concluded by the wide variety of possibilities for the application of the principles of prevention and precaution, polluter-payer and continuous improvement, as well as the theory of internalization of negative externalities to the labor field.

Keywords: Working environment. Employer's objective liability. Prevention and precaution. Polluter-payer principle. Continuous improvement. Theory of internalization of negative externalities.

Sumário: Introdução. 1 Meio ambiente laboral hígido, seguro e sadio: direito fundamental difuso. 2 Possibilidade da responsabilização objetiva do empregador nos casos de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. 3 Internalização das externalidades negativas; princípio do poluidor-pagador, princípio do aprimoramento contínuo e princípios da prevenção e precaução. 4 O neoconstitucionalismo, a interpretação sistemática do ordenamento e a aplicabilidade de teoria da internalização das externalidades negativas ao direito laboral. 5 Consequências da aplicação da teoria da internalização das externalidades negativas no âmbito laboral. Conclusão. Referências.

1 Introdução

A Lei nº 6.938/1981 traz a conceituação legal de meio ambiente, assim estabelecendo, em seu artigo 3º: "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". (BRASIL, 1981)

Observa-se a opção do legislador pela adoção de um conceito aberto de meio ambiente, de modo a abarcar elementos naturais, artificiais e culturais.

Nesse sentido leciona José Afonso da Silva:

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. (SILVA, 2013)

O meio ambiente laboral insere-se, inegavelmente, nesse conceito globalizante, traduzindo-se, em apertada síntese, como o conjunto de condições físicas, químicas, biológicas, psíquico-mentais e interpessoais observadas no contexto em que as relações laborais ocorrem, cujo equilíbrio é imprescindível à capacidade laboral dos indivíduos que dele participam.

Conforme Amauri Mascaro Nascimento:

[...] o complexo máquina-trabalho; as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho. (NASCIMENTO, 1999, p. 583-587)

Na mesma linha, dispõe Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Meio ambiente do trabalho é o local onde o homem exerce suas atividades laborais, remuneradas ou não, cujo equilíbrio baseia-se na salubridade do meio e na ausência de fatores nocivos à incolumidade não apenas física, mas também psíquica dos trabalhadores, independentemente se homens ou mulheres, maiores ou menores, celetistas, autônomos ou servidores públicos. (FIORILLO, 2013)

1 MEIO AMBIENTE LABORAL HÍGIDO, SEGURO E SADIO: DIREITO FUNDAMENTAL DIFUSO

A Constituição da República (CRFB) de 1988 erigiu o meio ambiente equilibrado – incluso o laboral (Art.200, VIII) – à condição de direito fundamental difuso, Art.225), na esteira da normativa internacional acerca do tema (Item III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU; Art.7º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas - ONU; Convenções nº 155 e 161 da Organização Internacional do Trabalho - OIT; Art.7º do Protocolo de San Salvador, da Organização dos Estados Americanos - OEA; Diretiva 89/391/CE da Comunidade Econômica Europeia – CEE). (ONU, 1948; ONU, 1966 ; OIT, 1981; OIT, 1986; OEA, 1988; CEE, 1989)

Nesse sentido é a lição de Sebastião Geraldo de Oliveira:

O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral (Art.200, VIII, da Constituição da República), de modo que é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável ignorando o meio ambiente do trabalho. Dentro desse espírito, a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o

princípio de defesa do meio ambiente (Art.170, inciso VI). (OLIVEIRA, 2011)

Já no plano infraconstitucional, a proteção ao meio ambiente laboral viabiliza-se especialmente por meio das regras da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 1943), Art.154 e ss., das Normas Regulamentadoras (NR) do extinto Ministério do Trabalho e Emprego (BRASIL, 1978) e das leis federais nº 6.938/1981, 8.080/1990 e 8.231/1991, que absorvem a definição da Organização Mundial da Saúde ao considerar “saúde” não somente ausência de enfermidades, mas um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e buscam assegurar ao obreiro a fruição do mais elevado nível de tal direito social (visão holística do homem-trabalhador).

Nessa senda, dada a dimensão objetiva e eficácia horizontal dos direitos fundamentais (Art. 5º, §1º, CRFB/1988) e levando-se em conta o princípio da dignidade da pessoa humana - vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico pátrio, é dever do empregador proporcionar um meio ambiente de trabalho sadio, hígido e seguro (Art.157, CLT), de modo a evitar a sinistralidade laboral e resguardar – acima dos seus interesses meramente privados – a incolumidade daqueles que lhes prestam serviços.

Havendo, portanto, adoecimento laboral ou acidentes de trabalho, deve ser o empregador responsabilizado.

2 A POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO EMPREGADOR NOS CASOS DE ACIDENTES DE TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS

A Carta Magna, em seu Art.7º, XXVIII, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais o direito ao “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

A doutrina trabalhista majoritária, levando em consideração a previsão *in fine* do supracitado dispositivo, defende que a CRFB/1988 adotou, como regra, a responsabilidade subjetiva do empregador.

Nesse contexto, durante muitos anos houve intensa celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de atribuição excepcional de responsabilidade objetiva ao empregador, com arrimo na previsão do parágrafo único do Art.927 do Código Civil (CC), que assim dispõe: “Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”(BRASIL, 2002)

Sobre o tema, verifica-se a existência de duas principais linhas argumentativas.

Para uma primeira corrente, denominada de “negativista” por Fernando José Cunha Belfort (2010), a teoria, se bem que aplicável ao Direito Civil, não teria campo para atuação no Direito do Trabalho, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, XXVIII, somente prevê a indenização quando o acidente ocorre por dolo ou culpa do empregador. Defende esta corrente que o Código Civil (lei ordinária) não pode contrariar dispositivo expresso da Constituição com relação à responsabilidade proveniente do acidente do trabalho.

Contudo, uma segunda linha de pensamento, chamada “positivista”, sustenta a plena aplicação do instituto ao Direito do Trabalho, uma vez que a própria Constituição prevê, em seu artigo 7º, a inclusão de outros direitos além daqueles nele relacionados, quando em benefício do trabalhador, positivando apenas um “piso” de direitos, e não um “teto”: “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores (...) além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)” (grifo nosso).

Nesse passo, não haveria que se falar em conflito entre o Art.927, parágrafo único, do Código Civil e o Art.7º, XXVIII da CRFB/1988, uma vez que o próprio dispositivo constitucional permite que se incluam no rol de direitos dos trabalhadores “outros que visem à melhoria de sua condição social”, expressão que, segundo Arnaldo Sussekind (1999), não só fundamenta a vigência de direitos não previstos no Art.7º da CRFB/1988, como também “justifica a instituição de normas, seja por lei, seja por convenção ou acordo coletivo, seja, enfim, por laudo arbitral ou sentença normativa”.

Noutro giro, ostenta essa expressão uma dimensão mandamental, pois “estabelece um objetivo a ser perseguido pelo Poder Público, que é a melhoria da condição social do trabalhador”. (LAURINO, 2003)

Com efeito, o *caput* do Art.7º da Constituição Cidadã introduz em nosso ordenamento jurídico o princípio da progressividade (já positivado no Art.26 do Pacto San Jose da Costa Rica), em relação ao qual enuncia Daniela Muradas:

[...] o princípio da progressividade dos direitos sociais, concebido no domínio teórico do Direito Internacional dos direitos humanos, enuncia o compromisso internacional dos Estados promoverem, no máximo de seus recursos disponíveis, a proteção da pessoa humana em sua dimensão econômica, social e cultural. Pelo Princípio da progressividade dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultura, vincula-se a atividade legiferante nacional ao progresso ininterrupto das

condições de proteção à pessoa humana na sua dimensão social, sendo juridicamente inviável a eliminação dos padrões sociais já estabelecidos, sem a correspondente criação de um conjunto normativo compensatório e qualitativamente mais vantajoso. (MURADAS, 2010)

Para Antônio Elias de Queiroga e Carlos Roberto Gonçalves, há necessidade de aprimoramento e evolução do conceito de responsabilidade civil, devendo o Art.7º, XXVIII, da CRFB/1988, ser interpretado levando-se em conta a finalidade e a razão de ser do ordenamento jurídico como um todo. (GONÇAVES, 2002; QUEIROGA, 2003)

Jorge Luiz Souto Maior arremata:

A obrigação de indenizar por acidente de trabalho não depende de prova de culpa. A responsabilidade é objetiva, conforme prevê o artigo 927 do Código Civil. A previsão constitucional, por óbvio, não limita esse direito do acidentado, na medida em que a norma constitucional é de caráter mínimo, podendo, portanto, ser ampliada pela lei infraconstitucional, como se dá na presente situação. (MAIOR, 2005)

Na mesma toada, na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em 2006, foi aprovado o Enunciado 377, com a seguinte disposição: “o Art.7º, XXVIII da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no Art.927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco”. (BRASIL, 2006)

Também o Enunciado 37 da I Jornada de Direito do Trabalho realizada em Brasília em 2007 conclui:

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade (BRASIL, 2007).

Finalmente, em 2019, a questão restou pacificada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, que firmou entendimento no sentido de que é constitucional a imputação da responsabilidade civil objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho em atividades de risco.

Na oportunidade, foi fixada a seguinte tese de repercussão geral:

O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade. (RE 828040, BRASIL, 2019)

3 INTERNALIZAÇÃO DAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS; PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; PRINCÍPIO DO APRIMORAMENTO CONTÍNUO E PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO

Enuncia o Princípio 16 da Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ONU, 1992):

As autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o causador da contaminação deveria, por princípio, arcar com os seus respectivos custos de reabilitação, considerando o interesse público, e sem distorcer o comércio e as inversões internacionais.

O princípio supratranscrito positiva a teoria da internalização das externalidades negativas, que se baseia na premissa de que os custos externos que acompanham o processo produtivo - a exemplo da poluição - devem ser internalizados, ou seja, assumidos por aqueles que auferem lucro com a exploração da atividade. É dizer: os agentes econômicos devem levar em conta os custos externos de sua produção.

Combate-se, pois, a ideia de "privatização dos lucros e socialização dos riscos", de modo a se evitar que os efeitos negativos da produção sejam suportados pela coletividade e que o produtor receba somente o lucro.

A internalização das externalidades negativas é intrinsecamente ligada ao princípio do poluidor-pagador, que possui assento constitucional no Art.225, §3º, segundo o qual: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e

administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”, sendo previsto, outrossim, na Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (6.938/1981), que estabelece como um de seus fins a “imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados” e complementa dispondo ser “o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” (Art.4º, VII c/c Art.14, §1º).

O princípio do poluidor-pagador visa, assim, imputar ao poluidor os custos e riscos da atividade poluente: quem polui responde pelos prejuízos.

Nessa mesma toada despontam a prevenção e a precaução.

Prevista implicitamente no Art.225 da CRFB/1988, a prevenção veicula a ideia de que, em havendo base científica para prever os futuros danos ambientais consequentes do desenvolvimento de determinada atividade lesiva ao meio ambiente, ao empreendedor devem ser impostos limites, condicionantes e restrições (por exemplo, de licenciamento ambiental), de forma a mitigar ou mesmo afastar os prejuízos.

Há, aqui, um risco certo, concreto, conhecido.

Destaca-se, sobre o tema, o Princípio 17 da Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ONU, 1992):

Princípio 17. A avaliação de impacto ambiental, como instrumento nacional, deve ser empreendida para atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão da autoridade nacional competente.

Na mesma linha, enuncia o Art.4º, item 2, da Convenção 155 da OIT (1981):

PARTE II. PRINCÍPIO DE UMA POLÍTICA NACIONAL

Art. 4 — 1. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho.

2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem conseqüência do trabalho tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho.

Também a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente faz alusão à manutenção e proteção ambiental (Art.2º, Lei 6.938/1981) e a Carta Fundamental, em seu Art.225, §1º, IV, determina a obrigatoriedade de estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação.

A precaução, por outro lado, antecipa-se ao risco, trabalhando num juízo de probabilidade, no qual incide a máxima *in dubio pro natura* ou *in dubio pro salute*.

Dessa forma, se determinado empreendimento, dentro de uma base científica razoável de probabilidade, puder gerar danos ambientais, ainda que não exista certeza em relação a seus efeitos e sua extensão, o empreendedor deverá ser compelido a adotar medidas de precaução para reduzir ou elidir tais riscos.

Esse princípio se volta ao risco incerto, desconhecido ou abstrato.

Consoante magistério de Cristiane Derani:

O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco iminente de uma determinada atividade como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade. (DERANI, 2001)

Encontra-se ainda previsto de forma expressa no Princípio 15 da Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (ONU, 1992).

Por fim, tais princípios encontram íntima ligação também com o chamado “aprimoramento contínuo” ou “melhoria contínua”, que se encontra implícito na mesma Declaração do Rio e na leitura conjunta dos incisos XXII e XXIII do Art.7º da CRFB/1988, além de estar expresso no Art.6º do Anexo XIII-A (Benzeno) da NR 15.

6. Valor de Referência Tecnológico - VRT se refere a concentração de benzeno no ar considerada exequível do ponto de vista técnico, definido em processo de negociação tripartite. O VRT deve ser considerado como referência para os programas de melhoria contínua das condições dos ambientes de trabalho. O cumprimento do VRT é obrigatório e não exclui risco a saúde. (BRASIL, 1978)

A melhoria contínua, na acepção de Guilherme Guimarães Feliciano é “um desdobramento específico do princípio da prevenção” que “indica que a exploração de uma atividade acarretadora de riscos para a integridade física e psíquica dos trabalhadores deve acompanhar a evolução das técnicas e dos métodos voltados para a redução ou para a neutralização daquelas ameaças” (FELICIANO, 2005.)

O autor cuida, ainda, de exemplificar uma aplicação do princípio em questão: diante da disponibilização, no mercado, de um novo equipamento de proteção coletiva, os empregadores devem envidar todos os esforços para adquiri-los e implantá-los em suas unidades produtivas.

Preconiza-se, portanto, um esforço contínuo das empresas no sentido de melhoria das condições laboroambientais.

4 O NEOCONSTITUCIONALISMO, A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO E A APLICABILIDADE DE TEORIA DA INTERNALIZAÇÃO DAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS AO DIREITO LABORAL

As constituições da chamada pós-modernidade, assim entendida como o momento histórico-filosófico posterior à 2ª Guerra Mundial, marcado pelos processos de redemocratização dos países ocidentais, possuem o traço comum de,

em um resgate da moral Kantiana, reaproximar o Direito da ideia de Justiça, afastando-se da razão prática iluminista dominante até então, que se mostrou incapaz de impedir as atrocidades cometidas pelo nazifascismo.

Destarte, plasmando a ideia de dignidade da pessoa humana no centro do ordenamento jurídico e sob forte influência da Teoria Crítica (Escola de Frankfurt), o chamado neoconstitucionalismo propõe uma rematerialização das constituições, caracterizada pelo reconhecimento da normatividade dos princípios, previsão de amplos catálogos de direitos fundamentais, contemplação de regras programáticas e enaltecimento da superioridade e da força normativa da constituição.

Ensina Barroso:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria. (BARROSO, 2005)

Segundo o autor, a principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

Nesse contexto, desenvolve-se uma nova dogmática constitucional, que busca potencializar, principalmente, a normatividade dos capítulos condensadores de direitos sociais. A interpretação, portanto, deve ser aberta, sistemática e voltada à efetividade.

Assim, a interpenetração de disciplinas jurídicas coaduna-se com essa nova dogmática e mostra-se como algo desejável com vistas a concretizar os objetivos

fundamentais definidos na Constituição e a densificar a vontade constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Do cotejo, portanto, dos princípios de prevenção e precaução, poluidor-pagador e melhoria contínua conclui-se que o legislador objetivou firmar uma nova postura em matéria de meio ambiente (inclusive o laboral), sopesando a exploração econômica dos recursos naturais (e humanos) com outros valores fundamentais, a exemplo da saúde dos cidadãos (e do homem-trabalhador), o direito à qualidade de vida e o resguardo das expectativas das futuras gerações.

Nessa linha, ensina Cristiane Derani (2007):

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito à vida e à manutenção das bases que a sustentam, constitucionalmente protegidos. Este bem não pode ser desmembrado em parcelas individuais. Seu desfrute é necessariamente comunitário e reverte ao bem-estar individual. Já se disse que o meio ambiente, enquanto bem jurídico, apresenta-se como uma garantia das condições básicas necessárias para a manutenção da vida em geral e da humana em particular.

Destaca-se da garantia fundamental à vida exposta nos primórdios da construção de direitos fundamentais, porque não é simples garantia à vida, mas este direito fundamental é uma conquista prática pela conformação das atividades sociais, que devem garantir a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, abster-se de sua deterioração e construir sua melhoria integral das condições de vida da sociedade.

Logo, os princípios em referência, que, juntamente à teoria da internalização das externalidades negativas, formam um conjunto garantidor da incolumidade do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho sadio, mostram-se plenamente aplicáveis ao direito do trabalho, encontrando amparo, inclusive, no rol dos direitos fundamentais trabalhistas da CRFB/1988, Art. 7º, XXII, XXIII e XXVIII.

5 CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INTERNALIZAÇÃO DAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS NO ÂMBITO LABORAL

Admitindo-se a incidência da teoria na seara laboral, insta, por fim, delinear suas principais consequências, a saber, a) a responsabilidade civil objetiva; b) a

prioridade da reparação específica do dano ambiental; c) a responsabilidade solidária.

No que tange ao primeiro aspecto, devem ser relembradas as questões acima abordadas, no sentido de que, em se tratando o *caput* do Art.7º da CRFB/1988 de uma garantia mínima aos trabalhadores, há espaço para a incidência de quaisquer outras, desde que benéficas.

Nesse passo, a responsabilidade objetiva mostra-se condizente com a tutela que o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho merece, cumprindo a função de protegê-lo de forma adequada e suficiente. Interpretação em contrário não seria apta a garantir a incolumidade do direito, pelo que incidiria na proibição da proteção deficiente, vertente positiva da máxima da proporcionalidade.

Cite-se, por exemplo, os trabalhadores que laboram em ambiente insalubre ou perigoso, percebendo o respectivo adicional. Não há dúvidas de que a atividade, por sua natureza, implica “risco para os direitos de outrem”, na esteira do que preceitua o Art.927, parágrafo único do CC. Inegável, pois, a incidência da responsabilidade objetiva.

Noutro giro, não raro observa-se, como externalidade negativa laboral, a degradação socioambiental, decorrente de atividades, por exemplo, desenvolvidas por meio de cadeias produtivas precarizadas (como a indústria têxtil informal de SP – sistema de *sweating shops*) ou que envolvam fluxos migratórios desordenados (como a construção de grandes obras públicas em locais ermos – o aeroporto de Guarulhos gerou a favela de Jardim Cumbica).

Em casos como os acima citados, a teoria da internalização das externalidades negativas possibilita a responsabilização dos produtores, detentores do poder econômico relevante. Na indústria têxtil acima citada, por exemplo, da grande marca que absorve a produção dessas pequenas oficinas: o passivo ambiental é incluído dentro da cadeia que se beneficia da atividade.

Com efeito, a “favelização” causada pelas atividades como as acima citadas é englobada pelo conceito de meio ambiente (que abrange o meio ambiente artificial, social e urbano), e se subsume à ideia de degradação (Art.3º, II, da Lei 6.938/1981), de sorte que seu impacto socioambiental traduz a noção de “poluição” (Art.3º, III, da mesma lei), sendo considerado “poluidor” (Art.3º, IV), destarte, aquele que desenvolve a atividade geradora de tal subproduto indesejado.

Quanto ao segundo aspecto, “prioridade da reparação específica do dano”, necessário registrar que a reparação compreende duas formas: o retorno ao *status quo ante* (Art.225, §2º, da CRFB/1988) e a compensação pecuniária.

Uma vez que o direito ao meio ambiente hígido e saudável se cuida de direito fundamental, deve-se priorizar a recomposição do dano, e, apenas se impossível, fixar-se uma indenização compensatória.

Por fim, no tocante ao terceiro aspecto, “responsabilidade solidária”, incide a previsão do inciso IV do Art.3º da Lei 6.938/1981, segundo o qual considera-se poluidor toda “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. Na mesma toada, o Art.942 do CC assim dispõe: “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

É dizer: todo aquele que auferir o bônus, deverá também arcar com o ônus dali decorrente (risco-proveito).

CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988 erigiu o meio ambiente equilibrado – incluso o laboral (Art.200, VIII) – à condição de direito fundamental difuso (Art.225), buscando, ainda, concretizar os princípios da precaução e prevenção, do poluidor-pagador e do aprimoramento contínuo.

O *caput* do Art.7º da Carta Fundamental prevê um piso de garantias laborais mínimas, ao tempo em que estipula uma cláusula de desenvolvimento progressivo, de modo a assegurar, como objetivo a ser perseguido pelo Poder Público e pelos empregadores, a melhoria da condição social do trabalhador.

Desse modo, tratando-se de caso envolvendo o meio ambiente laboral, a saúde e a segurança do trabalhador, defende-se a aplicação do Art.225, §3º, da CRFB/1988, do Art.14, §1º, da Lei 6.938/1981 e do Princípio 16 da Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), de modo a possibilitar a incidência da teoria da internalização das externalidades negativas à seara laboral e, em consequência, imputar aos infratores a responsabilidade civil objetiva e solidária e estipular a prioridade da reparação específica do dano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. 2005. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em 10 jun 2020.

BELFORT, Fernando José Cunha. **A responsabilidade objetiva do empregador nos acidentes de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 377 aprovado na IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2006. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/512>. Acesso em 7 jun 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 38 aprovado na I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/699>. Acesso em 7 jun 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília, 1988; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 5 jun 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 6 jun 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em 10 jun 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 11 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.213, 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 11 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de jan. de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 6 jun 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria Segurança e Saúde no Trabalho. **Portaria nº 3214 de 8 de junho de 1978**. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. Brasília, 1978. Disponível em: http://www.lex.com.br/doc/308880/PORTARIA_N_3214_DE_8_DE_JUNHO_DE_1978.aspx. Acesso em 7 jun 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 932, Repercussão Geral: RE nº 828040**, Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 05.09.2019. Brasília, 2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/>. Acesso em 5 jun 2020.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. **Directiva 89/391/CEE, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho**. Bruxelas, 1989. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:31989L0391>. Acesso em 11 jun. 2020.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: LTr, 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. **Globalização, eficácia das normas constitucionais e realização dos direitos sociais**. Revista de Direito da Mackenzie. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, ano 4, nº 1, p. 191/198, 2003.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Em defesa da ampliação da competência da justiça do trabalho**. Revista RDT. Brasília: Consulex, 2005.

MURADAS, Daniela. **O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **A defesa processual do meio ambiente do trabalho**. Revista LTr, São Paulo, v. 63, n.5, p. 583-587, maio 1999.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6ª ed. São Paulo: LTr., 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador"**.. San Salvador, 1988. Disponível em http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em 11 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 155: Segurança e saúde dos trabalhadores**. Genebra, 1981. Disponível em https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em 10 jun 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 161: Serviços de saúde do trabalho**. Genebra, 1985. Disponível em https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236240/lang--pt/index.htm. Acesso em 11 jun 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 1992. Disponível em: https://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml. Acesso em 10 jun 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris, 1948. Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 11 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Bruxelas, 1966. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em 11 jun. 2020.

QUEIROGA, Antônio Elia. **Responsabilidade civil e o novo código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LOTÉRIAS ONLINE DA CAIXA: PROPOSTAS DE MELHORIAS E DA COMPLEMENTARIDADE DE CORRETORES LOTÉRICOS

ALLAN FUEZI DE MOURA BARBOSA:

Mestre em Direito e Economia pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com período na Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Investigador Associado ao Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal - CIDEEF (Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa). Participante do Comitê de Concorrência do IBRAC. Administrador. Advogado.

Resumo: O presente artigo busca desenvolver um conjunto de proposições às “Loterias Online da CAIXA”, com vistas à elevação dos padrões de eficiência e de jogo responsável, a partir de uma revisão bibliográfica e uma pesquisa documental, com vistas à identificação das melhores práticas de loterias virtuais no mundo, que poderiam ser adaptadas às loterias em estudo. Por sua vez, os objetivos principais do estudo são: a) atestar o bom grau de adequação dessas loterias aos parâmetros internacionais; b) aprimorar o modelo em estudo, a partir de propostas atreladas às melhores práticas de loterias virtuais; c) propor uma adaptação da exploração de loterias virtuais no Brasil, ante às especificidades locais. Nesse passo, identificou-se duas vertentes de melhorias das loterias abordadas, quais sejam, as relativas à plataforma de realização das apostas e a atinente à criação de uma modalidade de permissionário complementar ao meio de virtualização de loterias, em face do contexto econômico-social do Brasil.

Sumário: 1. Introdução. 2. Loterias Online da CAIXA. 3. Propostas de melhoria das Loterias Online da Caixa: 3.1 Incremento das solicitações para cadastramento; 3.2 A criação do “cartão do jogador” como no modelo português; 3.3 Da exclusão valor mínimo superior a uma aposta simples; 3.4 Do resgate automático de prêmios; 3.5 Da autoexclusão. 4. A proposta complementar de corretor lotérico: 4.1 Do atual sistema de permissão da CAIXA; 4.2 O contexto nacional como fundamento; 4.3 Os parâmetros conceituais do corretor lotérico; 5. Considerações finais. 6. Referências.

1.Introdução

O ambiente de transformações econômicas dos mercados mundiais tem levado a uma substituição progressiva dos meios físicos para os eletrônicos, o que não fora diferente no âmbito das apostas lotéricas (BARBOSA, 2017, p. 37). No Brasil, a realidade não é diferente, de modo que há um processo de virtualização das apostas,

como forma de adequação da evolução tecnológica do mercado (BARBOSA, 2018, p. 18).

No contexto nacional, entretanto, de acordo o regime geral da exploração de loterias federais, instituído pelo Decreto-lei nº 204/1967, as loterias federais devem ser exploradas diretamente pela Caixa Econômica Federal – CAIXA (art. 2º)[1]. Com base nisso, a mencionada instituição, no ano de 2018, implementou, em consonância com a tendência mundial de virtualização das apostas, a denominada plataforma virtual “Loterias Online da CAIXA”, a partir da qual possibilitou-se aos apostadores a realização de jogos online para as loterias federais.

No entanto, por ser o mecanismo virtual “Loterias Online da CAIXA” bastante recente e provavelmente carente de alguns aspectos necessários ao atendimento de melhores padrões globais de apostas, o presente trabalho analisará o estado da arte da plataforma para elaboração de propostas de incremento da execução virtual da atividade. Ademais, diante do contexto socioeconômico brasileiro que inviabiliza a difusão ainda maior das apostas virtuais, aventa-se a possibilidade criação de uma nova figura de intermediário, que pode complementar a tarefa dos atuais permissionários, para a realização de apostas com base na plataforma online mencionada.

2.Loterias Online da CAIXA

As Loterias Online da CAIXA devem seguir as diretrizes internacionais sobre a atividade lotérica e, consoante as recomendações para as melhores práticas para jogos online em loterias editadas pela World Lottery Association (WLA), as loterias necessitam observar os seguintes aspectos levantados por essa instituição:

a) deve haver uma estrutura e programas que garantam o atendimento de parâmetros e requisitos regulamentares sejam garantidos por meio de processos, políticas e procedimentos de *compliance*, com revisões periódicas e avaliações de terceiros e, para o maior controle, podem ser aplicadas soluções de geolocalização para controle da jurisdição (WLA, 2014, p. 15)[2];

b) faz parte da política de jogo responsável a proibição de apostas de menores de idade, devendo constar tais informações em mensagens, termos e condições dos sítios eletrônicos, de modo a criar impedimentos desde o cadastramento na plataforma até a experiência de jogo do apostador (WLA, 2014, p. 15);

c) deve haver uma estratégia próativa das loterias em relação ao jogo responsável, tendo como um item bastante relevante, para qualquer estratégia de

jogo responsável, o mecanismo de autoexclusão eficaz, com implementação automatizada e com efeito imediato, sem possibilidade de restabelecimento pelo jogador em períodos curtos (WLA, 2014, p. 16);

d) acerca do registro de jogador, entende-se que o procedimento deve exigir, obrigatoriamente, o nome, a idade, o endereço e os informações exclusivas de criação de nome de usuário e senha, sendo possível a abertura de apenas uma conta por jogador, que deve ter acesso ao histórico de atividades. A conta deve poder ser encerrada, com o respectivo cancelamento do registro, como também bloqueada pela loteria, caso em que deve ensejar um processo formalmente documentado (WLA, 2014, p. 16);

e) o sistema de pagamentos deve garantir um atendimento rápido e preciso de pagamentos, sujeito a verificações necessárias, em um processo documentado, seja partindo do jogador ou com destino a esse. Além disso, deve haver um prazo estabelecido para pagamento aos jogadores a contar do recebimento da solicitação e de sua respectiva verificação (WLA, 2014, p. 16);

f) deve haver um serviço de suporte ao cliente, por meio do qual os jogadores encontrem informações de contato para reclamações e resolução de disputas prontamente acessíveis nos sítios eletrônicos, com registro de todas as atividades e disputas (WLA, 2014, p. 17);

g) as loterias devem, simultaneamente, desenvolver uma estratégia de equilíbrio entre o atendimento à normatização legal e de segurança, bem como fornecer aos seus jogadores as melhores experiências possíveis (WLA, 2014, p. 17);

h) deve haver uma política de segurança e privacidade da informação, sobretudo em relação às eventuais informações de cartões de crédito do jogador armazenadas na loteria, bem como aos sistemas de detecção e combate a invasões e vírus. Ademais, os usuários devem ter a sua identidade verificada com base em, ao menos, objetos de autenticação de dois fatores, antes de ter acesso ao sistema (WLA, 2014, p. 17-18);

i) deve haver uma política de teste do produto que comprove a imparcialidade e a aleatoriedade dos jogos ou das apostas, quando estas são feitas por meio de gerador de números aleatórios (WLA, 2014, p. 18);

j) o *design* e a operação dos jogos devem estar estritamente em conformidade com as suas regras e qualquer alteração nestas não pode ter efeito retrospectivo (WLA, 2014, p. 19);

k) mecanismos de prevenção à lavagem de dinheiro e à fraude devem ser implementados pelas loterias, notadamente que pagamentos das contas das apostas não podem ocorrer por meio de dinheiro em espécie (ou qualquer outro pagamento não eletrônico) e os fundos das contas de usuário devem ser remetidos para o mesmo meio em que foram realizados pagamentos, exceto quando houver alterações fundamentadas nesse mecanismo (WLA, 2014, p. 19);

l) deve haver mecanismos eficazes de controle de risco em vigor, para gerenciar os eventos, volume e preços de apostas e, no caso das esportivas, procedimentos para identificação de transações e padrões suspeitos, com possibilidade de notificação as informações relevantes às entidades desportivas ou às autoridades reguladoras competentes (WLA, 2014, p. 19-20);

m) para a segurança e integridade, os procedimentos de *backupe* recuperação devem ser implementados, para a garantia de que dados e informações poderão ser recuperados em casos de eventualidades (WLA, 2014, p. 20).

A partir desse fundamento, deve-se, portanto, cotejar cada uma das recomendações acima com a prática das loterias da CAIXA.

Primeiramente, no tocante às alíneas “a” e “b”, percebe-se o bom nível de atendimento da instituição aos padrões internacionais de jogo responsável, diante da evidência de que, em 2017, a CAIXA (2019, sp.) obteve a certificação em jogo responsável no segundo maior padrão emitido pela WLA (nível 3), o que confirma o alinhamento à proteção e redução dos riscos potenciais aos apostadores das loterias geridas pela instituição.

As “Loterias Online da CAIXA”, por sua vez, impõem um limite máximo de gastos com apostas diárias em R\$500,00 (quinhentos reais), o que, em termos de responsabilidade social, a limitação de gastos pelo sistema pode ser positiva, como visto em estudo de Griffiths e Wood (2007, p. 107 ss). Isso, sobretudo diante da verificação na pesquisa de que grande parte do vício e jogo está atrelado à fuga, para a modificação do humor, a partir de fantasias, dissociações e mudanças de estado de excitação, com vistas à “preencher vazio” ou à “evitar problema”. Há, ainda, quem entenda que o próprio jogador fixar previamente um limite diário de apostas (WLA, 2014, p. 24), mas acredita-se que o modelo da Loteria Online da Caixa segue o melhor padrão internacional de responsabilidade atrelada ao jogo. Contudo o mecanismo de autoexclusão (recomendação “c”), também relativa ao jogo responsável, não consta na plataforma em análise.

Quanto à recomendação “d” visto acima, percebe-se que o “Termo de adesão e uso ao portal de apostas das Loterias CAIXA” (2019) tem uma previsão

bastante limitada acerca do cadastro de usuário no Portal Loterias Online, no seu item 1, a saber: a) necessidade de posse de número de CPF; b) ser maior de dezoito anos[3]; c) possuir endereço de e-mail válido para a criação do cadastro; d) informação de nome completo, nome da mãe, data de nascimento e CPF[4]. Logo, o usuário da plataforma “Loterias Online da CAIXA” não é obrigado a informar obrigatoriamente o endereço de seu domicílio, nem enviar digital ou presencialmente cópia de seu documento de identificação válido.

Já as recomendações “e” e “k” estão atreladas aos mecanismos de pagamentos, seja na realização de apostas ou no recebimento dos prêmios. No primeiro aspecto, sobre o atendimento rápido e preciso de pagamentos, percebe-se o pronto adimplemento na realização das apostas, as quais somente (no momento) podem ser realizadas a partir de pagamento via cartão de crédito[5], mas não há tanta rapidez no pagamento de prêmios, independentemente do valor obtido, como será visto em outro tópico. Quanto à proibição de pagamentos em meios não eletrônicos para as loterias virtuais, percebe-se claro atendimento, ante à restrição anteriormente mencionada (apenas cartão de crédito), mas os pagamentos dos prêmios não ocorrem pelos mesmos meios das apostas.

Em relação à recomendação “f”, nota-se que há um suporte tecnológico informado no rodapé da homepage, dispondo de números de contato para que os usuários possam ter um atendimento relativo a problemas técnicos que eventualmente possam ter na plataforma.

As recomendações “g”, “h”, “i”, “l” e “m” dizem respeito aos padrões de segurança, privacidade e integridade nos sistemas de apostas. Segundo informações da própria CAIXA (2019, sp.), no ano de 2012[6], a instituição foi reconhecida, por meio da certificação pela Norma de Controle de Segurança da Associação Mundial de Loterias (World Lottery Association Security Control Standard – WLA:SCS). Esse reconhecimento ratifica a adoção de práticas de governança, de gestão de segurança da informação, bem como de risco e de continuidade de negócios na execução de atividade das loterias federais.

Ademais, também no aspecto da segurança e das boas práticas, fica assegurado à CAIXA o direito de encerrar, alterar ou suspender o acesso ao portal, sem necessidade de prévio aviso ao usuário e a qualquer momento, nas hipóteses de informação fornecida de modo fraudulento, impreciso ou incompleto, violação de qualquer previsão dos procedimentos de uso do portal, necessidade de atualização ou manutenção do sistema, por qualquer outra razão justificável a critério da outorgante[7].

Enfim, quanto à recomendação “j” acerca da conformidade do *design* dos jogos com as regras, sem efeito retrospectivo destas, percebe-se que todas as normatizações da CAIXA estão atreladas à edição de leis ou circulares da própria instituição para o regramento das loterias que serão exploradas[8]. Nesse aspecto, a plataforma virtual de apostas acaba por seguir estritamente o quanto previsto no conjunto normativo em questão.

A despeito de um quadro geral de bom atendimento às melhores práticas internacionais de apostas virtuais, as “Loterias Online da CAIXA” carecem de algumas melhorias, com vistas à busca pela excelência na prestação do serviço, na busca pelo equilíbrio da eficiência na execução da atividade com a responsabilidade social. Por conta disso, passa-se a indicar propostas de melhoria do sistema.

3.Propostas de melhoria das Loterias Online da Caixa

Não excluindo-se eventuais outras propostas de melhoria das loterias em análise, optou-se por cinco medidas diretamente relacionadas à plataforma virtual, como forma de alcance de patamares ainda superiores de eficiência e de responsabilidade social e em consonância com as práticas de outros países[9], a saber: a) incremento das solicitações para cadastramento; b) a criação do cartão do jogador, como na sistemática portuguesa; c) a exclusão de valor mínimo superior a uma aposta simples; d) do resgate automático de alguns prêmios; e) da disponibilização da autoexclusão. Assim, passa-se a analisar cada uma das medidas propostas.

3.1 Incremento das solicitações para cadastramento

Seguindo-se os parâmetros internacionais das boas práticas em apostas virtuais, conforme visto no capítulo anterior, a plataforma das “Loterias Online da CAIXA” deverá exigir o endereço de domicílio do apostador.

Não obstante, em face da necessidade de comprovação da veracidade das informações individuais prestadas – sobretudo quanto à maioridade do jogador – entende-se que também deve ser imposta a necessidade de remessa online ou por outros meios de documentos de identificação oficial, no qual conste nome completo, data de nascimento e CPF do usuário. Neste caso, cumpre ressaltar que esse documento deve ser armazenado no mais alto padrão de segurança para garantir a privacidade do apostador, somente sendo disponibilizado às autoridades de regulação ou de combate à fraude ou à lavagem de dinheiro, em caso de investigação sobre eventual prática cometida pelo apostador.

3.2 A criação do “cartão do jogador” como no modelo português

Na realidade portuguesa, há um suporte eletrônico de multicanal integrado (internet, celular, televisão entre outros) para a realização do que aquele país denomina de “contrato de jogo”, considerado como aquele por meio do qual uma das partes, através do pagamento de uma quantia certa, adquire números ou prognósticos com os quais se habilita, em contrapartida à prestação, ao recebimento de um prêmio, de valor fixo ou variável, que será pago pela outra parte, em razão do resultado de uma operação baseada exclusiva ou fundamentalmente na sorte, conforme as regras predefinidas (n. 2, art. 3º, Decreto-Lei n. 282/2003).

Para a realização de um jogo através de meios eletrônicos, o apostador recorre a um denominado “cartão de jogador”, o qual contém a identificação por um número e um código de segurança a este atribuído e com emissão pelo Departamento de Jogos da Santa Casa de Misericórdia de Lisboa (n. 2, art. 3º, Decreto-Lei n. 282/2003), para quem foi concedida a atividade, por meio do Decreto-Lei n.º 84/85, de 28 de Março[10].

De acordo com as atuais “Condições Gerais de Utilização do Cartão de Jogador” foram estabelecidas no ano de 2019, pelo Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, o cartão de jogador corresponde a um suporte associado a uma conta de utilizador (gerado após a ativação desta), com número de nove dígitos e um código de segurança individual, no qual ficam associadas as apostas e os respectivos prêmios (LISBOA, 2019, p. 1), tendo como uma de suas características principais a intransmissibilidade, uma vez que o cartão tem destinação pessoal exclusiva ao seu utilizador (LISBOA, 2019, p. 2).

Logo, o utilizador é responsável pela guarda e uso do cartão de jogador, não podendo facultar a utilização deste por terceiros, sob pena de responsabilidade civil e penal (LISBOA, 2019, p. 3), bem como de suspensão ou desativação do cartão de jogador (LISBOA, 2019, p. 19). Ademais, cada utilizador apenas pode ter uma conta com um único cartão de jogador vinculado, ao mesmo tempo em que não se permite contas sem cartão vinculado e vice-versa (LISBOA, 2019, p. 3).

A criação da conta de utilizador pressupõe o cadastro no sítio eletrônico do Portal Jogos Santa Casa ou de seu respectivo aplicativo, com os seguintes dados obrigatórios: a) nome completo; b) tipo e número de documento de identificação; c) data de nascimento; d) número IBAN (número internacional de conta bancária) domiciliada em Portugal; e) conta de e-mail (LISBOA, 2019, p. 4)[11]. Após, deverá apresentar virtualmente ou presencialmente cópia de documento de identificação (LISBOA, 2019, p. 4). Encerrado o processo de cadastramento da conta de utilizador[12], por meio da criação de um nome de usuário e senha, o sistema atribui

automática e aleatoriamente depois do primeiro login um número de cartão de jogador, ao qual deve ser associado um PIN (LISBOA, 2019, p. 4).

Utilizando-se desse cartão do jogador na plataforma multicanal, permite-se a aquisição de bilhetes virtuais de apostas, por meio da recepção, do registro e do pagamento dessas, para além da participação de sorteios adicionais e promocionais, bem como o recebimento eletrônico dos respectivos prêmios dos jogos identificados (n. 1, art. 5º, Decreto-Lei n. 282/2003). Nesse aspecto, o cartão de jogador, que é recarregável e permite ao jogador armazenar quantias, até determinado montante, para a utilização nos jogos, assim como creditar no próprio cartão o valor dos prêmios dos jogos que tenha sido sorteado, igualmente até determinado montante (n. 2, art. 4º, Decreto-Lei n. 282/2003)[13].

Quanto ao pagamento das apostas, este é proibido de ser realizado através de cartão de crédito e apenas pode ocorrer de modo antecipado, no cartão de jogador, com montante mínimo de cinco euros e máximo de trezentos euros diários, realizado por meio de um sistema de débito em conta ou através do *homebanking* (LISBOA, 2019, p. 2). O carregamento, por sua vez, sempre deve partir de contas bancárias domiciliadas em Portugal, utilizando-se de três referências: entidade de destino, número do cartão de jogador e montante dentro do mínimo e máximo (LISBOA, 2019, p. 8-9)

Tendo em vista o sistema das loterias portuguesas, sugere-se a criação de um “cartão do jogador” vinculado à conta de usuário das “Loterias Online da CAIXA”, nos moldes constantes acima, para que se possa proceder o carregamento desses para a realização de apostas. No entanto, diferentemente daquele modelo, entende-se não haver razão para que o carregamento seja vedado por meio de cartão de crédito, desde que este seja do titular do cartão de jogador.

Em todo caso, o titular do cartão do jogador deve poder realizar transferências dos montantes acumulados para conta bancária de sua titularidade, em instituição financeira brasileira, na conformidade das exigências do sistema financeiro nacional e da CAIXA, esta enquanto exploradora da atividade.

3.3 Da exclusão valor mínimo superior a uma aposta simples

Em análise de apostas na plataforma da “Loterias Online da CAIXA”, percebe-se que, para além da disponibilização apenas do meio de pagamento por cartão de crédito e do festejado valor máximo de transação diária, nota-se um ponto negativo: há um valor mínimo de apostas de R\$30,00 (trinta reais), ou seja, superior a uma aposta simples de qualquer das loterias disponíveis. Dessa maneira, a imposição de um consumo mínimo destoa completamente das boas práticas, porque inclusive

estimula a realização – muitas vezes – de apostas para além da necessidade do jogador, o que pode estimular, inclusive, a irresponsabilidade no jogo.

Presume-se, entretanto, que o valor mínimo para finalização da aposta deve decorrer das altas taxas das intermediadoras de operações por cartão de crédito, repita-se, único meio de pagamento disponível até então. Contudo, a partir do sistema de “cartão de jogador” este problema também pode ser resolvido e o apostador poderá realizar apenas uma aposta simples, sem necessidade de valor mínimo.

3.4 Do resgate automático de prêmios

Em relação ao recebimento de prêmios, o “Termo de adesão e uso ao portal de apostas das Loterias CAIXA” (2019), no item 4, dispõe que não há conferência automática de aposta premiada no Portal, cabendo ao usuário realizar tal conferência. O recebimento do prêmio, apenas pelo titular do CPF vinculado à conta de usuário, a seu turno, deve ser efetuado até noventa dias da realização do concurso em qualquer agência da CAIXA, unidade lotérica, ou no portal, desde que obedecendo as condições para cada forma.

A princípio, a medida acima pode ser benéfica, tendo em vista que o elevado volume de prêmios (sobretudo de vencedores secundários) que não são resgatados e que acabam sendo destinados para as causas sociais atreladas a cada loteria, respectivamente[14]. Todavia, a fidelização do apostador se torna muito maior quando este tem a garantia de que todas as suas apostas virtuais são conferidas e, acaso seja vencedor, pode ensejar o resgate automático, com a sua comunicação por e-mail. Isso cria uma sensação de possibilidade maior de sucesso nas apostas, porquanto muitos apostadores sequer conferem os bilhetes.

No modelo português, por exemplo, o pagamento dos prêmios em apostas realizadas por meio da plataforma de acesso multicanal é, em regra, automaticamente creditado na conta ou no respectivamente cartão do jogador, sem necessidade de qualquer outro procedimento por parte deste (art. 7º., Decreto-Lei n. 282/2003)[15]. No entanto, há restrições para o resgate automático.

O pagamento dos prêmios efetuados no Portal Jogos Santa Casa segue os seguintes regramentos (LISBOA, 2019, p. 13-14): a) prêmios de valor igual ou inferior a € 150 (cento e cinquenta euros) é creditado automaticamente no cartão de jogador que efetuou a aposta, sem necessidade de qualquer outro procedimento por parte deste[16]; b) para valores acima de € 150 (cento e cinquenta euros) e inferior a € 2.000 (dois mil euros), o valor é automaticamente transferido para a conta bancária domiciliada em Portugal, que foi indicada no cadastro; c) para montante igual ou

superior a € 2.000 (dois mil euros) e inferior a € 5.000 (cinco mil euros), o utilizador deve preencher formulário online e apresentar documento de identificação, nos termos constantes na normatização e, após o processo de validação do documento, o prêmio é transferido para a conta bancária domiciliada em Portugal indicada no mencionado formulário; d) para valores superiores a € 5.000 (cinco mil euros), apenas será possível o requerimento presencial à Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, no prazo de noventa dias após a data do sorteio ou do concurso, após o preenchimento do formulário online, sempre pagos por transferência bancária do titular do cartão de jogador.

Para as “Loterias Online da CAIXA”, entende-se ser viável e necessário à maior fidelização dos apostadores a possibilidade de resgate automático de prêmios de baixo valor, seguido de devida comunicação no e-mail de cadastramento, como forma de despertar uma maior confiabilidade no sistema e de incluir o hábito responsável de aposta na rotina dos usuários.

Na realidade local, sugere-se a equiparação do resgate automático em cartão do jogador até o valor máximo aplicável ao resgate em lotérica, ou seja, de R\$1.903,98 (hum mil, novecentos e três reais e noventa e oito centavos). Acima desse montante, apenas em agência da CAIXA, com posse de documento de identificação e que o resgate seja realizado com destino uma conta bancária de titularidade do apostador, para evitar fraude e lavagem de dinheiro. Todavia, independentemente da quantia do prêmio, o mecanismo de alerta de aposta premiada deve comunicar ao apostador por e-mail.

3.5 Da auto exclusão

Igualmente em seguimento aos padrões das melhores práticas em loterias virtuais dispostos pelo WLA, como visto anteriormente, torna-se necessária a possibilidade de autoexclusão pelo jogador, por um período não muito curto de tempo, para o atendimento às diretrizes do jogo responsável.

No modelo português, como medida de atendimento ao programa de “Jogo Responsável”, consignou-se a possibilidade da figura da “autoexclusão”, mecanismo de suspensão da conta de utilizador solicitado por este no ambiente virtual, com efeitos imediatos de impedimento de realização de apostas por um período mínimo de cento e oitenta dias, com possibilidade de revogação da autoexclusão após o tempo mínimo determinado (item 15, LISBOA, 2019, p. 17-18).

Assim, sugere-se pela inclusão do mecanismo na plataforma das “Loterias Online da CAIXA”, com efeito imediato à solicitação, para a autoexclusão do usuário também por um período mínimo de cento e oitenta dias, igualmente com

possibilidade de restabelecimento da possibilidade de realização de novas após findo esse período.

Conquanto essas propostas na plataforma sejam bastante importantes, o cenário brasileiro atrelado ao mercado de apostas virtuais enseja o desenvolvimento de uma figura de um permissionário que possa colaborar no desenvolvimento das apostas virtuais, a partir da atividade complementar do corretor lotérico, como será analisado a seguir.

4.A proposta complementar de corretor lotérico

Apesar da tendência mundial de virtualização das apostas, o mercado brasileiro dispõe de inúmeras particularidades que necessitam ser atendidas por uma figura que não seria o permissionário atualmente previsto na normatização, nem pela própria plataforma virtual isoladamente, que o presente trabalho denomina de corretor lotérico.

Para tanto, deve-se observar, inicialmente, as permissionárias dispostas na regulamentação, com vistas a verificação de que há uma lacuna de atuação no contexto brasileiro indicado, de modo a defender a criação do agente denominado “corretor lotérico”, enquanto intermediário das apostas que se utiliza da plataforma “Loterias Online da CAIXA”.

4.1 Do atual sistema de permissão da CAIXA

A exceção do caso da Loteria Instantânea Exclusiva (LOTEX), autorizada pela Lei nº 13.155, de 4 de agosto de 2015, por meio do qual se permitiu a realização de concessão do serviço lotérico, as demais hipóteses estudadas no presente trabalho submetem-se, por força do art. 1º., do Decreto-lei n. 204/1967 ao regime de permissão do serviço público de loterias exploradas pela CAIXA.

Nesse sentido, a despeito de a Caixa executar diretamente das loterias federais em geral (loteria de prognósticos e loterias de bilhetes), o exercício da atividade de serviços lotéricos pode ser outorgado por esta instituição, na forma da lei (inciso II, art. 2º, Lei n. 12.869/2013), a um permissionário. Este, por sua vez, que pode ser pessoa física ou jurídica, mediante licitação, obtém a outorga a título precário da prestação de serviços públicos atinentes à comercialização das loterias federais e de produtos autorizados, assim como para atuação na prestação de serviços delegados pela CAIXA (inciso I, art. 2º, Lei n. 12.869/2013).

Os editais de licitação e os respectivos contratos deverão seguir as diretrizes de (art. 3º, da Lei n. 12.869/2013): a) admissão da conjugação da atividade de

permissionário com a de outra atividade comercial, em face da aderência aos produtos de loterias, produtos conveniados e serviços, desde que expressa e previamente autorizada pela CAIXA (inciso I e art. 4º.)[17]; b) possibilidade de exigência aos permissionários de atuação em atividades acessórias com exclusividade, como de correspondente bancário, para a prestação de serviços padronizada em todo o território nacional (inciso II e art. 4º.); c) a remuneração dos permissionários se dará por meio de comissão estipulada pela CAIXA, tendo como base o preço de venda das apostas, respeitando-se o equilíbrio econômico-financeiro do produto lotérico e deduzidos os repasses legais (inciso III); d) qualquer mudança de endereço e a realização de novas permissões ou credenciamentos estarão sujeitos à autorização da CAIXA, com base em estudos técnicos, que devem considerar o potencial para vendas das loterias federais e a demanda existente para atender a população local (inciso V)[18]; e) o prazo dos contratos de permissão será de vinte anos, com renovação automática por igual período a partir do término do prazo de permissão, ressalvadas as hipóteses de rescisão, de declaração de caducidade ou de extinção previstas em lei (incisos VI e parágrafo único)[19].

Por sua vez, na busca do desenvolvimento da melhor regulamentação das permissões lotéricas, a CAIXA realizou, ao menos, três modificações normativas no ano de 2019, através das Circulares nº 816, de 03 de abril de 2019, nº 856, de 8 de abril de 2019 e nº 859, de 6 de agosto de 2019, sendo esta última a que está em vigor atualmente.

De acordo com a Circular Caixa nº 859/2019, especificamente no item 5, as permissionárias podem ser classificadas nas seguintes categorias, quais sejam: rede de unidades lotéricas (composta por casa lotérica[20], casa lotérica avançada[21] e unidade simplificada de loterias[22], item 5.1.1), com possibilidade de alteração de categoria[23], rede de venda de bilhetes (composta por fixo de bilhetes e ambulante de bilhetes, item 5.1.2), para além da comercialização de loterias em canal eletrônico (item 5.1.3). Em nenhuma modalidade, como se observa no item 21 da Circular Caixa nº 859/2019, a relação da permissionária, dos seus prepostos e dos empregados consiste em relação de emprego, representação, mandato ou congêneres, sendo de exclusiva responsabilidade da permissionária os atos praticados perante a outorgante e terceiros, por seus prepostos e empregados.

A remuneração da permissionária se dará por meio de uma comissão, fixada pela Caixa, sobre o preço de venda, abatidos os montantes dos repasses legais, na seguinte forma: a) nas loterias de prognósticos numéricos, esportivos e específico (Timemania), a comissão incide sobre o montante de vendas; b) na modalidade de Loteria Federal, sobre o valor advindo da faixa compreendida entre o preço de plano (pago pela permissionária) e o preço máximo de venda ao apostador, conforme

impressão no bilhete; c) quando as vendas ocorrerem em canal eletrônico de comercialização de loterias dentro do estabelecimento da permissionária, será distribuída comissão extra, conforme as vendas desta (item 9, da Circular Caixa nº 859/2019). Não obstante, as permissionárias poderão cobrar tarifa de serviço de até trinta e cinco por cento sobre o valor de cada cota de bolão, apenas quando esta for organizadora do bolão, o que não pode ocorrer se demandada por cliente (item 10, da Circular Caixa nº 859/2019).

Quanto aos equipamentos e sistemas necessários ao exercício da atividade de permissionária, estes serão fornecido pela CAIXA ou por empresa contratada por esta, em regime de comodato, podendo ser estes substituídos por falhas, defeitos ou por questões de qualidade ou nova tecnologia, mediante aviso escrito à permissionária; encerrado o contrato, os equipamentos serão restituídos à CAIXA e, se danificados, devem ser indenizados (item 19.1, da Circular Caixa nº 859/2019).

Ademais, a CAIXA deverá fornecer volantes, bobinas, formulários, para além dos equipamentos e sistemas para a captação das apostas e realização das outras transações, ao mesmo tempo que deve prestar assistência técnica e manutenção dos referidos equipamentos e sistemas, sem ônus à permissionária, desde que os serviços não tenham sido dado causa por uso inadequado, acidentes ou desgastes anormais (item 23, da Circular Caixa nº 859/2019)[24]. A Circular Caixa nº 859/2019 prevê que a utilização dos equipamentos deve ocorrer exclusivamente no estabelecimento lotérico e para as finalidades definidas pela outorgante (item 24.8.1), de modo que o transporte desses para outro endereço somente pode ser efetuado mediante autorização da CAIXA, que deverá realizar o transporte diretamente, ou através de empresa contratada por esta (item 24.8.7).

De acordo com o item 24.4.1.2, da Circular Caixa nº 859/2019, a permissionária fica obrigada a fornecer, no ato da aposta, ao apostador única e exclusivamente o comprovante original emitido pelo terminal de apostas da CAIXA.

Enfim, deve-se observar, ainda, que a permissionária deve seguir as premissas do Código de Conduta do Empresário Lotérico, do Programa de Integridade CAIXA, do Programa Jogo Responsável e Política de Relacionamento com Clientes e Usuários de Produtos e Serviços CAIXA, ou seja, a conduta do empresário lotérico deve ser pautada por elevados padrões éticos e de integridade, capazes de assegurar relações compatíveis com a legislação e o interesse público (item 24.6, da Circular Caixa nº 859/2019)

Particularmente sobre o objeto deste trabalho, torna-se importante a abordagem acurada acerca da rede de venda de bilhetes, em suas duas modalidades.

A primeira, que corresponde ao fixo de bilhete, constitui uma pessoa física ou jurídica regular, que comercializa loteria federal e produtos conveniados com a autorização da CAIXA, podendo atuar em estabelecimento exclusivo ou não (conjugada) à atividade, sendo neste último caso necessária autorização prévia e expressa da CAIXA (item 8.1, da Circular Caixa nº 859/2019).

É importante salientar que o fixo de bilhetes não dispõe de equipamento capaz de captar as apostas para a modalidade de prognósticos (item 8.1.5, da Circular Caixa nº 859/2019). De outro modo, o ambulante de bilhetes é a pessoa física com inscrição no inscrita no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF que, em locais de acesso franqueado ao público, comercializa loteria federal e produtos conveniados, não dispondo de equipamento para captação de apostas para a modalidade de prognósticos, podendo a CAIXA lhe impor o uso de uniforme (item 8.2, da Circular Caixa nº 859/2019).

Conforme o Anexo I da referida circular, a CAIXA apresenta os valores mínimos para a inscrição ou lance na licitação de ambulantes de bilhetes e fixo de bilhetes como R\$20,00 (vinte reais) e R\$100,00 (cem reais), respectivamente. No caso dos ambulantes de bilhetes, na seleção, terão prioridade aqueles que não tenham condições de prover a sua subsistência, assim considerados idosos, inválidos e portadores de deficiência física (item 13.9, da Circular Caixa nº 859/2019)[25]. É importante salientar como uma obrigação destacada na modalidade de rede de venda de bilhetes que as permissionárias devem apresentar garantia em forma de caução, para assegurar a sua cota de bilhetes em caso de sinistro (item 15.3.2, da Circular Caixa nº 859/2019).

Entretanto, as pessoas acima elencadas a quem são destinadas a permissão de atuação em atividade lotérica não atendem a todas as demandas nacionais, nem mesmo as constantes na rede de venda de bilhetes, ainda que sejam as de maior aproximação com a proposta a ser desenvolvida neste estudo. Isso, pois estão descontextualizadas do sistema de apostas virtuais, mesmo que este esteja elencado na circular supramencionada, especificamente no item 5.1.3, quanto à modalidade de comercialização de loterias em canal eletrônico.

Antes mesmo da análise propositiva de uma nova permissionária, deve-se observar a fundamentação contextual para o desenvolvimento da figura do corretor lotérico.

4.2 O contexto nacional como fundamento

O cenário atual do mercado de loterias no país tem um justificável direcionamento tecnológico, em atendimento às modificações globais, inclusive

quanto à virtualização de apostas. Contudo, em nenhum caso das permissionárias acima indicadas – mesmo que haja a previsão normativa de permissão para a comercialização em canal eletrônico – atende-se plenamente ao contexto brasileiro, que para além de direcionado à virtualização, tem contradições importantes, como os volumes de pessoa sem acesso à internet e/ou de desbancarizados (e de possuidores de cartão de crédito). Isso, sem contar a existência de concorrência direta dos jogos de azar ilegais, preponderantemente representado pelos jogos do bicho.

Primeiramente, em relação à acessibilidade dos cidadãos brasileiros à internet (meio fundamental para a realização de apostas virtuais), estudo recente da *The Economist* (2019, sp.) aponta que o Brasil fica em 31º. lugar entre 100 países pesquisados, sendo o segundo lugar geral na América Latina (atrás apenas do Chile), mas em nona posição em relação à disponibilidade e em antepenúltimo lugar em preço de acesso à internet, à frente apenas da Guatemala e Venezuela. Ou seja, o país ainda está muito aquém do acesso ideal da população à internet, o que tem clara implicação no mercado de apostas virtuais, notadamente na eventual intenção de capilaridade ao longo do território brasileiro.

Ademais, relatório do Banco Central do Brasil (2018, p. 82) baseado em levantamento internacional, demonstra que apenas 68,5% (sessenta e oito vírgula cinco por cento) dos adultos possuíam conta em 2017, o que representa um substancial crescimento em relação a 2011, quando esse índice era de 50,6% (cinquenta vírgula seis por cento), mas encontra-se em patamar abaixo do ideal. O relatório ainda aponta para profundas desigualdades na bancarização, tendo em conta a renda per capita e questões pessoais, como idade, gênero, nível educacional entre outros[26].

De qualquer sorte, independentemente da razão[27], cerca de um terço da população adulta brasileira não tem acesso à conta bancária no país, o que reduz o espectro de potenciais apostadores nas Loterias Online da CAIXA, tendo em vista que essa exige a aquisição de apostas a partir de compra com cartões de crédito.

Especificamente quanto ao cartão de crédito, de acordo com o Banco Central do Brasil (2018, p. 84), a posse desse meio de pagamento passou por uma diminuição significativa entre os anos de 2014 e 2017, de 32% (trinta e dois por cento) para 27% (vinte e sete) por cento da população adulta, enquanto que a posse de cartões de débito permaneceu inalterada, em 59% (cinquenta e nove por cento) dessa população. Portanto, esse cenário específico agrava ainda mais a possibilidade de acesso às loterias em estudo, porquanto houve uma redução de acesso ao único meio de pagamento aceito na prática, pela plataforma das “Loterias Online da CAIXA”.

Por outro lado, acrescenta-se que 38,5% (trinta e oito vírgula cinco por cento) da população adulta ainda recebe salário em dinheiro no país (BACEN, 2018, p. 84).

O mercado de apostas ilegal, a seu turno, utiliza-se desses indicadores, bem como da comodidade posta à disposição dos potenciais apostadores, para além da pessoalidade das relações, para atraí-los na realização de apostas.

Nesse sentido, muito além do necessário combate às práticas de apostas ilegais, o presente trabalho tem o objetivo mais pragmático de ter esse fato como um dado presente[28], para desenhar um modelo capaz de competir com as ofertas ilegais[29]. Até porque, a atual complexidade das apostas ilegais pode ter repercussão internacional, o que dificulta ainda mais o seu combate[30].

Na seara do jogo do bicho, nota-se uma característica histórica de espraiamento de pontos de apostas[31], o que permite uma maior comodidade de acesso aos apostadores. Ademais, muitas vezes, esses pontos são operados por pessoas de convívio da comunidade local, o que eleva o fator da pessoalidade nos relacionamentos entabulados com os potenciais apostadores[32]. Nesse aspecto, a questão relacional tem um importante papel, sobretudo diante de uma cultura nacional de grande aproximação entre as pessoas.

Então, são sobre os aspectos de inclusão digital, de desbancarização, bem como de capilaridade, comodidade e pessoalidade que o novo modelo de permissão de atividade lotérica deve atuar, considerando uma visão pragmática do contexto nacional e da existência de práticas ilegais de apostas[33].

4.3 Os parâmetros conceituais do corretor lotérico

Nesse aspecto, a figura mais adequada para a obtenção de permissão para a atividade de loterias seria o que este trabalho denomina de “corretor lotérico”. Denomina-se corretor, porquanto a atividade desenvolvida representa o que o Código Civil Pátrio (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) considera como contrato de corretagem, ou seja, o negócio jurídico através do qual uma pessoa não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou de relação de dependência, obriga-se, mediante instruções recebidas, a obter para outra pessoa um ou mais negócios (art. 722, do Código Civil), mediante o recebimento de comissão após a efetivação do negócio, que é de obrigação de resultado[34].

Logo, o contrato de corretagem é típico e nominado, pelo fato de não se confundir com o mandato, a prestação de serviços, a comissão ou qualquer outro contrato que estabeleça vínculo de subordinação, visando aproximar as partes para satisfazer os anseios daquelas que lhe transmitiu instrução e lhe remunerará caso o

negócio com terceiro seja efetuado (GONÇALVES, 2012, p. 1091)[35]. E, assim sendo, trata-se de modalidade de contrato aleatório, uma vez que o corretor assume o risco do insucesso da aproximação (GONÇALVES, 2012, p. 1095).

Em se tratando de corretor lotérico, este teria uma função de inclusão da realidade brasileira ao mundo digital, na medida em que integraria os excluídos digitais e os desbancarizados no sistema atual da “Loterias Online da CAIXA”, permitiria a mediação ativa dos produtos lotéricos da outorgante, em diversos ambientes, inclusive com pessoalidade e capilaridade semelhantes ao concorrente direto de parte das loterias federais, que é o jogo do bicho (realidade, ainda que ilegal).

Por sua vez, o contrato mediado pelos corretores lotéricos é nominado – o de jogo ou aposta[36]. Esses contratos de jogos e apostas, ainda que tenham alguma distinção doutrinária, representam contratos aleatórios de mesma natureza, que podem ser mediados por corretores lotéricos, mas que não permitem, em regra, a repetição dos valores pagos[37], como visto no caso das “Loterias Online da CAIXA”[38].

Dessa maneira, a proposta de corretor lotérico, seguiria a maioria dos ditames dos demais permissionários, hoje regulados por meio da Circular Caixa nº 859/2019, especificamente quanto ao item 21, de que a relação da permissionária, dos seus prepostos e dos empregados não corresponde em relação de emprego, representação, mandato ou congênere, de modo que atende a tal requisito do contrato.

Não obstante, podem ser aplicados aos corretores lotéricos outras normas específicas, que não as constantes no Código Civil, diante do próprio permissivo do art. 729 dessa legislação[39]. Com base nisso, a criação da figura do permissionário na modalidade de corretor lotérico deve se submeter às seguintes normas específicas, por força das especificidades da atividade ou da legislação em causa, a saber:

- a) Somente pode ser corretor quem for selecionado em procedimento licitatório;
- b) Há número limitado de permissões expedidas, conforme estudo técnico a ser elaborado pela CAIXA[40];
- c) Não é possível a subcorretagem, para que não haja uma liberação desenfreada da figura, em desatendimento ao item anterior de projeção do estudo do mercado;

- d) A mediação apenas pode dizer respeito ao contrato de apostas, não podendo este exercer qualquer outra atividade prestada por outras permissionárias da CAIXA, como correspondente bancário;
- e) A função será realizada a partir de meio eletrônico, com conexão virtual, preferencialmente por meio de POS (*Point of Sale* ou *Point of Service*, comumente designada de "maquininha"), conectado ao sistema da Intranet das "Loterias Online Caixa", mediante a impressão de via original do volante e consequente registro no cartão do jogador;
- f) Os equipamentos de POS não serão vinculados a um estabelecimento fixo, podendo ser utilizados em qualquer espaço dentro do território nacional, desde que atendidas as normas da CAIXA, mas o corretor deve ter cadastro de um ponto para realização dos contatos com representantes da CAIXA, seja para reparo dos equipamentos, ou recebimento de materiais, tais como bobinas, cartucho de impressão entre outros;
- g) A aposta apenas poderá ser feita por pessoa devidamente cadastrada na plataforma das "Loterias Online Caixa", podendo o corretor ajudar no cadastramento dos interessados, para além da mediação da aposta;
- h) As apostas de um cartão de jogador ficarão atreladas a uma conta de usuário, onde constará todo o histórico de transações e apostas deste, cujo acesso será restrito, mediante senha, a ser digitada no POS ou na plataforma online na rede mundial de computadores;
- i) Segue-se os mesmos limites de apostas diárias por apostador, de acordo com o histórico registrado no cartão de cada jogador, independentemente da quantidade de corretores que tenham intermediado as apostas, ou mesmo de realização direta de aposta no site das "Loterias Online da CAIXA";
- j) Os pagamentos poderão ser realizados por cartão de crédito ou por meio de débito em cartão de jogador carregado, conforme proposta elencada no capítulo anterior;
- k) Os equipamentos de POS serão fornecidos pela CAIXA, em comodato, nos mesmos termos dos demais equipamentos para as permissionárias, sendo da responsabilidade da instituição a manutenção desses, que deverão ser devolvidos em caso de encerramento da permissão;
- l) A remuneração do corretor será com base em comissão, de acordo com os mesmos critérios vistos para os demais permissionários;

- m) A mediação dos corretores deve ser realizada com diligência e prudência[41], de modo a seguir os parâmetros do jogo responsável;
- n) Há necessidade de que informação completa acerca da segurança e do risco do negócio[42] seja fornecida pelo corretor, também em atendimento aos parâmetros do jogo responsável;
- o) O resgate dos prêmios deve seguir as normas em vigor e as propostas em capítulo antecedente.

Logo, a função complementar do corretor lotérico acelera o processo de inclusão de inúmeros potenciais apostadores, que não realizam apostas em razão da falta de acesso tecnológico, da exclusão econômico-social, bem como pelo distanciamento dos permissionários lotéricos. Além disso, pode-se gerar uma concorrência direta – em razão do aspecto da pessoalidade e da comodidade – com as loterias ilegais, como o jogo do bicho, de modo a capturar parte do seu público-alvo.

5. Considerações Finais

A partir do presente estudo, buscou-se observar maneiras de incremento das “Loterias Online da CAIXA”, ainda que reconhecido o fato de que estas seguem bons padrões de práticas internacionais para o setor de apostas virtuais. Para tanto, vislumbrou-se duas vertentes de melhorias das referidas loterias, quais sejam, da própria plataforma de realização das apostas e concepção de permissionário complementar ao meio virtual, diante do contexto econômico-social brasileiro.

Nesse diapasão, em relação à primeira vertente, indicou-se que algumas novas solicitações cadastrais (endereço de domicílio e envio de documento comprobatório dos dados pessoais fornecidos) poderiam gerar maior segurança na identificação do apostador. Além disso, a criação de um cartão de jogador vinculado à conta na plataforma online, poderia permitir o desenvolvimento de novos meios de pagamento, o encerramento de limite mínimo de aposta superior a uma aposta simples e, até mesmo, o resgate mais imediato dos prêmios.

A seu turno, defende-se que o resgate deve ser automático para prêmios até o limite máximo estipulado para o resgate em agência lotérica, com a devida comunicação no e-mail de cadastramento, para maior confiabilidade no sistema e inclusão do hábito responsável de aposta na rotina dos usuários. Sob esta perspectiva da responsabilidade, ademais, sugeriu-se a implementação do mecanismo de autoexclusão, para elevação dos padrões de jogo responsável na plataforma.

Em outra vertente, ante um sistema de permissão de exercício de atividade lotérica pela CAIXA que nada se relaciona com o contexto de mercados virtuais, propôs-se uma figura de permissionário complementar à plataforma “Loterias Online da CAIXA”, que integraria no mercado os excluídos digitais e os desbancarizados, ao mesmo tempo que ampliaria a capilaridade das loterias: o chamado corretor lotérico. Estes, por sua vez, em maior presença e a partir também de vinculações pessoais, sempre dentro dos padrões éticos e regulamentares, passam a mediar as apostas virtuais (realizadas na plataforma “Loterias Online da CAIXA”) para um público ainda maior, em clara concorrência com jogos de azar pautados nas relações de proximidade física e pessoal.

6.Referências

ASSOCIATION, World Lottery. **WLA Discussion Paper: Online gaming for lotteries**, set. 2014. Disponível em: <https://www.world-lotteries.org/images/stories/WLS2014_rome/docs/WLA_Online%20gaming%20for%20lotteries_19-November-2014.pdf>. Acesso em 2 de nov. de 2019.

BARBOSA, Allan Fuezi de Moura. **A Possibilidade de Instituição de Apostas Virtuais pelas Loterias Estaduais no Brasil e as Limitações Decorrentes do Ordenamento Jurídico Pátrio**. Brasília: ESAF/ENAP, 2017. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/pesquisas-e-premios/premioseae/copy_of_premio-seae-de-loterias-2017/t1-3-l-allan-fuezi-007.pdf>, Acesso em 1 de dez. de 2019.

_____. **Loteria Esportiva no Brasil: questões presentes e proposições futuras**. Brasília: ESAF/ENAP, 2018. Disponível em: <https://www.enap.gov.br/documentos/a_enap/premiacoes/3o-lugar-allan-fuezi-de-moura-barbosa-025.pdf>, Acesso em 1 de dez. de 2019.

BRASIL, Banco Central do. **Global index: o Brasil na comparação internacional**, 2018. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/nor/relcidfin/docs/art4_comparacao_internacional.pdf>. Acesso em 1 de dez. de 2019.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967**.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

_____. **Lei nº 12.869, de 15 de outubro de 2013**.

_____. **Lei nº 13.155, de 4 de agosto de 2015**.

CAIXA, Loterias Online da. **Homepage**, 2019. Disponível em: <<https://www.loteriasonline.caixa.gov.br/silce-web/#/home>>. Acesso em 2 dez. de 2019.

CHAZKEL, Amy. Beyond Law and Order: The Origins of the Jogo do Bicho in Republican Rio de Janeiro, **Journal of Latin American Studies**, vol. 39, n. 3, ago. 2007, pp. 535-565.

DAMATTA, Roberto; SOÁREZ, Elena. **Águias, burros e borboletas: um estudo antropológico do jogo do bicho**. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ECONOMIST, The. **The inclusive internet index 2019**. Disponível em: <<https://theinclusiveinternet.eiu.com/explore/countries/BR/>>. Acesso em 1 de nov. de 2019.

FEDERAL, Caixa Econômica. **Circular CAIXA nº 816**, de 03 de abril de 2019.

_____. **Circular Caixa nº 847**, de 7 de fevereiro de 2019.

_____. **Circular Caixa nº 856**, de 8 de abril de 2019.

_____. **Circular Caixa nº 859**, de 6 de agosto de 2019.

_____. **Homepage**, 2019.

_____. **Jogo responsável: homepage**. 2019. Disponível em: <<https://www.caixa.gov.br/jogo-responsavel/Paginas/default.aspx>>. Acesso em 2 de dez. de 2019.

_____. **Termo de adesão e uso ao portal de apostas das Loterias Caixa**, 2019. Disponível em: <<https://www.loteriasonline.caixa.gov.br/silce-web/#/termo-de-uso>>. Acesso em 1 dez. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, vol.3. 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRIFFITHS, Mark; WOOD, Richard T. A. A qualitative investigation of problem gambling as an escape-based coping strategy. **Psychology and Psychotherapy Theory Research and Practice**, vol. 80, n. 1, março 2007, pp. 107-125.

LISBOA, Jogos da Santa Casa da Misericórdia de. **Condições gerais de utilização do cartão de jogador**. Disponível em:

<https://www.jogossantacasa.pt/Content/images/uploadedImages/content/pjmc/gc/cont/1/CGUCJ_29julho2019.pdf>. Acesso em 28 de nov. de 2019.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**, vol. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

MAGALHÃES, Felipe Santos. **Ganhou leva...Do vale o impresso ao vale o escrito**

Uma história social do jogo do bicho no Rio de Janeiro (1890-1960). Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005.

PAES, Nelson Leitão. **O "duplo dividendo" da regulação das apostas esportivas pela internet**. Brasília: ESAF/ENAP, 2018. Disponível em: <https://www.enap.gov.br/documentos/a_enap/premiacoes/1o-lugar-nelson-leitao-paes-010.pdf>. Acesso em 1 de dez. de 2019.

PORTUGUESA, República. **Decreto-Lei n.º 84/85**, de 28 de março de 1985.

_____. **Decreto-Lei n.º 317/2002**, de 27 de dezembro.

_____. **Decreto-Lei n.º 37/2003**, de 6 de março.

_____. **Decreto-Lei n.º 282/2003**, de 8 de novembro.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Contratos de distribuição: desenvolvendo concorrência intramarcas nos mercados de jogos**. Brasília: ESAF/ENAP, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3799/1/2o-lugar-roberto-domingos-taufick-002%20%281%29.pdf>>. Acesso em 1 de dez. de 2019.

VICENZO, José Eduardo Oliveira de. **Loteria esportiva: uma paixão de muitos**. Brasília: LGE, 2006.

NOTAS:

[1] Em detrimento à execução direta pela Caixa Econômica Federal, a possibilidade da concessão da Loteria Instantânea Exclusiva (LOTEX), em que a União instituiu, porém seguiu o permissivo do § 1º, do art. 28, da Lei n. 13.155, de 4 de agosto de 2015, para execução indireta do serviço, mediante concessão, a qual fora efetivada em 2019. Essa, portanto, é a exceção das loterias da União para a execução mediante concessão. Como as demais seguem a política legal de execução direta pela Caixa Econômica Federal, deverão seguir o conjunto legal e normativo nesse sentido.

[2] Em sentido contrário: Barbosa (2018, p. 59-60): *"Assim sendo, tal como ocorreria com a virtualização das apostas, em que o público de apostadores se expandiu para categorias de consumidores não adeptos ao sistema tradicional, a ampliação para além das fronteiras nacionais pode ser uma alternativa. Por óbvio, como forma de manutenção da legalidade das apostas, estas somente poderão ser realizadas online, em ordenamentos jurídicos não proibitivos e que eventualmente permitam a sua atuação ativa, também com publicidade. Neste caso, entende-se que tal posicionamento de concorrência em mercados em que não haja proibição (ou que não se submete a um sistema restritivo de operadores locais) estaria condizente com àqueles do TJUE, bem como da OMC, quando da análise de outros casos."*

[3] A imposição de informação de Cadastro de Pessoa Física (CPF), como forma de individualização do apostador e, sobretudo, a verificação de sua maioridade para as práticas de atos da vida civil, como a contratação de jogo ou aposta.

[4] Para o ingresso no portal, deve-se incluir o endereço de e-mail ou CPF juntamente com senha de acesso criada pelo usuário de seis caracteres numéricos. Por sua vez, no item 8 do mencionado documento, impõe-se que a utilização do portal e as apostas serão efetuadas para uso pessoal, tendo apenas o usuário cadastrado a autorização para utilizar a conta.

[5] O "Termo de adesão e uso ao portal de apostas das Loterias CAIXA" (2019), no seu item 3, acaba por ser bastante amplo acerca do pagamento das apostas, de que "será feito pelos meios de pagamento disponíveis". Ocorre que, na prática, apenas é viabilizado até o fechamento do presente trabalho o pagamento por meio de cartão de crédito.

[6] Isso, depois do cumprimento integral das exigências de auditorias, incluindo-se a obtenção da certificação ISO/IEC 27001.

[7] Item 5.1., do "Termo de adesão e uso ao portal de apostas das Loterias CAIXA", 2019.

[8] Exemplificadamente, a Circular n. 847/2019 dispõe sobre: "regulação das loterias de números: loto iii - quina/ loto v - mega-sena/ loto viii - lotomania/ loto ix - dupla sena / loto xii - lotofácil/ loto xiv - dia de sorte".

[9] No dizer de Vicenzo (2006, p. 34), *"a existência da internet aumentou bastante o intercâmbio entre os países na área de loterias, quer em termos de clientes, quer em termos técnicos e administrativos"*.

[10] O n. 1, do artigo 1º deste diploma legal dispõe: "*O direito de promover concursos de apostas mútuas é reservado ao Estado, que concede à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa a sua organização e exploração em regime de exclusivo para todo o território nacional*". Acrescente-se que a legislação foi republicada em anexo ao Decreto-Lei n.º 317/2002, de 27 de dezembro, bem como alterado pelo Decreto-Lei n.º 37/2003, de 6 de Março.

[11] De modo facultativo, ainda pode requerer endereço completo, telefone de contato, sexo, profissão escolaridade, ao passo que pode associar um número de telefone celular ao utilizador para a realização de apostas pelo canal SMS (LISBOA, 2019, p. 19).

[12] Tem-se como o "*suporte que permite ao Utilizador usufruir dos serviços disponibilizados pelo Portal Jogos Santa Casa [além do] acesso a todo o histórico de transações efetuadas pelo Utilizador, bem como aos dados pessoais associados à mesma*" (LISBOA, 2019, p. 2).

[13] Esses montantes, por sua vez, serão fixados anualmente pela direção do Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (n. 4, art. 4º, Decreto-Lei n. 282/2003), que também estabelece as regras de utilização do cartão de jogador, as quais são entregues no momento de aquisição desse (n. 5, , art. 4º, Decreto-Lei n. 282/2003).

[14] Segundo a CAIXA (2019, sp.), apenas no primeiro semestre de 2019, esse valor foi de R\$146,3 milhões.

[15] Em todo caso, os prêmios creditados em cartão de jogador podem ser utilizados para realização de apostas (LISBOA, 2019, p. 15)

[16] Quando o montante do prêmio for igual ou superior a € 25 (vinte e cinco euros), pode o utilizador solicitar a sua transferência para uma sua conta bancária domiciliada em Portugal (LISBOA, 2019, p. 14).

[17] Sobre como viabilizar a proposta de concorrência intramarcas, Taufick (2018, p. 42) elenca como uma das etapas: "*alterar Lei nº 12.869, de 2013, para eliminar necessidade de prévia e expressa autorização da outorgante para que o permissionário lotérico conjugue a sua atividade lotérica com outra atividade comercial;*"

[18] Os critérios para a outorga de permissões lotéricas, consoante o item 2.2. da Circular Caixa nº 859/2019 são: a) potencial de mercado, a partir dos critérios da CAIXA; b) disponibilidade de equipamentos para a captação de apostas e para a

prestação de serviços; c) disponibilidade de bilhetes de loteria federal; d) possibilidade de eficiência na execução dos serviços.

[19] A extinção da permissão decorre do final do termo estabelecido, de previsão normativa, ou de encerramento amigável entre as partes, podendo a permissionária solicitar a revogação por escrito à CAIXA, com antecedência mínima de trinta dias (item 26.3, da Circular Caixa nº 859/2019). Já a revogação, em razão do caráter precário e unilateral do regime de permissão, pode ser procedida a qualquer momento, declarada unilateralmente pela CAIXA, sem direito à indenização da permissionária e, no caso de culpa, a permissionária e seus sócios terão a suspensão de dois anos para obtenção de outra permissão (item 26, da referida Circular). De todo modo, pode ser imposta uma medida de sobreaviso de suspensão temporária suspensão das atividades da permissionária, com respectiva desativação do sistema e de equipamentos, para o caso de verificação de irregularidades dispostas pela normatização, independentemente de prévia notificação à permissionária, bastando a verificação dos indícios de irregularidades (item 28, da Circular).

[20] Conforme a Circular Caixa nº 859/2019: "7.1.1 CASA LOTÉRICA é a pessoa jurídica, inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ/MF, constituída na forma de uma sociedade limitada (LTDA) ou de empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI, destinada à atividade Lotérica, podendo ou não possuir outra atividade comercial" e "7.1.3 A CASA LOTÉRICA comercializa todas as modalidades de loterias, os produtos conveniados, presta serviços delegados e atua como Correspondente da CAIXA, a critério da CAIXA e de acordo com as normas expedidas pelo Banco Central do Brasil."

[21] Segundo a Circular Caixa nº 859/2019: "7.2.1 A CASA LOTÉRICA AVANÇADA TEMPORÁRIA atua sempre na forma de extensão de CASA LOTÉRICA, comercializa todas as modalidades de loterias, os produtos conveniados e oferece os serviços delegados pela CAIXA"

[22] Circular Caixa nº 859/2019: "7.3.1 A UNIDADE SIMPLIFICADA DE LOTERIAS é uma modalidade de UNIDADE LOTÉRICA, que se caracteriza por ser instalada em locais cujo potencial de mercado seja considerado insuficiente para a abertura da categoria CASA LOTÉRICA, atendendo às demais exigências descritas no subitem 7.1."

[23] Pode haver a alteração de categoria (7.4) ou a conjugação de unidades lotéricas com outra atividade comercial, desde que haja avaliação e autorização prévia da CAIXA (7.5).

[24] Enquanto outorgante dessa permissão, a Caixa, a teor do art. 5º da Lei n. 12.869/2013, deverá prestar assistência e consultoria, fornecer orientações e

treinamentos, bem como todas as instruções bastantes para o início e manutenção do exercício da atividade de permissionário, sem contar a implementação de inovações operacionais indispensáveis à atuação do permissionário e à melhoria na gestão e desempenho empresarial.

[25] Previsão semelhante àquela historicamente constante no Decreto-Lei n. 204/1967, a saber: *"Art 21. As Caixas Econômicas Federais credenciarão os revendedores de bilhetes de preferência, entre pessoas que, por serem idosas, inválidas ou portadoras de defeito físico, não tenham outras condições de prover sua subsistência. § 1º Poderão ser credenciados, para revenda de bilhetes, pequenos comerciantes, devidamente legalizados e estabelecidos que, além de outras atividades, tenham condições para fazê-lo. § 2º Nenhuma pessoa física ou jurídica de direito privado poderá ser detentora de cotas ou comercializar bilhetes da Loteria Federal em quantidade superior a 2% (dois por cento) da respectiva emissão. § 3º Ninguém será credenciado para a revenda de bilhetes em mais de uma unidade da Federação. § 4º O credenciamento de revendedores estabelecidos dependerá de prévia comprovação da existência de local apropriado e acessível ao público para a exposição e revenda de bilhetes e pagamento de prêmios. § 5º A cessão ou transferência de cota de bilhetes de loteria entre revendedores importará na perda de credenciamento dos participantes da operação"*.

[26] Banco Central do Brasil (2018, p. 83): *"O caso brasileiro, ao tempo em que segue o padrão mundial em alguns aspectos da inclusão financeira, também apresenta peculiaridades consideráveis. Apesar do aumento da posse de contas pela população como um todo, houve redução em alguns grupos específicos. Entre os jovens adultos (entre 15 e 24 anos), essa diminuição foi de 6 p.p., passando de 52,6% em 2014 para 46,7% em 2017".* Justamente este grupo teria maior potencialidade de realização de apostas virtuais, pois são os menos excluídos digitais.

[27] Banco Central do Brasil (2018, p. 83-84): *"Pela primeira vez, o Findex buscou investigar as razões que fazem com que pessoas permaneçam desbancarizadas, e a resposta dos brasileiros acompanhou a maioria mundial, com a maior parte dos respondentes apontando para a falta de dinheiro como o principal motivo para não ter um vínculo com o sistema financeiro (57,8% dos desbancarizados). Outras razões apontadas pelos desbancarizados foram o alto custo dos serviços financeiros (56,5%), o fato de outra pessoa na família já ter uma conta (50,8%) e a falta de confiança no sistema financeiro (25%)."*

[28] Sobre o jogo do bicho, para Damatta e Soárez (1999, p. 80-81): *"À medida que a repressão se torna nacional e fica mais sofisticada o bicheiro vai se organizando para obter o efeito oposto. O resultado é que a repressão [...] é a principal responsável*

pela organização do jogo, unindo os bicheiros e provocando uma consequente expulsão dos "amadores" [...].

[29] Barbosa (2018, p. 55, nota de rodapé 185): *"Os chamados "jogos do bicho" não são prognósticos em competições, mas concorrem diretamente com os prognósticos de números, que igualmente são de exclusividade exploratória da CAIXA"*.

[30] Barbosa (2018, p. 55): *"[...] nota-se que a persecução estatal com base no disposto na Lei de Contravenções Penais – seja para a exploração de loteria ilegal, ou pela introdução de bilhete de loteria internacional para comercialização no país – tem sido falha. E mais: no atual ambiente virtual, o combate à exploração ilegal de loterias deve ser transnacional, com o apoio de ordenamentos jurídicos que são favorecidos (inclusive no aspecto de arrecadação) por serem sede de casas de apostas virtuais, em locais tidos como "paraísos fiscais"*.

[31] Historicamente, como afirma Chazkel (2007, p. 545): *"As the key personages in the daily operation of the jogo do bicho, these bicheiros (sellers) and banqueiros (bankers) took bets from customers and paid the day's winners their due. The agents did not collaborate in the early years, and indeed decades, of the game's existence. What buyers, sellers and government officials called the jogo do bicho actually denoted a variety of clandestine lotteries that coexisted in Rio de Janeiro and in cities and towns throughout the country"*.

[32] Magalhães (2005, p. 81): *"Como vimos, se poderia apostar nos bichos em vários e diferentes locais em seus momentos iniciais de existência. Assim, os primeiros "banqueiros" do bicho teriam sido os donos de armazéns de secos e molhados, sapateiros, donos de quiosques, book-makers, vendedores ambulantes autônomos e outros estabelecimentos comerciais"*.

[33] Barbosa (2018, p. 56): *"A par de qualquer esforço para a atuação estatal no combate à exploração ilegal das apostas (notadamente das apostas esportivas no Brasil), que é necessário e deve ser aprofundado, o presente trabalho visa uma percepção mais pragmática dos fatos"*.

[34] Segundo Diniz (2014, p. 574): *"Contém uma obrigação de resultado e não de meio, pois o corretor deve obter a formação de um negócio, logo não há vínculo entre comitente e corretor, daí diferenciar-se do mandato e da prestação de serviços"*.

[35] Diniz (2014, p. 576): *"Só terá direito à remuneração, não podendo cobrar despesas efetuadas no desempenho de sua atividade de intermediação. A comissão*

é o pagamento do resultado obtido com o trabalho do corretor: a aproximação das partes, tomando possível a conclusão do negócio".

[36] Serpa Lopes (1999, p. 414-415), ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, afirmara que *"se por contrato dermos um sentido lato como sendo toda relação a que corresponder um acordo de vontades, então sim teremos incontestavelmente neles um contrato. Por conseguinte, o jogo e a aposta são de natureza contratual"*. O atual Código Civil dispõe sobre a figura nos artigos 814 a 817.

[37] A regra geral, como leciona Diniz (2014, p. 628): *"A eficácia do jogo e da aposta limita-se à impossibilidade de repetição. Assim sendo, se se pagar débito de jogo ou de aposta voluntariamente, não mais se poderá reaver o que pagou"*, podendo haver repetição, quando realizado por menor de idade ou interdito. Para Gonçalves (2012, p. 1276): *"Jogo e aposta são, pois, contratos aleatórios. No primeiro, o resultado decorre da participação dos contratantes. O êxito ou o insucesso dependem da atuação de cada jogador. O vencedor fará jus a uma certa soma, previamente estipulada. Jogo é, pois, a convenção em que duas ou mais pessoas se obrigam a pagar certa importância àquela que se sair vencedora na prática de determinado ato de que todas participam"*.

[38] Em qualquer caso, consoante item 2.9 do referido "Termo de adesão e uso ao portal de apostas das Loterias CAIXA" (2019), não é possível realizar estorno de aposta efetivada e, conforme item 2.8, as apostas estarão disponíveis para consulta no portal, no prazo de seis meses.

[39] *In verbis*: "Art. 729. Os preceitos sobre corretagem constantes deste Código não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial". No mesmo sentido, Diniz (2014, p. 578) firma que: *"O contrato de corretagem rege-se pelas normas do Código Civil, mas, havendo lei especial, esta prevalecerá sobre aquelas. Assim, p. ex., a Lei n. 6.530/78, regulamentada pelo Decreto n. 81.871/78 e alterada pela Lei n. 10.795/2003, disciplinará a profissão de corretor de imóveis (RT, 635:264; BAASP, 2050:114, 1910:88), bem como as Resoluções Cofeci"*.

[40] Nessa linha de entendimento, Paes (2018, p. 37) elenca dentre os princípios para a regulação das apostas esportivas on-line no Brasil, mas com clara aplicabilidade ao presente caso, o modelo de livre mercado limitado, no qual *"– O número de licenças para os operadores é fixo, com os operadores concorrendo pelo direito de ter uma licença para participar do mercado brasileiro formal"*.

[41] Diniz (2014, p. 575): *"O corretor tem a obrigação de executar a mediação com a diligência e prudência, requeridas pela sua atividade de intermediação negocial"*. De acordo com a redação do Código Civil: *"Art. 723. O corretor é obrigado a executar a*

mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio. Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência".

[42] Diniz (2014, p. 575): "*É dever do corretor informar, verbalmente ou por escrito, por sponte propria, o cliente sobre o andamento do negócio, esclarecendo não só sobre as condições, a: segurança ou o risco do ato negociado (p. ex., informando sobre documentação irregular, estado de insolvência do alienante), mas também, a respeito das alterações de valores e de todos os fatores que possam influir nos resultados da incumbência, sob pena de responder por perdas e danos".*

HERANÇA DIGITAL: AMPARO NA DESTINAÇÃO DO CONTEÚDO DIGITAL PÓS MORTEM

NATHALIA CAROLINE LUCAS DE SOUZA:

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Una Contagem.

BRENDA ASSIS NOGUEIRA

(coautora)

RESUMO: Com base na mudança do comportamento do indivíduo e da sociedade, decorrente da evolução dos meios virtuais e tecnológicos, surgiu a necessidade da busca pelo amparo no aspecto jurídico no tocante à destinação dos bens e patrimônios deixados pelo *de cuius*. Ademais, é importante a preservação do direito da personalidade, e sua extensão aos membros da família do falecido. O presente artigo tem a finalidade de explorar a destinação dos conteúdos produzidos virtualmente, tendo como base a sucessão prevista no ordenamento jurídico brasileiro, com amparo na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002. Neste aspecto, considerando que não há positividade específica para a herança digital, em relação a destinação de tais conteúdos, por meio de pesquisas bibliográficas e projetos de leis, busca-se sanar a lacuna existente no ordenamento jurídico, a fim de que haja proteção na destinação dos bens digitais com a aplicação do direito sucessório, abrangendo os direitos de personalidade garantidos constitucionalmente como direitos fundamentais.

PALAVRAS CHAVES: Bens Digitais. Herança Digital. Sucessões. Herança. Direito ao Esquecimento. Sucessão Legítima. Sucessão Testamentária. Codicilo.

ABSTRACT: Based on the change in the behavior of the individual and society, resulting from the evolution of virtual and technological means, the need arose to seek support in the legal aspect regarding the destination of assets and assets left by *cujus*. Moreover, it is important to preserve the right of personality, and its extension to the family members of the deceased. This article aims to explore the destination of the contents produced virtually, based on the succession provided for in the Brazilian legal system, supported by the Federal Constitution of 1988 and the Civil Code of 2002. In this aspect, considering that there is no specific positive for the digital heritage, in relation to the destination of such contents, through bibliographical research and draft laws, we seek to remedy the gap existing in the legal system, so that there is protection in the destination of digital goods with the application of inheritance law, covering the rights of personality constitutionally guaranteed as fundamental rights.

KEYWORDS: Digital Goods. Digital Heritage. Successions. Heritage. Right to Forget. Legitimate Succession. Testamentary Succession. Codicil.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO; 2.1 Espécies de sucessão; 2.1.1 Sucessão Legítima; 2.2.2 Sucessão testamentária; 3. BENS DIGITAIS; 3.1 Conceito de bem digital; 3.2 Espécies de bens digitais; 3.2.1 *Bens economicamente apreciáveis*; 3.2.2 *Bens de cunho existencial*; 4 A PROTEÇÃO DOS BENS DIGITAIS PÓS-MORTE; 4.1 A proteção dos direitos da personalidade no âmbito digital; 4.2. Os projetos de lei que tratam da Herança Digital no Brasil - PL 4099-A/2012, PL 4.847/2012 e PL 8.562/2017; 4.3 A tutela do acervo digital por meio de testamento virtual ou codicilo; 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A presente análise trata-se acerca da mudança da sociedade em assuntos vinculados aos meios e plataformas digitais, discutindo-se qual a destinação dos conteúdos produzidos no meio tecnológico, após a morte de seu titular.

Pretende-se aqui debater, as consequências dos conteúdos gerados pela sociedade como um todo, devido ao número crescente de acesso em plataformas virtuais, como por exemplo, perfis em redes sociais, *blog's*, nuvens de armazenamento, *emails*, aplicativos de comunicação, *sites* de relacionamentos, canais de vídeos de acesso mundial e até mesmo moedas virtuais.

No entanto, é necessário se debater acerca de tais avanços, em relação à pessoa humana, e ao fim de sua vida.

Sabe-se que o Direito, deve acompanhar a sociedade e sua evolução, no sentido de abranger e fixar regras e normas gerais, a fim de unificar a aplicação, de acordo com as mudanças necessárias. Deste modo, observa-se que tal consequência pode ser abordada pela Herança Digital, devendo ser compreendida por meio do Direito das Sucessões, e que apesar de não haver regulamentação específica no Código Civil brasileiro, há a necessidade de este aspecto ser abrangido de maneira formal.

Nesse sentido, analisam-se aqui Projetos de Leis, que prevêm o tema em questão, tendo em vista que o cuidado dos conteúdos deixados pelo falecido deve ser preservado, administrados, por seus herdeiros, com o mesmo destino, dos bens físicos.

Assim, neste estudo, será abordado o Direito Sucessório brasileiro, de forma conceitual e explicativa, de seus princípios, normas, e as espécies de sucessão.

Ademais, trata-se o presente tema sob a perspectiva do Direito ao Esquecimento, abrangendo à personalidade do titular dos bens digitais e ainda, à quem vai ser destinado. Ademais, importante demonstrar quais as políticas das plataformas virtuais, diante desta situação.

Por fim, dada a importância da realização da destinação e dos bens virtuais, aborda-se aqui os meios, poucos utilizados, ainda, por nossa sociedade, das modalidades pelas quais podem ser adotadas ao realizar a disposição de última vontade do titular dos bens.

2 A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A princípio, sendo a Constituição Federal da República, norteadora de normas e regras, dotada de supremacia em relação às normas federais, prevê como direito e garantia fundamental o direito à herança, conforme dispõe o art. 5º, em seu inciso XXX:

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

XXX - é garantido o direito de herança.^[11]

Desta forma, tendo como norte a Constituição Federal, o Código Civil brasileiro dispõe sobre a matéria de Direito das Sucessões.

Carlos Roberto Gonçalves conceitua sucessão como “ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”, e acrescenta a sucessão *causa mortis*, que é aplicado ao direito das sucessões, em suas palavras: “designar tão somente a decorrente da morte de alguém”^[12].

Orlando Gomes, cita Binder, conceituando direito das sucessões como “é a parte especial do direito civil que regula a designação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte”^[13].

Neste sentido, tira-se a conclusão de que o sucessor assume a responsabilidade das relações patrimoniais de seu titular anterior, ou seja, de quem morreu. Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, tais “relações jurídicas patrimoniais que eram titularizadas pelo falecido e que se transmite aos seus

sucessores é o que se denomina herança - e que serve de objeto para o Direito das Sucessões^[4].

Na evolução histórica do direito sucessório, remete-se à alta antiguidade, consistindo no sentido de continuidade da religião e da família. Nesta época, a sucessão era transmitida somente pela linha masculina, era o filho quem recebia o patrimônio da família, tendo como fundamento, segundo Carlos Roberto Gonçalves, de que a filha se casaria, e pelo casamento passaria a integrar a família do marido, perdendo o laço com a família de seu pai^[5].

Após, o direito sucessório tornou-se mais nítido a partir do direito romano, com a Lei das XII Tábuas, e depois no Código Justiniano, que estabeleceu a ordem de vocação hereditária. Os romanos temiam pela morte sem testamento. Na França, no século XIII, foi adotado o *droit de saisine*, instituto de origem germânica, que consiste em que a propriedade e a posse da herança, passam-se aos herdeiros, com a morte de seu titular^[6].

No Código Civil alemão, afirmou-se que o patrimônio do de cujus passa-se por efeito legal, ao herdeiro. Após estas concepções, resultou-se no direito sucessório contemporâneo, entendendo-se que os parentes são sucessores legítimos, isto é, por lei, se não houver testamento, dispondo de outro modo, que assim, é aceita a vontade do *de cujus*, podendo dispor apenas da metade de seus bens, que é chamada de quota disponível, sendo a outra, legítima, aos herdeiros. Logo, o princípio de *saisine* foi previsto no direito português, que constou também na Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas^[7].

No mesmo sentido, no Brasil, o Código Civil de 1916, passou a tratar da transmissão hereditária, da sucessão testamentária e legítima, preceituando sobre regras relativas à partilha e ao inventário. Depois, foram sancionadas as leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e a de nº 9.278 de 10 de maio de 1996, que regularam o direito sucessório entre companheiros.

Logo, regulamentou na lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil, apresentando inovações acerca do assunto. Destacou-se a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário em concorrência com descendentes e ascendentes.

Assim, está presente, no art. 1.784 "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários"^[8].

Denota-se a ideia de que o momento da morte para o Direito Sucessório é um marco inicial para a transmissão de bens aos herdeiros, e assim consistindo na

abertura da sucessão. Paulo Nader ^[9] conceitua a abertura da sucessão, da seguinte forma:

A abertura da sucessão se opera em razão do acontecimento morte e no exato momento em que esta se verifica, independentemente de qualquer ato judicial ou providência diversa dos interessados. A morte é o grande fato jurídico stricto sensu provocador da abertura da sucessão. Não existe herança de pessoa viva –viventis nulla est hereditas. Como efeito direto da morte, o acervo patrimonial se transmite imediatamente aos herdeiros e legatários.

Com efeito, os herdeiros passam a ser os titulares da universalidade de bens, de forma unitária, até o momento da partilha.

2.1 Espécies de Sucessão

O art. 1.786 do Código Civil dispõe: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. O termo disposição de última vontade significa que dá-se por testamento, ou pelo codicilo. Já a sucessão dada por lei, quer dizer sucessão legítima. No art. 1.788, segunda parte, do mesmo diploma legal, prevê a ocorrência simultânea dos dois casos, na hipótese do falecido não compreender todos os bens em seu testamento, cabendo assim, a sucessão legítima, aos que não forem compreendidos.

Ainda, estabeleceu o legislador no art. 1.814 do Código Civil, as hipóteses em que são excluídos da sucessão, os herdeiros ou legatários que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa cuja a sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; que houverem sido acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro, quem por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

2.1.1 A sucessão legítima

A sucessão por lei, ou legítima segue a vocação hereditária. Falecendo a pessoa sem testamento, a herança transmite-se aos herdeiros legítimos, conforme disposto no art. 1.829 do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais^[10].

De acordo com tal artigo que dispõe esta ordem preferencial, denominada ordem da vocação hereditária, considera-se a vontade presumida do falecido, no sentido de que não havendo testamento, esta seria a ordem que ele estabeleceria.

Dá-se a sucessão legítima também na hipótese em que o testamento for julgado nulo, ou se este caducar, conforme a última parte do art. 1.788, do Código Civil.

2.1.2 A sucessão testamentária

A sucessão testamentária é dada por última vontade, onde o testador escolhe as pessoas a quem destinará seus bens, podendo também escolher a porção patrimonial que deixará para cada.

No entanto, o testador somente poderá dispor livremente da metade da herança, uma vez que ela é dividida em duas partes, cabendo a outra, aos herdeiros necessários, constituindo a parte da legítima.

O Código Civil brasileiro também dispõe sobre a capacidade de realizar um testamento, para ser considerado válido, dispondo que não pode testar os incapazes, ou quem não tiver pleno discernimento. Ressalta, que os pode testar os maiores de dezesseis anos, perfazendo a capacidade ativa de testar.

Ademais, também é prevista a capacidade passiva de testar, apresentando quem tem aptidão para ser herdeiro ou legatário. É previsto, de uma forma genérica, que tem legitimação para suceder as pessoas nascidas ou já concebidas, e ainda, o legislador ampliou as hipóteses, sendo possível que além das pessoas nascidas e concebidas, são legitimadas as suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão, as pessoas jurídicas, as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Por outro lado, o legislador entendeu ser necessário estabelecer a vedação, firmando quem não tem legitimação para a sucessão testamentária. Podendo, como consequência nestes casos, a nulidade da cláusula prevista no testamento, e ainda, considerou ser uma hipótese de ordem pública, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz.

O art. 1.801, do Código Civil, estabeleceu da seguinte forma:

Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II - as testemunhas do testamento;

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento^[11].

Assim, como consequência nestes casos, a nulidade da cláusula prevista no testamento, e ainda, considerou ser uma hipótese de ordem pública, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz.

3. BENS DIGITAIS

A sociedade em sua constante mudança vem cada vez mais virtualizando-se e buscando adequar-se as necessidades mais indispensáveis dos seres humanos, o avanço e o crescimento do mundo virtual é temática cada vez mais abordada e se encontra cada vez mais presente em nosso cotidiano.

Atualmente, é difícil encontrar alguém que não esteja ligado a algum tipo de rede social, ou que até mesmo não tenha nenhum tipo de contato com o mundo virtual.

Neste sentido, deve-se fazer amplo que bem não é apenas aqueles bens palpáveis e passíveis de serem tocados, devendo-se enquadrar dentro do mesmo conjunto de bens àqueles que são construídos por meio da internet.

Assim, por se tratar o Direito de uma ciência social que objetiva estudar o comportamento humano, faz-se necessário o estudo da referida temática, de modo

que se objetiva alinhar a mudança social no contexto do avanço do mundo virtual e normatização do bem digital.

3.1 Conceito de Bem Digital

Para conceituar o bem digital, faz-se necessário conceituar o bem efetivamente tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

É comum que o objeto de uma relação juridicamente tutelada seja um bem, deste modo, a doutrina busca delimitar quais seriam as características de um bem, e neste sentido Carlos Roberto Gonçalves leciona que, "bens são coisas materiais ou concretas, úteis aos homens e de expressão econômica, suscetíveis de apropriação"^[12].

Para outros doutrinadores como, por exemplo, Silvio Rodrigues, coisa constitui gênero do qual bem é espécie, neste sentido, coisa seria tudo aquilo que possui utilidade para o homem e que seja passível de apropriação, ao passo que bem seria coisas com interesse econômico e/ou jurídico.

Assim, facilitando a compreensão jurídica trazida no Código Civil de 2002, que buscou adotar apenas a expressão bem, para se referir às coisas materiais ou concretas úteis ao homem, de expressão econômica e suscetíveis de apropriação.

Sob essa perspectiva do que seria um bem, é possível perceber que todos os conceitos mencionados não trazem ampliação sobre o que diz respeito ao bem digital, devendo fazer-se uma interpretação extensiva dos conceitos para alcançar uma definição do que seria o bem digital.

Segundo Lacerda (2017, p. 74), bens digitais são:

[...] bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que lhe trazem alguma utilidade, tenham ou não conteúdo econômico." Como exemplo, o referido autor (2017, p. 61) cita que tais bens "(...) podem ser constituídos por textos, vídeos, fotografias, base de dados" ^[13]

Bens incorpóreos são aqueles abstratos que não possuem existência física e por isso não são palpáveis, como por exemplo, as redes sociais, blogs e sites da internet.

Adelmo Silva Emerenciano destaca que:

Os bens digitais, conceituamos, constituem conjuntos organizados de instruções, na forma de linguagem de sobrenível, armazenados em forma digital, podendo ser interpretados por computadores e por outros dispositivos assemelhados que produzam funcionalidades predeterminadas.^[14]

Neste sentido, o bem pode ser material ou imaterial, corpóreo ou incorpóreo, segundo os conceitos acima mencionados.

Assim, pode-se perceber que o bem digital assim como os bens materiais deixados pelo *de cujus* ou o usuário das mídias digitais podem ou não possuir caráter econômico e por isso devem ser passíveis de serem herdados, uma vez que mesmo possuindo caráter econômico ou não, os arquivos deixados, os conteúdos produzidos virtualmente possuem valor sentimental para os familiares do usuário.

3.2 Espécies de Bens Digitais

Existem atualmente uma infinidade de dispositivos e redes sociais que podem armazenar e conter imagens, sons e dados pessoais, os mais utilizados são as redes sociais. Classificá-las e conceituá-las é de fundamental importância que se possa compreender de que forma essas redes sociais são tão importantes a ponto de serem objeto de herança.

O Facebook é uma junção das palavras em inglês face (rosto) e book (livro) é uma mídia digital de total interação, permite que as pessoas postem comentários, fotos, vídeos e que também interajam com os mesmos conteúdos produzidos por outras pessoas. Todo conteúdo produzido pelo internauta fica armazenado na própria mídia digital e apenas pode ser acessada com e-mail e senha do dono da conta.

O Instagram assim como o facebook, possui basicamente as mesmas ferramentas, seu diferencial está ligado a rápida interação de fotos e vídeos postados pelos usuários da rede, com apenas dois cliques na imagem você demonstra para outro usuário se gostou de seu conteúdo produzido.

Portanto, o Instagram é uma das mídias sociais mais utilizadas para os produtores de conteúdo, uma vez que por meio dela podem-se fazer parcerias com várias marcas sejam elas pequenas ou grandes, divulgando seus conteúdos e ganhando dinheiro com o conteúdo produzido.

O Twitter, por sua vez, é uma mídia social um pouco diferente das demais, pois sua interação está mais ligada a troca de informações rápidas, os tweets como são chamados, são mensagens que devem conter no máximo 140 caracteres. As pessoas que se identificarem com um tweet podem “retweetar” a mensagem, curtir e responder.

Outra, mas não menos importante é o Whatsapp, que é um aplicativo de troca de mensagens mais utilizado no celular, uma vez que está vinculado diretamente ao número de telefone do usuário. Por meio dele, podem-se fazer chamadas de vídeos, trocar mensagens em tempo real, compartilhar imagens, tirar fotos e fazer chamada com vários usuários ao mesmo tempo.

O aplicativo conta com um dispositivo de segurança chamado criptografia que permite que todas as suas mensagens mesmo que apagadas do dispositivo sejam salvas podendo ser usadas caso necessário posteriormente.

Ainda, além do arquivamento de conteúdo pessoal por meio dessas redes sociais, existem outros meios de armazenamento, como CD, e-mail, os próprios computadores de uso pessoal do falecido e pendrives.

3.2.1 Bens economicamente apreciáveis

Não há dúvida que os bens digitais agregam ao patrimônio do *de cujus* e devem estar discriminados em seu acervo para que a sucessão dos bens deixados seja feita nos moldes do que prevê o ordenamento jurídico brasileiro.

Alguns desses bens deixados, mais do que caráter sentimental possuem caráter economicamente apreciável que geram lucro para aquele que produz o seu conteúdo, como, por exemplo, o dono de um site que mesmo após o seu falecimento continua gerando lucro.

Neste sentido, pode ser que este site signifique mais 50% do patrimônio do *de cujos* e por isso pode impactar diretamente na legítima que é reservada aos herdeiros necessários.

Pode ser difícil imaginar tal situação por aqueles que não estão diretamente ligados ao mundo virtual, quem dirá imaginar que isso pode gerar lucros. Entretanto, é de fundamental e extrema importância que todos esses bens sejam colacionados no momento da abertura da sucessão por seu relevante valor econômico.

3.2.2 Bens de cunho existencial

Existem bens que não geram lucros e possuem apenas caráter sentimental e por não serem valorados não fazem parte do patrimônio a ser recebidos pelos herdeiros.

Ou seja, são arquivos e até serviços deixados pelo *de cujos* que faziam parte de sua história enquanto vivo, como por exemplo, suas redes sociais, fotos e vídeos. O questionamento mais plausível sobre o acesso dos familiares a esse tipo de conteúdo gerado pelo falecido está ligado ao direito à intimidade preservado pela Constituição Federal. Não seria uma violação da intimidade do de cujo o acesso de seus familiares aos seus conteúdos?

O direito à intimidade previsto no art. 5º, X da CF, preconiza a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, sendo passível de indenização àquele que violar tal direito, vejamos:

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;^[15]

Deste modo, sob a perspectiva de herança digital aquele que herdar os bens deixados pelo *de cujos* teriam acesso a tudo, suas conversas, suas imagens, com quem se relacionavam violando assim sua intimidade, de modo que deve ser pensado na imagem e reputação pós-morte do *de cujos*.

4 A PROTEÇÃO DOS BENS DIGITAIS PÓS-MORTEM;

Verifica-se que a maior parte do âmbito digital é protegida por certa privacidade, no sentido de que, cabe ao titular de uma determinada conta, em redes sociais, e-mails, nuvens de armazenamento, administrar da forma que entender ser de sua vontade, aos limites das políticas de cada um dos ambientes citados como exemplo. Sendo assim, observa-se que tal âmbito é dotado de personalidade, na maioria das vezes, não é qualquer pessoa que tem acesso aos conteúdos produzidos, como quando seu perfil em uma rede social específica, é bloqueada, limitando-se assim, seu acesso.

Ademais, no tocante à violação aos conteúdos pessoais do titular, após sua morte, pode-se inferir que não cabe aos herdeiros, ter o conhecimento do que foi produzido em âmbito digital, o que na maioria das vezes, não pode ser compartilhado ou divulgado, até mesmo para as pessoas próximas, do *de cujus*.

Devido a isso, sem o consentimento, ou a mera liberalidade do titular em determinar a destinação dos conteúdos, algumas plataformas, sites, ambientes virtuais, entendeu ser necessário, dá-se amparo a tal situação, criando políticas próprias, a fim de proteger o usuário falecido.

4.1 A proteção dos direitos da personalidade no âmbito digital

A exposição diária que grande parte das pessoas vivenciam e se submetem atualmente, formam conteúdos que são atualizados dia após dia, na maioria das vezes, formando assim uma espécie de diário ou uma vida virtual, que é preenchida pela vontade de seu titular, que determina, o que será exposto ou não.

Após o falecimento do titular de determinada conta, os membros da família, buscam remoção de perfis e contas de titularidade do falecido, assim, foi onde surgiu a necessidade de empresas mantenedoras de sites e redes sociais criarem meios para tais situações, amparando vontades de familiares em decorrência da morte de seus entes queridos.

Diante disso, a empresa Facebook e o Instagram, oferecem duas opções para tal situação, que é a remoção do perfil ou a transformação deste em um memorial, deixam claro que não podem divulgar as informações de login de uma conta transformada em memorial, alegam neste caso, que entrar na conta de outra pessoa sempre viola sua política. O Google apresentou a opção de gerenciamento da conta pelo usuário, determinando por sua própria vontade, a destinação das contas, e-mails, fotos e arquivos armazenados ou que a conta deva ser excluída. Já o Twitter apresentou somente a opção de remoção da conta.

A Microsoft informa que por questões de privacidade e por razões legais, não é possível fornecer informações sobre nenhuma das contas do Outlook e OneDrive. Outras empresas, especialmente aquelas que comercializam produtos, e que prestam serviços, não fornecem acessos aos conteúdos armazenados, porque alegam a proteção da privacidade do titular.

No entanto, havendo necessidade ou vontade pelos membros e familiares do falecido, diante da recusa ao acesso de conteúdos de titularidade do falecido, devem buscar por meio judicial, para debater as opções apresentadas das empresas mantenedoras de tais acervos.

Ademais, no âmbito do Direito à Personalidade, tem-se também como exemplo, a violação de tal direito, e ainda, à honra e também à imagem, na morte notória do cantor Cristiano Araújo, que teve imagens de seu corpo sem vida, expostas em sites, aplicativos de conversas, redes sociais e afins. Imagina-se por lógica, que não seria vontade do de cujus a veiculação de tais imagens em um momento de tanta angústia para os seus familiares.

Todavia, como não há amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro, protegendo o falecido da violação contra o direito à personalidade, à imagem e à honra, o amparo a estes direitos passa-se para a família, de modo que os familiares se tornam vítimas de tais situações.

Assim, no caso exemplificado em ação judicial, o juiz concedeu a liminar para impedir a veiculação do conteúdo considerado ofensivo, e determinou que as empresas Google, Yahoo, Facebook e Microsoft deveriam suprimir com qualquer resultado de busca referentes a esses conteúdos, sob pena de multa diária, com fundamento no art. 20 do Código Civil, que permite a proibição de divulgação de imagem capaz de atingir a honra de alguém.

4.2. Os Projetos de Lei que tratam da Herança Digital no Brasil - PL 4099-A/2012, PL 4.847/2012 e PL 8.562/2017

Com a necessidade de se adequar às mudanças sociais no que diz respeito à transmissão das heranças digitais tramitam projetos de leis que visam facilitar a sucessão dos bens digitais deixados pelo *de cujos* às suas famílias.

O Projeto de Lei 4.099-A/12, de autoria do deputado Jorginho Mello é um dos que trata da temática de transmissão dos conteúdos digitais deixados pelo *de cujos*. O projeto de lei visa acrescentar ao art. 1.788 do código civil o parágrafo único que dispõe sobre a transmissão dos bens digitais que se aprovado passará a ter a seguinte redação: Art. 1.788 [...] Parágrafo único. **“Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.”** grifo nosso

O deputado justifica a inclusão do referido parágrafo tendo em vista as mudanças do mundo virtual que causam impacto na vida social das pessoas e tendo a ausência no ordenamento jurídico brasileiro de leis que forneçam amparo sobre a temática de modo que haja entendimentos pacificados sobre o assunto. Em suas palavras:

O Direito Civil precisa ajustar-se às novas realidades geradas pela tecnologia digital, que agora já é presente em grande

parte dos lares. Têm sido levadas aos Tribunais situações em que as famílias de pessoas falecidas desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet e as soluções tem sido muito díspares, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injustos em situações assemelhadas. É preciso que a lei civil trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais. O melhor é fazer com que o direito sucessório atinja essas situações, regularizando e uniformizando o tratamento, deixando claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais. Creemos que a medida aperfeiçoa e atualiza a legislação civil, razão pela qual conclamamos os Nobres Pares a aprovarem esta proposição^[16].

Entretanto, este não foi o único projeto de lei sobre herança digital. O deputado Marçal Filho propôs o Projeto de Lei 4.847/12 que visa a inclusão dos arts. 1.797-A, 1.797-B e 1797-C ao Código Civil de 2002, que versam sobre normas de herança digital. O projeto de lei encontra-se arquivado, e caso fosse aprovado conteriam as seguintes redações:

Capítulo II-A

Da Herança Digital

Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: I – senhas; II – redes sociais; III – contas da Internet; IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido. 11 Informação retirada do site acesso realizado em 20/03/2017. 12 Informação retirada do site acesso realizado em 20/03/2017. 17

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro: I - definir o destino das contas do falecido; a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou; b) - apagar todos os dados do usuário ou; c) - remover a conta do antigo usuário." Art. 3º- Esta lei entrará em vigor na data da sua publicação. ^[17]

O deputado justificou a propositura do projeto de lei, sob a perspectiva que os bens digitais devem fazer parte do patrimônio do *de cujos* e por isso serão sua herança digital, em seus dizeres:

Tudo o que é possível guardar em um espaço virtual – como músicas e fotos, passa a fazer parte do patrimônio das pessoas e, conseqüentemente, da chamada “herança digital”. O Caderno TEC da Folha de S.Paulo trouxe uma reportagem sobre herança digital a partir de dados de uma pesquisa recente do Centro para Tecnologias Criativas e Sociais, do Goldsmiths College (Universidade de Londres). O estudo mostra que 30% dos britânicos consideram suas posses on-line sua “herança digital” e 5% deles já estão incluindo em testamentos quem herdará seu legado virtual, ou seja, vídeos, livros, músicas, fotos e emails. No Brasil, esse conceito de herança digital ainda é pouco difundido. Mas é preciso uma legislação apropriada para que as pessoas ao morrerem possam ter seus direitos resguardados a começar pela simples decisão de a quem deixar a senha de suas contas virtuais e também o seu legado digital. Quando não há nada determinado em testamento, o Código Civil prioriza familiares da pessoa que morreu para definir herdeiros. Dessa forma, o presente Projeto de Lei pretende assegurar o direito dos familiares em gerir o legado digital daqueles que já se foram. Ante o exposto, esperamos contar com o apoio de nossos ilustres Pares para a aprovação deste projeto de lei^[18].

Tendo em vista o arquivamento do projeto de lei 4.847/12 foi proposto novo projeto com a mesma redação que ganhou o número 8.567/17, o projeto foi proposto pelo deputado Elizeu Dionisio.

Sobre a aprovação dos projetos de lei não é possível se precisar, entretanto, a criação deles demonstra como a evolução da sociedade demanda também evoluções normativas.

4.3 A tutela do acervo digital por meio de testamento virtual ou codicilo

O ordenamento jurídico brasileiro prevê várias hipóteses em que uma pessoa pode dispor do seu patrimônio após a sua morte, seja pela sucessão legítima, pela sucessão testamentária, pela grande gama de testamentos previstos ou pelo simples ato do codicilo.

Algumas empresas de tecnologia como a Google já dispõe de ferramentas dentro de seu próprio sistema para àqueles que pretendem testar os seus dados, usando a frase “Planeje a sua pós-vida digital” a plataforma deixa claro para o seu usuário que ele pode programar a sua conta para que exclua seus dados de até doze meses atras ou mesmo permitir que até dez pessoas tenham acesso aos seus bens digitais depois de um certo período de inatividade do usuário. Assim a Google se posiciona:

Planeje a sua pós-vida digital com o Gerenciador de Contas Inativas

Ninguém gosta de pensar muito sobre a morte, ainda mais sobre a própria. Mas planejar o que acontecerá depois que você se for é muito importante para as pessoas que ficam para trás. Então, lançamos um novo recurso que facilita informar ao Google a sua vontade quanto aos seus bens digitais, quando você morrer ou não puder mais usar a sua conta.

Trata-se do Gerenciador de Contas Inativas: não é lá um nome fantástico, mas acredite, as outras opções eram ainda piores. O recurso pode ser encontrado na página de configurações da conta do Google. Você pode nos orientar com relação ao que fazer com as suas mensagens do Gmail e dados de vários outros serviços do Google se a sua conta se tornar inativa por qualquer motivo.

Por exemplo, você pode escolher que seus dados sejam excluídos depois de três, seis, nove ou doze meses de inatividade. Ou ainda pode selecionar contatos em quem você confia para receber os dados de alguns ou todos os seguintes serviços: +1s; Blogger; Contatos e Círculos; Drive; Gmail; Perfis do Google+, Páginas e Salas; Álbuns do Picasa; Google Voice e YouTube. Antes que os nossos sistemas façam qualquer coisa, enviaremos uma mensagem de texto para o seu celular e e-mail para o endereço secundário que consta nos seus settings da conta.

Esperamos que este novo recurso ajude no planejamento da sua pós-vida digital e proteja a sua privacidade e segurança, além de facilitar a vida dos seus entes queridos depois da sua morte.^[19]

A esse tipo de assertivas de sites de tecnologia como a Google, damos o nome de testamento virtual.

Em outro sentido, temos no ordenamento jurídico brasileiro a figura do codicilo, que levando em consideração os bens que serão objeto de sucessão não é necessário que cumpra uma grande solenidade e são também atos de última vontade do testador. O doutrinador Flávio Tartuce conceitua o codicilo:

O codicilo ou pequeno escrito constitui uma disposição testamentária de pequena monta ou extensão. Conforme constava de obra escrita em coautoria com José Fernando Simão, **trata-se de ato de última vontade simplificado, para o qual a lei não exige tanta solenidade em razão de ser o seu objeto considerado de menor importância para o falecido e para os herdeiros (grifo nosso).**^[20]

O Código Civil também positiva a figura do codicilo, nos termos do art. 1.881.

Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal^[21].

Por ser o codicilo um instrumento em que não há necessidade de muitas formalidades e por existir alguns bens digitais que não possuem valor econômico, o codicilo poderia ser utilizado como forma do testador dispor de seus bens digitais, uma vez que poderia assim deixar seus arquivos, fotos, e-mails e etc com alguém que ele realmente considere a pessoa adequada para possuí-los, visando também a preservação de sua vida privada e intimidade, nos termos do que prevê a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X, vejamos:

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

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação^[22].

Neste sentido, o legislador buscou dar amparo jurídico inclusive para aqueles bens que mesmo sem grande valor econômico possuem características que devem ser objeto de preservação.

5 CONCLUSÃO

Tendo em vista o que foi abordado acerca do direito sucessório brasileiro, pode-se concluir que o amparo decorrente da pessoa falecida, no que tange aos bens patrimoniais, não se estende da mesma forma, aos conteúdos produzidos no âmbito virtual.

No entanto, a falta de amparo de determinada situação faz-se necessário que as empresas mantenedoras de contas, criam políticas próprias, a fim de resguardar a imagem e a exposição da pessoa que faleceu. As alternativas variam conforme a vontade dos membros do *de cujus*, em alguns casos, enquanto em outros, é possível o acesso somente por meio de ação judicial.

Assim, passando pela conceituação dos bens digitais tem-se que levar em consideração os de valor econômico e aqueles que possuem apenas caráter sentimental de modo que ambos merecem respaldo legal a fim de se evitar conflitos jurídicos, facilitando a tomada de decisão dos magistrados. Ademais, os projetos de leis visam trazer garantias jurídicas para aqueles que pretendem suceder todo seu conteúdo produzido, resguardando o ato de última vontade do testador.

Neste sentido, a regulamentação da sucessão do patrimônio digital faz com que o *de cujus* possa garantir que seus dados virtuais como vídeos, fotos e todo seu conteúdo produzido seja deixado com pessoas de sua total confiança, de modo que assim se manterá a vida privada deste em segurança, podendo serem feitos inclusive por meios menos formais como é o caso dos testamentos virtuais, muitas vezes ofertados pelas próprias plataformas digitais, ou por meio do instituto do codicilo para aqueles casos em que o *de cujus* deixa bens digitais sem muita importância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACESSAR O OUTLOOK.COM, O ONEDRIVE E OUTROS SERVIÇOS DA MICROSOFT QUANDO ALGUÉM TIVER FALECIDO. Disponível em: <
<https://support.office.com/pt-br/article/acessar-o-outlook-com-o-onedrive-e-outros-servi%C3%A7os-da-microsoft-quando-algu%C3%A9m-tiver-o-falecido->

ebbd2860-917e-4b39-9913-212362da6b2f?ui=pt-BR&rs=pt-BR&ad=BR > Acesso em: 31 de maio de 2020.

ÂMBITO JURÍDICO. **Definições e disposições gerais de bens jurídicos.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/definicoes-e-disposicoes-gerais-de-bens-juridicos/#:~:text=Em%20s%C3%ADntese%20bens%20corp%C3%B3reos%20s%C3%A3o,ou%20seja%2C%20n%C3%A3o%20s%C3%A3o%20concretos..> Acesso em: 4 jun. 2020

BARBOSA. Denis Borges **Do bem incorpóreo à propriedade intelectual.** Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/teoria.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Clique aqui para acessar Versões para impressão Impressão reduzida Impressão completa Impressão personalizada Cadastrar para acompanhamento Versão anterior da ficha **PL 8562/2017**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>. Acesso em: 03 jun. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 4099/2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 03 jun. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 4847/2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=29405>. Acesso em: 03 jun. 2020.

CONSULTOR JURÍDICO, revista. 23 de Outubro de 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-out-23/juiz-proibe-imagens-corpo-cristiano-araujo-google> > Acesso em: 28 de maio de 2020.

CONTA DO GOOGLE. **Enviar uma solicitação a respeito da conta de um usuário falecido.** Conta do Google. Central de ajuda. Disponível em: < <https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?hl=pt-BR> >. Acesso em: 31 de maio de 2020.

DIREITO E TI. **Herança Digital**. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/heranca-digital/>. Acesso em: 28 mai. 2020.

EMERENCIANO, Adelmo da Silva. Tributação no Comércio Eletrônico. IN: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.), **Coleção de Estudos Tributários**. São Paulo: IOB, 2003. p.83.

FACEBOOK. **Como faço para informar ao facebook sobre o falecimento de uma pessoa ou sobre uma conta que precisa ser transformada em memorial?** Solicitação para memorizar ou excluir uma conta. Disponível em: < <https://www.facebook.com/help/150486848354038> >. Acesso em: 31 maio de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.1: Parte Geral. Editora Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 7: Direito das Sucessões. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOOGLE. **Planeje a sua pós-vida digital com o Gerenciador de Contas Inativas**. Disponível em: <https://brasil.googleblog.com/2013/04/planeje-sua-pos-vida-digital-com-o.html>. Acesso em: 15 jun. 2020.

HERANÇA DIGITAL: O DIREITO DA SUCESSÃO DO ACERVO DIGITAL. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/21969/1/Heran%C3%A7a%20Digital.%20O%20direito%20da%20sucess%C3%A3o%20do%20acervo%20digital.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

INFLUU. **O que é facebook?**. Disponível em: <https://influu.me/blog/o-que-e-facebook/>. Acesso em: 28 mai. 2020.

INSTAGRAM. **Como faço para denunciar a conta de uma pessoa falecida no instagram?** Central de Ajuda. Central de Privacidade e Segurança. Disponível em: < https://www.facebook.com/help/instagram/264154560391256?helpref=uf_permalink >. Acesso em: 31 de maio de 2020.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2017.

MIGALHAS. **Herança digital e sucessão legítima - primeiras reflexões**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/288109/heranca-digital-e-sucessao-legitima-primeiras-reflexoes>. Acesso em: 2 jun. 2020.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, vol. 6: direito das sucessões. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PESSOAS FALECIDAS. TWITTER. Central de ajuda, diretrizes e políticas gerais. Disponível em: < <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/contact-twitter-about-media-on-a-deceased-family-members-account> >. Acesso em: 31 de maio de 2020.

PROJETO DE LEI 4.099/2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1119747> <acesso realizado em 03/06/2020>. Acesso em 03 jun. 2020.

PROJETO DE LEI 4.847/12. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=Tramitacao-PL+4847/2012>. Acesso em 03 jun. 2020.

REVISTA JURÍDICA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO. **Herança Digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente.** Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143> . Acesso em: 14 mai. 2020.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil.** Vol. 7: Sucessões. São Paulo: Atlas S/A, 2014.

SPAGNOL, Débora. **A destinação do patrimônio virtual em caso de morte ou incapacidade do usuário: “herança digital”.** Disponível em: < https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/426777341/a-destinacao-do-patrimonio-virtual-em-caso-de-morte-ou-incapacidade-do-usuario-heranca-digital?ref=topic_feed > Acesso em: 28 de maio de 2020.

TARTUCE, Flávio; **Manual de Direito Civil:** subtítulo do livro. 10. ed. São Paulo-SP: Método, 2020. p. 2317-2319.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** Vol. 6: Sucessões. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOTAS:

[1] **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 maio 2020.

[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.7: Parte Geral. Editora Saraiva, 2012.

[3] Orlando Gomes, **Sucessões**, cit., p. 3; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Comentários ao Código Civil, v. 20, p. 5.

[4] ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil**. Vol. 7: Sucessões. São Paulo: Atlas S/A, 2014.

[5] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.7: Parte Geral. Editora Saraiva, 2012.

[6] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.7: Parte Geral. Editora Saraiva, 2012.

[7] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.7: Parte Geral. Editora Saraiva, 2012.

[8] **CÓDIGO CIVIL.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

[9] NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, vol. 6: direito das sucessões. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

[10] **CÓDIGO CIVIL.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

[11] **CÓDIGO CIVIL.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

[12] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.1: Parte Geral. Editora Saraiva, 2019.

[13] LACERDA, B.T.Z. **Bens digitais**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 74

[14] EMERENCIANO, Adelmo da Silva. **Tributação no Comércio Eletrônico**. IN: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.), Coleção de Estudos Tributários. São Paulo: IOB, 2003. p.83.

[15] **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 maio 2020.

[16] **Projeto de lei 4.099/2012.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1119747 <acesso realizado em 03/06/2020>. Acesso em 03 jun. 2020.

[17] **Projeto de lei 4.847/12.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=Tramitacao-PL+4847/2012>. Acesso em 03 jun. 2020.

[18] **Projeto de lei 4.099/2012.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1119747 <acesso realizado em 03/06/2020>. Acesso em 03 jun. 2020.

[19] **GOOGLE. Planeje a sua pós-vida digital com o Gerenciador de Contas Inativas.** Disponível em: <https://brasil.googleblog.com/2013/04/planeje-sua-pos-vida-digital-com-o.html>. Acesso em: 15 jun. 2020.

[20] TARTUCE, Flávio; **Manual de Direito Civil:** subtítulo do livro. 10. ed. São Paulo-SP: Método, 2020. p. 2317-2319.

[21] **CÓDIGO CIVIL.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

[22] **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 maio 2020.

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

DANIELLE DE ASSIS SILVA: Pós graduanda pela Faculdade Internacional Signorelli.

Artigo Científico apresentado à Faculdade Internacional Signorelli como requisito parcial para a conclusão do Curso de Pós-graduação *Lato sensu* em Direito de Família, Sucessões e Testamentos. Orientadora: LUCIANA DE ALMEIDA MONTAGNA

RESUMO: As diretivas antecipadas de vontade consistem em disposições de vontade sobre cuidados e tratamentos que o manifestante deseja ou não ser submetido, a serem utilizadas em momento futuro, quando esteja impossibilitado de tomar decisões a respeito de sua vida e saúde. O instituto contempla as modalidades testamento vital e mandato duradouro. A primeira modalidade consiste na própria declaração de vontade a respeito dos cuidados que, eventualmente, deseja ou não se submeter. O mandato duradouro, por sua vez, equivale a nomeação de representante para tomar as decisões relativas à saúde do manifestante, quando este esteja impossibilitado de fazê-las, que não estejam expressas no testamento vital. Não há regulamentação por lei do instituto, no entanto o mesmo já vem sendo aplicado pela doutrina e jurisprudência pátria, inclusive com a Resolução do Conselho Federal de Medicina, sob o nº 1995/2002. Há premente necessidade de se estabelecer, mediante lei, o detalhamento do instituto, para que sejam definidos os limites e o alcance das manifestações, o que ensejará maior segurança jurídica em sua aplicação, principalmente pelos profissionais da saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Diretivas Antecipadas de Vontade, Testamento Vital, Mandato Duradouro.

ABSTRACT: The advanced directives of will consist in dispositions of will about cares and treatments that the demonstrator wants or not to be submitted, to be used in a future moment, when he is unable to make decisions about his own life and health. The institute contemplates the modalities vital testament and long mandate. The first modalitie consists in the own declaration of will about the cares that, eventually, may or may not be submitted. The long mandate, in turn, equals the representant nomination to make decisons regardless the demonstrator health, when he is unable to make them himself, that are not expressed in the vital testament. There is no regulamentation by law of the institute, however itself has been aplicated by the doctrine and Brazilian jurisprudence, including the Federal Mecical Council

Resolution, under the number 1995/2002. There is pressing need to establish, by law, the institute detailing, to be defined the limits and range of the manifestations, which will rise more legal security in the application, mostly by the health professionals.

KEYWORDS: Advance Directives of Will, Vital Will, Mandate Long.

SUMÁRIO: Introdução. Revisão Bibliográfica. I- Discussões sobre o fim da vida. II- Do testamento vital. III- Do mandato duradouro. Considerações finais. Referências.

Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro não dispõe acerca das diretivas antecipadas de vontade, no entanto o tema já é objeto de aplicação no Brasil, existindo vasta jurisprudência, o que ensejou a elaboração do projeto de Lei 149/2018, de autoria do senador Lasier Martins, que encontra-se em tramitação no Senado Federal.

A Resolução 1995, de 31 de agosto de 2002 do Conselho Federal de Medicina conceitua o instituto, em seu art. 1º, como sendo "o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade".

As diretivas antecipadas são gênero, do qual derivam duas espécies: testamento vital e o mandato duradouro. Tais institutos serão analisados pormenorizadamente neste trabalho.

O conceito de testamento vital é aquele acima descrito, contido no art. 1º da Resolução 1995/2002. Fala-se em testamento vital, pois são medidas a serem adotadas em vida do testador, mas que por alguma razão esteja impossibilitado de fazê-las.

No entanto, as diretivas antecipadas abarcam também o mandato duradouro, que é a possibilidade de se nomear procurador para tomar decisões a respeito de cuidados ou tratamentos não dispostos expressamente no testamento vital.

A regulamentação por lei do instituto resultará em uma maior segurança jurídica aos médicos. Ao adotar a vontade do paciente de não se submeter a tratamentos que geram intenso sofrimento, que não resultam em cura, só prolongando sua vida útil, muitas vezes o médico se vê em um embate com a família do paciente e ocorre um temor de ser processado posteriormente.

O instituto ora estudado tem estreita ligação com a ortotanásia. O art. 1º, da Resolução 1805, de 9 de novembro de 2006 do Conselho Federal de Medicina,

permite que o médico intervenha em procedimentos que prolonguem a vida do doente terminal, respeitando a vontade do paciente ou de seu representante legal. O fato é atípico, não se tratando de um ilícito penal. No entanto, em casos concretos é difícil identificar até que ponto o tratamento está apenas prolongando a vida do doente terminal ou se, eventualmente, poderia resultar em cura.

Assim, observa-se que as diretivas antecipadas de vontade facilitam a aplicação da ortotanásia, pois o próprio paciente em estado de lucidez afirmou a quais tratamentos não queria ser submetido.

Neste artigo, será desenvolvido um estudo sobre as diretivas antecipadas de vontade, a necessidade de sua regulamentação, a aplicação do instituto nos Tribunais Brasileiros, bem como o estudo de suas espécies (testamento vital e mandato duradouro), além da ortotanásia, instituto diretamente relacionado ao tema.

Revisão Bibliográfica.

O tema apresentado ainda é carente de normatização. Entretanto, a doutrina, há algum tempo, já se dedica ao instituto, dada a sua importância e crescente utilização. A autonomia da vontade do indivíduo para decidir acerca dos tratamentos de saúde que deseja ser submetido é o grande ponto a ser estudado. Até onde vai esta autonomia? Quais os seus limites? Ainda não sabemos, devido a falta de regulamentação. Entretanto, a autonomia é definida pela doutrina como sendo aquela "que legitima a ação do indivíduo, conformada à ordem pública e permeada pela dignidade humana e pela alteridade. Ou, em outras palavras, a autonomia privada como sendo aquela que garante que os indivíduos persigam seus interesses individuais, sem olvidar da intersubjetividade e da alteridade. Significa dizer que a autonomia privada não é o poder do indivíduo de fazer tudo o que quiser, não se traduz em uma ampla liberdade, muito pelo contrário, significa que a autonomia privada garante ao indivíduo o direito de ter seu próprio conceito de "vida boa" e de agir buscando tal objetivo, direito este que encontra barreiras na alteridade, de modo que a autodeterminação do indivíduo deve ser balizada pelas relações interpessoais e tal balizamento é feito pelas normas jurídicas." [1]

Atualmente estamos vivenciando a pandemia do coronavírus, que provoca a doença infecciosa COVID-19. Alguns pacientes desenvolvem síndrome respiratória aguda e necessitam de intubação, muitas vezes evoluindo a óbito. Ainda não há pesquisas que evidenciem que houve o aumento do número de testamentos vitais durante a pandemia. Mas a realidade é que o instituto vem sendo mais utilizado, inclusive pelos profissionais da área da saúde, que estão submetidos a maior risco

de contração da doença. Antes deste momento histórico, o instituto era pouco conhecido:

Por ser uma temática recente, com poucas discussões formais e que ainda não é de domínio público no Brasil, os estudos existentes que envolvem o testamento vital são poucos e expressam-se de forma insuficiente e escassa, demonstrando, por consequência, que os profissionais da saúde têm pouco conhecimento acerca do tema. Em um estudo que objetivou evidenciar o entendimento dos sujeitos da área médica em relação ao tema, foi observado que menos de 40% dos participantes afirmaram conhecer o documento. (...)

O conhecimento dos pacientes acerca do Testamento Vital ainda é muito deficiente. Campos e colaboradores avaliaram a percepção de pacientes oncológicos e seus acompanhantes quanto ao TV, constatando que 94,5% dos pacientes e 88,7% dos acompanhantes não tinham conhecimento dos termos "testamento vital", "testamento biológico" ou "diretivas antecipadas de vontade", porém eles foram favoráveis à sua implementação no Brasil e, também, declararam que o fariam. O conhecimento dos profissionais médicos acerca do TV obteve um valor médio de 5,88 na escala Likert, (intervalo de 0 - 10), no estudo de Stolz e colaboradores 19, o que confere um conhecimento médio em relação ao TV. Pode-se considerar, entretanto, que este conhecimento não vem sendo incidido para os pacientes. [2]

Outro panorama do tema a ser estudado é a resistência de sua aplicação pelos profissionais da saúde, tendo em vista a insegurança jurídica que o instituto proporciona, devido a falta de regulamentação. Os profissionais temem por futuras responsabilizações, caso o paciente venha a óbito, já que os familiares, a maioria das vezes, não respeitam a vontade do convalescente.

Em pesquisa realizada em 2015, concluiu-se que apenas 60,77% dos profissionais da saúde disseram aplicar as decisões dos pacientes firmadas em testamento vital:

Tais questões foram recentemente levantadas, com a publicação da Resolução 1.995/2012 pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), a qual reconhece a validade das diretivas

antecipadas de vontade e ampara o médico que seguir suas determinações 7 . Embora tenha força normativa, de forma que o descumprimento das ações previstas fere o Código de Ética Médica (CEM), a resolução não encontra regulamentação no Código Civil 13. A ausência de posicionamento definitivo na área legislativa pode aumentar a insegurança dos profissionais em seguir as determinações de um paciente 14,15. Pesquisas que procuram identificar a atitude dos profissionais em relação ao testamento vital mostram que apenas 60,77% dos entrevistados declararam seguir as decisões dos pacientes. [3]

I - Discussões sobre o fim da vida

O direito e a medicina tentam definir os marcos do início e do fim da vida. Há algum tempo foi adotado o critério de parada cardiorrespiratória como definidor de morte. Com o avanço da medicina, atualmente, considera-se morto aquele que teve a cessação das atividades do tronco encefálico. A Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos) coloca a definição de morte a cargo de regulamentação de resolução do Conselho Federal de Medicina. Para tanto, foi editada a Resolução nº 2.173/17, que define os critérios do diagnóstico de morte encefálica.

Há uma tendência moderna, em alguns países europeus, de se considerar também como morte o estado vegetativo persistente, no qual existem atividades cerebrais, porém o córtex e o tronco cerebral não funcionam mais. Nessa condição, o indivíduo não possui mais funções voluntárias. O estado vegetativo difere-se do coma, uma vez que neste ocorre um rebaixamento no nível de consciência e há, em alguns casos, possibilidade de melhora. No Brasil, tal tendência não é adotada.

Do panorama científico e jurídico há critérios predefinidos do conceito de vida e morte. Mas como cada indivíduo compreende o que é estar vivo? Os critérios religiosos e morais podem ser levados em conta na autonomia da vontade de cada um? Estar "ligado" por aparelhos, em ventilação mecânica é estar vivo? Saber que possui uma doença terminal, sem chance de cura, sendo submetido a tratamentos muitas vezes dolorosos, é uma condição digna? São inúmeros questionamentos que nos fazem perceber como a autonomia do indivíduo precisa ser respeitada.

Nos tratamentos médicos, atualmente o modelo mais utilizado é o paternalista, no qual se considera que o profissional da saúde é quem possui conhecimento técnico e deve definir qual é o melhor tratamento para o paciente. Existe também o modelo autonomista, no qual o paciente, após ser devidamente informado da doença ou debilidade que possui, decide qual rumo tomar. O ideal é se atingir um

equilíbrio entre os modelos paternalista e autonomista, em que haja uma decisão compartilhada entre o profissional da saúde e o paciente.

O princípio da dignidade da pessoa humana, possui um aspecto hermenêutico, que inspira e limita a interpretação de todo o ordenamento jurídico. O art. 15 do Código Civil dispõe que "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica". Deste modo, percebe-se que o direito civil se preocupa com a autonomia da vontade do indivíduo. Através da interpretação deste artigo, em consonância com o princípio da dignidade humana, os estudiosos entendem a permissão no Brasil da ortotanásia, o que não ocorre com a eutanásia.

A eutanásia consiste em pôr fim a vida de um paciente terminal. A morte assistida visa auxiliar um doente terminal a morrer, através do suicídio assistido ou através de um profissional de saúde (eutanásia). Atualmente, Holanda, Bélgica, Suíça e Luxemburgo, através de modelos diferentes, admitem a eutanásia. Já o suicídio assistido é admitido em diversos países. No Brasil, ambas as práticas são ilícitas.

A eutanásia inclusive é considerada homicídio privilegiado, previsto no art. 121, §1º do Código Penal, que estabelece: "Art. 121: Matar alguém; §1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço".

No Brasil, ficou em evidência o caso de uma médica de Cuiabá/MT, de 36 anos, que possuía doença degenerativa crônica que lhe causava intenso sofrimento, que anunciou, em 2018, nas redes sociais, que faria viagem à Suíça, a fim de se submeter a suicídio assistido, em clínica especializada para doentes terminais, naquele país, já que, no Brasil, tal prática é vedada. Por fim, a médica desistiu do procedimento e veio a falecer de morte natural. No entanto, tal caso deu evidência ao tema e a discussões de sua possível admissibilidade futura no País.

A ortotanásia, por sua vez, não consiste em uma intervenção positiva com o fim de colocar termo a vida do paciente terminal. O que ocorre é uma condição passiva, na qual não são interpostos meios artificiais que prolonguem a vida do paciente. Não é considerada um tipo penal e é admitida no Brasil. Como muitas vezes o paciente terminal não possui condições de fazer a escolha se quer tentar todos os meios, inclusive artificiais de sobrevivência, ou se deseja abrir mão deles, pode, quando ainda em lucidez, estabelecer as diretivas antecipadas de vontade, através do testamento vital ou ainda do mandato duradouro.

II - Do Testamento Vital

As diretivas antecipadas de vontade, também chamadas de declarações antecipadas de vontade, consistem em disposições de vontade pré-estabelecidas, para serem utilizadas em eventual momento futuro, quando por doença ou outro tipo de impossibilidade o indivíduo não possa expressar sua vontade. A Resolução 1995, de 31 de agosto de 2002 do Conselho Federal de Medicina conceitua o instituto, em seu art. 1º, como sendo "o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade".

O testamento vital é espécie do gênero diretrizes antecipadas de vontade, juntamente com o mandato duradouro, que será adiante estudado. Esta primeira espécie, confunde-se com o conceito estabelecido pelo Conselho Federal de Medicina. No testamento vital, em qualquer idade ou condição de saúde, o indivíduo pode estabelecer diretrizes para um possível tratamento de saúde futuro, inclusive se deseja ou não ser reanimado por meios artificiais ou ser mantido por eles.

Difere-se o testamento comum, regulamentado pelo Código Civil e outras normativas, uma vez que neste as disposições são para após a morte, como por exemplo divisão de bens, orientações para velório e sepultamento. Já no testamento vital, são estabelecidas vontades a serem aplicadas ainda em vida do testador, a respeito de tratamentos de saúde que deseja ou não ser submetido.

Apesar da Resolução do Conselho Federal de Medicina, não há lei específica que regulamente tal instituto. Deste modo, não há forma preestabelecida para o testamento vital, entendendo alguns doutrinadores que possa realizado até mesmo oralmente, expondo o paciente suas vontades ao profissional da saúde.

No entanto, para que seja propiciada maior segurança jurídica ao médico, inclusive para se evitar eventuais futuros embates judiciais entre profissionais da saúde e a família do convalescente, o mais acertado é que tais disposições sejam feitas através de instrumento público.

Em Minas Gerais, o Provimento 260/2013 da Corregedoria Nacional de Justiça, prevê a lavratura de escritura pública das declarações antecipadas de vontade:

Art. 259. Poderá ser lavrada por instrumento público a declaração antecipada de vontade de pessoa capaz, também denominada diretrizes antecipadas, que se consubstancia em um conjunto de instruções e vontades a respeito do corpo, da personalidade e da administração familiar e patrimonial para eventualidade de moléstia

grave ou acidente que venha a impedir a pessoa de expressar sua vontade.

Art. 260. Pela declaração antecipada de vontade, o declarante poderá orientar os profissionais médicos sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente sua vontade.

Assim, o testamento vital, para maior segurança jurídica, pode ser lavrado perante o Tabelião de Notas.

Os Tribunais Brasileiros já utilizam o instituto há alguns anos, conforme se observa dos excertos a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo

quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013).

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE. ORTOTANÁSIA. Pretensão de estabelecer limites à atuação médica no caso de situação futura de grave e irreversível enfermidade, visando o emprego de mecanismos artificiais que prologuem o sofrimento da paciente. Sentença de extinção do processo por falta de interesse de agir. Manifestação de vontade na elaboração de testamento vital gera efeitos independentemente da chancela judicial. Jurisdição voluntária com função integrativa da vontade do interessado cabível apenas aos casos previstos em lei. Manifestação que pode ser feita por meio de cartório extrajudicial. Desnecessidade de movimentar o Judiciário apenas para atestar sua sanidade no momento da declaração de vontade. Cartório Extrajudicial pode atestar a livre e consciente manifestação de vontade e, caso queira cautela adicional, a autora poderá se valer de testemunhas e atestados médicos. Declaração do direito à ortotanásia. Autora que não sofre de qualquer doença. Pleito declaratório não pode ser utilizado em caráter genérico e abstrato. Falta de interesse de agir verificada. Precedentes. Sentença de extinção mantida. Recurso não provido (Apelação Cível 1000938-13.2016.8.26.0100, Primeira Seção Cível, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora: Mary Grun, Data do julgamento: 10/04/2019).

No entanto, tal prática ainda não é tão usual entre os mais jovens. A verdade é que historicamente, a morte é vista como algo ruim, sendo juntamente com os problemas de saúde um fato que evita-se pensar. O testamento vital, embora sendo um instituto novo, já vinha sendo utilizado, em grande parte, por pessoas idosas.

Agora, o panorama pode mudar. Recentemente, o mundo foi atingido pela pandemia do coronavírus. Um vírus que se espalha rapidamente e causa a doença

infecciosa COVID-19. Para o tratamento, muitas vezes é necessário utilizar ventiladores artificiais, através de intubação mecânica.

O mundo foi forçado a ser submetido ao isolamento social, como forma de evitar a propagação do vírus. No entanto, ainda assim, milhares de mortes estão ocorrendo todos os dias e alguns sistemas de saúde já não conseguem mais atender a tantos pacientes, que necessitam de internação e ventilação artificial.

Assim, a tendência moderna é que os jovens também façam o testamento vital, no qual pode constar se deseja ou não ser submetido a ventilação mecânica ou se deseja apenas cuidados paliativos, nos casos em que a morte se mostre inevitável, devido ao grau avançado da COVID-19.

Já há casos pelo mundo de pessoas que cederam seu ventilador artificial para outras pessoas com maior chances de cura, ou mais jovens, o que, em tese, também poderia estar disposto em um testamento vital, ao abrir-se mão deste tipo de intervenção artificial, em casos de chances pequenas de cura. Escolhas trágicas, que em regra são praticadas pelos profissionais da saúde, mas que necessitam ser feitas nesse momento histórico de pandemia. Há que ser feito um sopesamento, dentro dos casos concretos, a fim de se averiguar quem possui mais chances de sobrevivência, dentre outros valores, já que uma vida não vale mais que outra.

Deste modo, podemos concluir que as disposições das diretrizes antecipadas de vontade, por meio do testamento vital, visam garantir a dignidade humana do paciente terminal, para que tenha o direito de escolher como se dará o fim de sua vida, se submetendo ou não a tratamentos meramente mantenedores de uma sobrevida, muitas vezes dolorosa e sem expectativa de cura.

III - Do Mandato Duradouro

O mandato duradouro, por sua vez, é a indicação de alguém para que decida, em seu lugar, a respeito de cuidados ou tratamentos não dispostos expressamente no testamento vital. Ou seja, o testamento vital e o mandato duradouro não são opções conflitantes, podendo coexistir, inclusive no mesmo documento.

O direito internacional já conta com a normatização das diretivas antecipadas de vontade, inclusive já existe estudo afirmando que o mandato duradouro é mais utilizado que o testamento vital. Para os profissionais de saúde é mais seguro confiar na decisão de um parente ou pessoa indicada, do que na declaração do convalescente ou doente terminal, uma vez que são os familiares que geralmente ingressam com futuras ações judiciais questionando as decisões médicas. Vejamos:

Alguns dados sobre a experiência norte-americana são úteis para analisar a efetividade desses mecanismos. Estudos afirmam que há pouca adesão ao modelo do testamento vital, sendo mais frequente a lavratura do mandato duradouro; em razão da baixa interação entre médico e paciente, a impossibilidade de previsão sobre o que o paciente desejará diante de um diagnóstico fatal, a dificuldade de transferência de desejos para um documento, assim como a utilização de termos genéricos e o custo para elaboração do documento (DADALTO, 2018). Ainda, pesquisas afirmam que 39,4% dos cidadãos que manifestam sua vontade optam por fazer o testamento vital e o mandato duradouro em um mesmo documento, enquanto 21,3% fazem apenas o mandato duradouro e 6,8% apenas o testamento vital (DADALTO 2013).[4]

O procurador fará escolhas que prevalecerão sobre as da família do convalescente. Como não há regulamentação, não há como saber se é necessário comprovar vínculo de parentesco para a indicação, se o procurador receberia alguma contraprestação ou se incorreria em alguma penalidade, caso descumprisse o encargo.

O instituto é importante, tendo em vista a segurança jurídica que proporciona. O Provimento nº 260/2013 da Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais estabelece a possibilidade de lavratura perante o Tabelionato de Notas, em seu art. 261: "No instrumento público lavrado no Livro de Notas (Livro N) em que for feita a declaração antecipada de vontade, o declarante poderá constituir procuradores para, na eventualidade de não poder expressar sua vontade, administrar seus bens e representá-lo perante médicos e hospitais sobre cuidados e tratamentos a que será submetido, sendo, neste caso, considerados praticados 2 (dois) atos, quais sejam a lavratura de uma escritura pública declaratória e a de uma procuração."

Embora a doutrina não exija a forma pública para as declarações antecipadas de vontade, o documento produzido no Tabelionato de Notas é dotado de fé pública e confere maior segurança jurídica ao ato.

Considerações Finais

As diretrizes antecipadas de vontade são realidade no nosso cotidiano e a tendência é que, cada vez mais, o instituto seja utilizado, tendo em vista a autonomia

que os indivíduos tanto almejam e por se tratar de decisões personalíssimas, que envolvem sofrimento e consequências jurídicas e sociais.

Escolher como será o fim de sua vida, caso aconteça um acidente ou doença que o impossibilite de fazer no futuro, dá tranquilidade aos familiares e segurança jurídica aos médicos, ao executar o testamento vital.

Embora o Conselho Federal de Medicina admita as diretrizes antecipadas de vontade, a necessidade de sua regulamentação por lei é premente. O instituto precisa ser detalhado, detalhando-se suas nuances, como o que pode ou não ser objeto do testamento vital, até que ponto a autonomia da vontade do paciente será respeitada, quem pode ser indicado como procurador no mandato duradouro, dentre diversos questionamentos que permeiam o instituto.

O instituto é de fundamental importância, já que a dignidade humana possui diversos vetores, sendo um deles o direito de viver uma vida digna. A prolongação da vida por meios artificiais e ser submetido a tratamentos sofridos que não possuem chance de cura, muitas vezes, fere o princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Assim, as diretrizes antecipadas de vontade vieram para que o indivíduo possa ter a autonomia de escolher o que é melhor para si, nas situações em que não houver possibilidades de melhora.

REFERÊNCIAS

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Resolução 1805, de 9 de novembro de 2006. **Lex:** Diário do Senado Federal, nº 37, p. 985-992.

_____. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Resolução 1995 de 31 de agosto de 2002. **Lex:** Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1, p.269-270.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 4. ed. São Paulo: Foco, 2018. 176 p.

FABRO, R. E.; MASSAROLI, F. **As diretivas antecipadas de vontade na jurisprudência brasileira**. Seminário de Iniciação Científica e Seminário Integrado de Ensino, Pesquisa e Extensão, 13 set. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257492,51045As+diretivas+antecipadas+de+vontade+na+jurisprudencia+brasileira.>>. Acesso em: 17/12/2019.

NETO, José Antônio Chehuen, et al. Testamento Vital: o que pensam profissionais de saúde?. **Revista Bioética**, LOCAL, vol. 23, n. 3, p. 573, 2015. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0572.pdf>>. Acesso em:

27 maio de 2020.

OLIVEIRA, Eduardo Henrique de, **Diretivas Antecipadas de Vontade**: Uma reflexão sob a metodologia civil - constitucional. Juiz de Fora. 2019. 25 f. Disponível em: <repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/11077/1/eduardohenriquedeoliveira.pdf>. Acesso em 30 maio 2020.

PIRÔPO, Uanderson Silva, et al. Interface do testamento vital com a bioética, atuação profissional e autonomia do paciente. **Revista Salud Pública**, Bogotá, vol. 20, nº 4, jul./ago. 2018.

NOTAS:

[1] DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 4ª Edição. 2018. Editora Foco.

[2] Pirôpo, Uanderson Silva, Damasceno, Rudson Oliveira, Rosa, Randson Souza, Sena, Edite Lago da Silva, Yarid, Sérgio Donha, Boery, Rita Narriman Silva de Oliveira. Interface do testamento vital com a bioética, atuação profissional e autonomia do paciente. Rev. Salud Pública, vol. 20, nº 4, Bogotá, jul./ago. 2018.

[3] CHEHUEN NETO, José Antônio et al. Testamento Vital: o que pensam profissionais de saúde?. In Revista Bioética, vol. 23, n. 3, 2015, p. 573. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0572.pdf>>. Acesso em 27 de maio de 2020.

[4] OLIVEIRA, Eduardo Henrique de, **Diretivas Antecipadas de Vontade**: Uma reflexão sob a metodologia civil constitucional. 2019. Disponível em: <repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/11077/1/eduardohenriquedeoliveira.pdf> Acesso em 30 mai. 2020.

VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO EDITAL E A IMPOSSIBILIDADE DE DESVIOS UNILATERAIS

RAFAEL BEMFEITO MOREIRA:

Advogado. Pós-graduado em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito.

RESUMO: Este artigo busca trabalhar a ideia de vinculação paritária ao instrumento convocatório, bem como sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário quando ultrapassada a barreira legal pela Administração Pública.

Palavras-chave: Ato administrativo; edital; princípio da vinculação ao edital; concurso público.

Abstract: This article seeks to work on the idea of the equal attachment to the summoning instrument, as well as on the possibility of intervention by the Judiciary when the legal barrier is overcome by the Public Administration.

Keywords: Administrative act; notice; principle of binding the notice; Public Tender.

Sumário: Introdução; 1. Da vinculação ao edital; 2. Do Concurso para o cargo de Escrivão da Polícia Civil de Minas Gerais. Exemplificando a violação ao edital; 3 – Da intervenção do Poder Judiciário – O protetor da legalidade; Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

A Administração Pública, por mandamento constitucional, possui critério diferenciado de seleção de pessoal, não se confundindo com a esfera privada. Os servidores que integram a pessoa jurídica pública necessitam, previamente, salvo algumas exceções pontuais, submeter-se a concurso público de provas ou de provas e títulos.

A seleção dos pretendentes é regulamentada por meio de edital expedido pelo Ente Contratante, que definirá as regras aplicáveis ao certame, determinando aos candidatos os deveres, obrigações, direitos, descrição do cargo, remuneração, provas a que serão submetidos, com detalhamento das condições de realização de cada uma delas, critério de análise dos resultados, recurso das decisões proferidas, critérios para ingresso no cargo, e outras exigências e especificidades relacionadas à contratação.

Dito isso, publicado o edital, temos então o norte que orientará o candidato em sua jornada, bem como o ente federal aplicador do exame público de admissão, sendo assente na jurisprudência pátria que o Edital é a lei interna do concurso.

Nessa seara, emerge a figura do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, princípio este essencial ao tema concursos públicos e que deve ser aplicado em estrita convergência aos princípios constitucionais e à lei, sem possibilidade de mitigações arbitrárias e unilaterais pela Administração.

Por tal princípio temos que o edital deve ter suas disposições plenamente atendidas, estando as partes nele envolvidas obrigadas a cumprir os termos ali presentes, de aplicação bilateral, pois é bem verdade que os candidatos não podem se furta às disposições contidas no Edital, mas tal afirmação, igualmente, deve ser aplicada à Administração, lhe competindo a execução de todas as etapas do Concurso Público com fiel observância dos ditames previamente estipulados no instrumento convocatório[1].

1. Da vinculação ao edital

Em tempos pretéritos, na França do antigo regime pré-revolução, em completa arbitrariedade, poderia o rei, por simples ordem direta impor absolutamente tudo aos cidadãos. Inclusive, através de documento intitulado “lettre de cachet”, poderia obrigar uma pessoa a se casar. Poderia ainda prende-la ou coagi-la sem qualquer justificativa, pois seu poder emanava da sua simples vontade.

Os tempos do “Le roi le veut” (o rei assim quer) encerraram. O Estado é gerido por políticos eleitos pelo povo. Vigora, atualmente, a ideia da impessoalidade, da supremacia do interesse público e da estrita obediência à lei.

A arbitrariedade de outros tempos foi afastada, restando ao Administrador uma discricionariedade mitigada e passível de controle em seus aspectos legais.

A gestão deve se dar em prol da coletividade, em atuação plenamente adstrita, vinculando-se o administrador às regras estipuladas.

Nesse ínterim, quando da contratação de pessoal, a Administração, salvo algumas exceções pontuadas pela lei, deve elaborar concursos públicos, estipulando, de acordo com o ordenamento e princípios vigentes, as regras da seleção em edital próprio.

Tais preceitos terão força de aplicação bilateral, vinculando não só os candidatos, mas também a própria Administração, conforme consolidado pelo STF no julgamento abaixo transcrito:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONTROLE JURISDICIONAL. VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO EDITAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, poderá o poder judiciário analisar a compatibilidade entre o conteúdo descrito no edital e as questões apresentadas na prova objeto do certame. II – Agravo regimental improvido. (AI 766710 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-115 DIVULG 15-06-2011 PUBLIC 16-06-2011 EMENT VOL-02545-01 PP-00188)

Assim, em prol da impessoalidade, e objetivando a escolha meritocrática, a Administração vincula-se ao edital e à lei, e consubstanciado qualquer desvio, autoriza-se o candidato buscar sua correção.

O Poder público deve manter-se leal ao edital assim como Thomas More[2] às suas crenças, quando de seu julgamento pelo então Rei Henrique VIII, na Inglaterra.

Quando a Administração divulga um edital, gera expectativa quanto a seu comportamento segundo as regras ali previstas. Aqueles que decidem inscrever e participar do certame depositam confiança no Estado administrador[3]”. O edital de concurso , desde que consentâneo com a lei de regência em sentido formal e material, obriga candidatos e Administração Pública[4].

Neste mesmo sentido manifestou-se o Ministro AYRES BRITTO: “Um edital, uma vez publicado – norma regente, interna, da competição, na linguagem de Hely Lopes Meireles –, gera expectativas nos administrados; expectativas essas que hão de ser honradas pela Administração Pública. Ela também está vinculada aos termos do edital que redigiu e publicou”.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto no Mandado de Segurança nº 31.695, publicado em 10 de abril de 2015, suscitou ainda importante consideração de que a atuação da Administração fora dos termos do edital configuraria verdadeiro comportamento contraditório, ferindo a máxima do “nemo potest venire contra factum próprio”, e conseqüentemente abalando a boa-fé objetiva.

A atuação pública deve estar adstrita a expectativa gerada, além dos princípios e regras existentes, sob pena de transformar-se em temida arbitrariedade, instituto descompassado ao vigente Estado Democrático de Direito.

Suprimida a segurança jurídica, desafinada somente esta corda e escutaremos a dissonância. Quando mascarada a arbitrariedade, o ato mais vil parece, debaixo da máscara, igual ao mais digno[5].

2. Do Concurso para o cargo de Escrivão da Polícia Civil de Minas Gerais. Exemplificando a violação ao edital

Foi elaborado, através da FUMARC, concurso para admissão ao cargo de Escrivão de Polícia I da Polícia Civil do estado de Minas Gerais, objetivando ingresso no Curso de Formação Profissional para o ano de 2019, Edital Nº 02/2018 – PCMG.

No que tange a aplicação do exame psicotécnico, o Estado de Minas Gerais providenciou, por instrumento cabível, o credenciamento das clínicas, nos termos de edital próprio (Edital nº 04/2018), regulamentando os critérios determinantes para celebração do contrato administrativo.

O credenciamento é o meio pelo qual o poder público convoca os interessados em prestar serviços, desde que preenchidos os requisitos estipulados, em observância a Lei de Licitações e princípios que regem a Administração, de forma a impedir beneficiamentos e interferências prejudiciais.

Em razão do procedimento supramencionado, sagraram-se classificadas as seguintes clínicas, devidamente credenciadas à aplicação do exame através da portaria nº 162/DRS/ACADEPOL/PCMG/2018 c/c Portaria nº 037/DRS/ACADEPOL/PCMG/2019: 1) CLINESP – Clínica Especializada Ltda; 2) MEDWORK Serviços Médicos e Psicológicos Ltda; 3) SERCON – Sociedade Profissional de Saúde Ocupacional e Psicologia Empresarial; 4) DOCTOR Recursos Humanos Ltda; 5) PERFIL Ocupacional Ltda; 6) PERSPECTIVA Assessoria de recursos Humanos Ltda; 7) ÓTIMA Ocupacional Ltda; 8) APTA – Avaliação Psicológica, treinamento e Aperfeiçoamento Ltda.

No mês de novembro de 2018, quando da homologação do credenciamento, foram as clínicas submetidas a vistoria técnica, com fito de verificar o atendimento aos preceitos editalícios, sendo então atribuídos pontos em quesitos predeterminados, resultando em classificação geral, divulgada através de portaria em data de 31 de outubro de 2018 (portaria 156/DRS/ACADEPOL/PCMG/2018):

CLÍNICA	PONTOS
---------	--------

CLINESP (1º)	36
MEDWORK (2º)	35
SERCON (2º)	35
DOCTOR (4º)	34
PERFIL (4º)	34
PERSPECTIVA (4º)	34
ÓTIMA (7º)	30
APTA (8º)	27

O edital de credenciamento, em seu item 4.7.1.3 disciplinava as especificidades exigidas para as salas de aplicações dos testes, mencionado que tais locais não deveriam permitir ruídos externos, vejamos:

4.7.1.3 Salas de aplicação dos testes iluminadas, ventiladas, com acessibilidade, sem ruídos e/ou interferências etc., conforme as normas do Conselho Federal de Psicologia, e dos Manuais de testes psicológicos.

Quando da vistoria técnica as clínicas MEDWORK, ÓTIMA, PERFIL e PERSPECTIVA, obtiveram nota 2, o que significava que ofertavam pouco isolamento acústico "médio barulho", contrariando portanto o item 4.7.1.3 supracitado.

A despeito da notória violação ao edital, atestada pela própria organização do certame, foram elas credenciadas aos concursos para Delegado Civil e Escrivão da Polícia Civil de Minas Gerais, acarretando grave ofensa à legislação e aos princípios aplicáveis, já que foram habilitadas clínicas inaptas aos termos eleitos.

O aspecto da legalidade da avaliação psicológica cumpre-se com a sua previsão em lei em sentido formal, podendo a pormenorização disso, vale dizer, a descrição do seu "modus operandi" e dos seus critérios, ser feita em ato infralegal, como o edital do certame[6].

Nesse íterim, apesar de determinados os requisitos mínimos para o credenciamento, estes não foram observados, sendo permitida a avaliação dos candidatos por clínicas que não atenderam aos requisitos mínimos estipulados no edital.

Neste caso concreto, atuou a Administração de forma contraditória, na medida em que expressamente descumpriu regra a qual estava vinculada, transgredindo o

dever de confiança depositado pelos candidatos, e conseqüentemente ferindo a legalidade.

Aquele que negligencia não tem o direito de cobrar do outro o cumprimento, falta-lhe legitimidade. A aplicação do edital deve se dar nos termos do ali exposto, sem possibilidade do Estado desviar-se das regras que se comprometeu perante o cidadão.

3. Da intervenção do Poder Judiciário – O protetor da legalidade

O Estado, para que seja reconhecido como de Direito, tem por um de seus elementos a responsabilidade do governante. Antigamente o poder estava concentrado em uma única pessoa, normalmente o rei, que em regime monárquico guiava a nação arbitrariamente, sem espaço para questionamentos acerca das decisões por ele proferidas, pois seu poder emanava da divindade e hereditariedade.

Tal forma de governo, com o passar dos anos foi esvaindo-se, enfraquecendo, pois o povo já não sustentava influências imedidas e baseadas em intempéries casuais do detentor do poder. O racionalismo começava a quebrar correntes e revoltas surgiam.

O Estado deveria ser justo e a justiça pautava-se em uma melhor distribuição do poder. A revolução Gloriosa foi o grande marco do enfraquecimento da monarquia e do início da responsabilização do governante, pois o Estado não poderia ser a voz de um, este é a voz do povo, devendo ser gerido de forma impessoal, pautando seus atos na lei, prestigiando-se a segurança jurídica.

Em 1610, renomado advogado e jurista, na oportunidade alçado ao cargo mais prestigioso da Justiça Inglesa, Sir. Edward Coke, atuou em relevante processo conhecido como Dr. Bonham's Case. "Nele, Coke fornece as bases para que o Poder Judiciário possa questionar e examinar os atos do Poder Executivo. Trata-se da origem do Judicial Review, ou seja, o conceito, fundamental ao Estado Moderno, de que os atos do Executivo se encontram sujeitos ao exame do Judiciário, tudo a fim de garantir a estabilidade[7]".

Thomas Bonham, embora graduado em medicina pelas imponentes universidades de Cambridge e de Oxford, não obteve licença para exercer a profissão nos termos em que exigido por decreto real da época.

Apesar disso, inconformado com sua não aceitação e com os motivos apresentados, passou a clinicar, razão pela qual teve contra si iniciado processo administrativo, que seria julgado pelo Colégio dos Médicos, órgão público que

ocupava a função de acusador e julgador de quem praticasse a medicina, conforme decreto real de 1553.

Ao mesmo tempo, Bonham levou o caso para o Judiciário, incumbindo à Coke analisa-lo. O nobre jurista entendeu que, embora houvesse ordem real dando ao Colégio de Médicos o poder de julgar, a situação era esdrúxula, contrária à razão e ao direito comum. Com isso reviu a regra determinada pelo Poder Executivo a fim de dar ganho de causa ao Dr. Bonham.

Ali tínhamos o Poder Judiciário declarando nula uma regra editada pelo Poder Executivo, por esta estar ferindo a ordem justa, sendo, portanto, declarada sua nulidade frente ao ordenamento comum.

Tal fato acabou por ter grande repercussão na Inglaterra, levando o rei Jaime I a confrontar os juízes da época, que no seu modo de pensar deveriam estar a ele submissos. Coke o enfrenta, pautando-se no princípio de que o rei é também um súdito da lei, e que o juiz deve buscar ser sempre justo e honesto quando do exercício de seu dever, estando desvinculado de qualquer ente autoritário.

Posteriormente, as derivações fáticas de tal evento foram ainda superiores, levando o Rei Carlos I, sucessor do rei Jaime I, a dissolver o parlamento britânico, visto os movimentos iniciados, pelo agora opositor Coke, em prol da limitação do poder real.

Tem início em 1642 uma guerra civil, liderada por Oliver Crownwel, um dos mais controvertidos personagens da história inglesa. De um lado, a maioria do Parlamento; do outro, o rei e seus seguidores. O rei Carlos I acabou derrotado e executado, o que se tornou o gatilho para a Revolução Gloriosa.

Nesta época afirmou John Locke que a ordem do príncipe apenas tem valor se estiver conforme a lei. O abuso começa onde a lei acaba.

Tal pensamento pode ser adaptado aos atos administrativos vigentes e despregados do ordenamento e do instrumento convocatório. Ao Executivo permite-se a edição dos atos, mas sempre em respeito ao teor da lei. E editados os atos não pode posteriormente atuar contra ou além do que determinou, pois a ele também está vinculado, sob pena de abuso.

A arbitrariedade tem início a partir do rompimento unilateral estatal. O príncipe (Estado) há de ser um súdito da lei. O ato prolatado tem efeito amplo obrigando aquele a quem é dirigido, bem como o seu editor.

Todas as ordens vigentes para se manterem justas devem ter contrapontos, possibilitando serem contrabalanceadas por outras, em prol de um equilíbrio consensual pleno, evitando-se excessos e abusos de poder.

Os Estados Unidos da América quando da revolução gloriosa ainda eram governados pelos ingleses em sistema colonial. Os ruídos libertadores do novo idealismo trataram de rumar ao Novo Mundo, que através de renomados juristas como John Adams, Thomas Paine, Benjamim Franklin, George Washington, Thomas Jefferson, dentre outros, os transformaram em realidade, e devido às arbitrariedades cometidas pelos colonizadores trataram de elaborar um plano de independência, bem como a forma em que este novo governo seria regido.

Os Estados Unidos da América foram a primeira república moderna e podem ser definidos como a democracia mais estável da história da civilização. A Constituição publicada em julho de 1788 teve suas bases tão bem solidificadas que rege o país até os dias atuais, o que é uma rara exceção, visto que dois terços das constituições mundiais foram adotadas ou substancialmente revistas após 1970.

No início, quando de sua elaboração, a Carta Política americana possuía sete artigos. Atualmente é dotada de 26 emendas, sendo que dez delas foram elaboradas pelo primeiro Congresso dos Estados Unidos em 1789.

No mandato do terceiro presidente americano, Thomas Jefferson, que comandou os Estados Unidos de 1801 a 1809, foi dado outro grande passo no fortalecimento da democracia.

John Adams, presidente que antecedeu Thomas Jefferson, ciente da derrota nas eleições e antes de sair do cargo, acabou por aprovar no Congresso uma lei em que, dentre outras regras, "aumentava o número de distritos e de juízes, além de dar ao presidente o poder de nomear juízes de paz. Poucos dias antes de deixar a presidência, Adams indicou alguns juízes pra cargos federais, entre eles William Marbury, designado juiz de paz em Colúmbia[8]".

O novo secretário de Estado, indicado por Thomas Jefferson, assim que assumiu o secretariado, negou-se a dar posse a Marbury. Este último, acreditando ser ilegal o ato do Estado de lhe negar a emissão dos documentos que lhe garantiam ingressar no cargo, ajuizou ação perante a Suprema Corte americana. "O célebre caso ficou conhecido como *Marbury vs. Madison*".

Um dos temas debatidos foi de grande complexidade: Marbury poderia recorrer ao Judiciário em face de um ato editado pelo Poder Executivo? Consolidou-se no

juízo que plenamente possível, pois toda violação de direito deve ser examinada, ainda que essa violação tenha partido do Estado.

A partir do julgamento deste caso, definiu-se o conceito do judicial review, segundo o qual o Poder Judiciário tinha competência para analisar e rever os atos dos demais poderes. Pertence ao Judiciário a última palavra acerca da legalidade dos atos, pois é o maior guardião das garantias fundamentais dos cidadãos.

Um poder, para ser harmônico, deve ser por outro restringido quando atuar fora de seus percalços institucionais. Essa possibilidade de revisão nada mais é do que o sistema de freios e contrapesos idealizado para harmonizar a existência dos três poderes instituídos: Judiciário, Executivo e Legislativo.

O Poder Judiciário deve cumprir seu papel de freio constitucional aos avanços ilegais da Administração, em prol da segurança jurídica, Sendo assim, extrapolados os ditames principiológicos e legais ou o próprio edital, emerge a figura do Julgador, protetor do cidadão frente aos abusos estatais.

Aquele que promulgou as regras também não pode desrespeita-las, sob pena de não estarmos regidos por um Estado de Direito. O Estado deve obediência aos atos que ele editou e qualquer desvio disso deve ser combatido através do Poder Judiciário, órgão protetor da lei.

As regras dispostas aos concursos públicos são de aplicação bilateral, pois é bem verdade que os candidatos não podem se furtar às suas disposições, mas tal afirmação, igualmente, deve ser aplicada à Administração, lhe competindo a execução de todas as etapas do certame com fiel observância dos ditames previamente estipulados no instrumento convocatório[9].

Verificada a infringência à formalidade imposta pela própria Administração em flagrante desatenção às disposições expressas no Edital, de rigor, a intervenção judicial para se restabelecer a observância aos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

Agir fora dos ditames estipulados afronta a segurança jurídica, pois desestabilizado estará o ordenamento quando o Ente editor das normas não está disposto a cumpri-las. O ordenamento perderia a força e a cogência dele esperadas.

O tema da segurança jurídica é pedra angular do estado de direito sob a forma de proteção da confiança.

É o que destaca Karl Larenz, in verbis: “O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica[10]”.

E mais, não há que se falar em ofensa ao artigo 2º da Constituição Federal. O STF tem decidido que o controle jurisdicional do ato administrativo considerado ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos Poderes, sendo permitido, inclusive, ao Judiciário sindicarem os aspectos relacionados à proporcionalidade e à razoabilidade. (RE 1103448 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 22-10-2019 PUBLIC 23-10-2019).

Conclusão

Ante o exposto concluímos que a Administração, quando da elaboração do certame, está vinculada à lei e às regras por ela estipuladas no edital. Atuando além do caminho traçado pelas normas regentes estará configurada a arbitrariedade, danificando a segurança jurídica, os princípios constituídos e o ordenamento, cabendo ao Poder Judiciário a correção da ilegalidade, baseado no sistema de freios e contrapesos, instituído a partir de longo processo evolutivo institucional.

Referência Bibliográfica

1 - O edital de credenciamento pode ser consultado através do link: <http://www.fumarc.com.br/imgDB/concursos/Edital%20Credenciamento%2011.10.2018-20181016-103516.pdf>;

2 – Demais informações do concurso estão disponíveis em: <http://www.fumarc.com.br/concursos/detalhe/cargo-para-escrivao-de-policial-civil/121>;

3 – Neves, José Roberto de Castro, Como os advogados salvaram o mundo, 1ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

NOTAS:

[1] (STJ - EDcl no AgRg no REsp: 1285589 CE 2011/0239774-5, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 11/06/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2013)

[2] Thomas More foi um dos ingleses mais brilhantes. Em razão de suas crenças e entendimentos negou-se a jurar submissão ao Decreto de Sucessão, que buscava validar a anulação do casamento do Rei Henrique VIII com Catarina de Aragão para que este pudesse contrair novas núpcias com Ana Bolena. Em seu julgamento, em 1.535, invocou, além de outras leis, a Magna Carta, informando que o ato do Parlamento violava o sistema legal, além disso, mostrou-se contrário à nova posição da então majestade em relação à Igreja. O ordenamento não poderia ser violado em razão de interesses imediatos do Rei e caberia a Igreja cuidar dos assuntos religiosos. Acabou indo a julgamento e por manter-se firme em suas crenças foi condenado à morte em um julgamento extremamente parcial.

[3] (MS 33455, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 01-02-2016 PUBLIC 02-02-2016).

[4] (RE 480.129/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO)

[5] Trecho do discurso do personagem Ulisses, diante da tenda de Agamenon, líder dos gregos, na peça "The Tragedy of Troilus and Créssida", de Shakespeare. No original, o personagem utiliza a expressão "hierarquia", no lugar de "segurança jurídica".

[6] (RMS 53.857/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 15/09/2017)

[7] Neves, José Roberto de Castro, Como os advogados salvaram o mundo, 1ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018 – Pag. 130.

[8] Neves, José Roberto de Castro, Como os advogados salvaram o mundo, 1ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018 – Pag. 183.

[9] (STJ - EDcl no AgRg no REsp: 1285589 CE 2011/0239774-5, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 11/06/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2013)

[10] Derecho Justo Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91.

TEORIA DO QUEEN FOR A DAY E PROVAS ILÍCITAS

LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO

HENRIQUE DA SILVA JUNIOR:

Advocacia Criminal & Consultoria Jurídica.

Sabe-se que a Lei 13.964/19 trouxe ao ordenamento jurídico penal e processual diversos dispositivos acobertados sob o manto do “combate a criminalidade” – conclusão que se infere do título “pacote anti-crime”, e não da eficácia das modificações -, ao mesmo tempo em que trouxe aplaudidas inovações para o fortalecimento do sistema acusatório e a consolidação do Estado Democrático de Direito, consolidando uma sopa de letras de idiomas diferentes.

Neste contexto, prudentes alterações foram efetivadas no âmbito da colaboração premiada, importante instituto processual voltado para a instrução probatória de processos complexos, regulado pela Lei nº 12.850/13, em que a condenação dos envolvidos só se torna possível, em realidade, por meio da concessão voluntária de insumos materiais probatórios por parte dos delatores, levando às autoridades públicas o conhecimento acerca da estrutura e funcionamento da organização criminosa.

Desta forma, de acordo com a cátedra de Guilherme de Souza Nucci:

Colaborar significa prestar auxílio, cooperar, contribuir; associando-se ao termo premiada, que representa vantagem ou recompensa, extrai-se o significado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a concorrência de outro (s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal, no tocante a materialidade ou à autoria. [i]

Entretanto, no âmbito da colaboração premiada, é necessário debruçarmos no ponto de inflexão das “tratativas pré-colaborativas”, qual seja: a própria prestação das informações, ou a “qualidade” inerente a essas informações e eficácia que a estas é atribuída para, de fato, colaborar com a elucidação das imputações acusatórias, atingindo os fins propostos pela persecução criminal.

Deste modo, considerando que, como qualquer acordo em âmbito social, há a fase de efetivação do “contrato” – aqui compreendida como a assinatura do acordo de colaboração e a posterior homologação pelo Juízo competente – e a fase prévia, em que os interessados – comumente autoridade pública e particular – ensaiam as

tratativas preliminares para constatar a existência de interesses mútuos, aptos a beneficiar ambas as partes.

Nesta conjuntura, a revelação de informações por parte do particular – entendido como a pessoa despida do *múnus público* – à autoridade pública é elemento imprescindível para que este último analise o interesse na pactuação do “contrato”, acordando prestações recíprocas consubstanciadas na contraprestação de abrandamentos em eventual pena a ser imposta pelo Juízo.

Deste modo, entregues os elementos informativos para o Ministério Público e homologado o acordo colaborativo, iniciam-se as demais etapas persecutórias – caso o acordo tenha sido pactuado antes da decisão condenatória de primeiro grau.

Em relação as provas obtidas por meio das declarações fornecidas pelo réu colaborar, importante mencionar apontamentos de Guilherme Nucci, no sentido de que “(...) é inviável lastrear a condenação de alguém baseado unicamente numa delação. É fundamental que esteja acompanhada de outras provas, nos mesmos moldes em que se considera o valor da confissão”.^[ii]

Todavia, voltando às considerações anteriores em torno das “fases” do acordo de colaboração premiada, merece atenção o fato de que, apesar do acusado-interessado ter necessidade de entregar informações suficientes para despertar o interesse do órgão acusatório no acordo, é possível que isto não se concretize e o “contrato” não seja celebrado, encerrando as tratativas, ante a ausência de obrigatoriedade na aceitação do acordo por qualquer das partes.

Entretanto, de acordo com Lavoisier: “Na natureza nada se cria, nada se perde, tudo se transforma”.

Considerando isto, qual o destino cognitivo das informações prestadas ao representante do Ministério Público? - tendo em mente que no mais das vezes revela-se a existência de terceiros partícipes e documentos que comprovam as alegações, dificultando as conversas interlocutórias, visto que estas podem revelar a existência de provas que prejudiquem o interessado.

Com vistas a mitigar a insegurança contida nas etapas anteriores à homologação do acordo de colaboração surgiu a Teoria do *Queen for a Day*, oriunda do direito norte-americano, de acordo com a qual as informações entregues nos momentos preliminares a efetivação dos acordos de colaboração possuem uma espécie de “confidencialidade”, razão pela qual não podem ser utilizadas posteriormente pelo órgão acusatório.

À vista disto, a Lei nº 13.964/19 inseriu o Art. 3º-B na Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13), positivando o exposto na teoria, *in verbis*:

Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

De acordo com a redação do dispositivo que positivou o *Queen for a Day*, o marco de confidencialidade das informações obtidas é marcado pelo recebimento da proposta, protegendo o réu-interessado de eventual não aceitação do acordo ou não homologação por parte do magistrado, notando-se que a boa-fé processual e violação do sigilo são elementos edificadores da confidencialidade.

Portanto, está claro o dever de lealdade das partes processuais, configurando uma “regra do jogo” processual, válida para ambas as partes, visto que não guardam qualquer relação de hierarquia entre si, digladiando-se na arena persecutória sob a visão crítica de um órgão/entidade julgadora (*actum trium personarum*).

Pode-se observar, portanto, que a utilização das provas obtidas em violação ao marco de confidencialidade imposto pelo Art. 3º-B ocasionaria a ilicitude probatória destas e de todas as que dela derivarem, por expressa disposição legal do Art. 157 do Código de Processo Penal, visto que a violação de sigilo e quebra da confiança e boa-fé/lealdade processual constituem-se em postulados normativos que maculam a matéria decorrente da sua violação.

Entretanto, uma possibilidade fática a ser considerada no “jogo processual” é a utilização das informações preliminares, cuja manipulação é inviolável, para formular a requisição de diligências que possam vir a descortinar as provas não alcançadas em eventual acordo de colaboração.

Queremos dizer: Caso o Ministério Público obtenha, em conversa preliminar no âmbito das tratativas do acordo de colaboração, a informação de que o réu-interessado possui documentos escondidos em seu escritório que possam comprovar a prática dos crimes descritos na denúncia, e utilize esta informação para – sem exteriorizar que este é o fundamento da requisição – basear um pedido de busca e apreensão de documentos no escritório do acusado, eventual prova alcançada pela busca poderá ser considerada prova ilícita?

Podemos notar que a conduta descrita no parágrafo anterior estampa a lavagem de provas, conhecida prática descoberta na operação lava-jato, por meio da qual o órgão acusatório teria utilizado a requisição de diligências para justificar a descoberta de provas ilícitas.[iii]

Nada obstante, a teoria da fonte independente poderia ser, a priori, fundamento de legitimação da prova ilícita nas circunstâncias descritas quando da apreciação pelo Juízo, bastando que o órgão ministerial comprove a desvinculação causal da prova ilicitamente obtida.

Apesar da riqueza doutrinária da mencionada teoria, esta ainda se mostra nefasta para os postulados que norteiam – ou deveriam nortear – a prática processual. Neste sentido, Aury Lopes Jr:

Contudo, e aqui se revela o problema da teoria da fonte independente, “se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

Como construção teórica, **a tese da fonte independente** (e também do encontro inevitável) é bastante clara e lógica, mas **revela-se perversa quando depende da casuística e da subjetividade do julgador, na medida em que recorre a conceitos vagos e imprecisos (como o é a própria discussão em torno do nexa causal) que geram um espaço impróprio para a discricionariedade judicial.**[iv] (grifo nosso)

À vista do exposto, pode-se constatar a imprecisão do dispositivo que instituiu o marco de confidencialidade no acordo de colaboração premiada, apesar de aparentar precisão prática.

Desta forma, numa análise sistêmica com todo o ordenamento processual penal pátrio, a confidencialidade que contaminaria as provas decorrentes da violação do sigilo das comunicações anteriores a homologação do acordo poderia ser afastada ante a redação intrincada e obscura dos dispositivos processuais aliada à aplicação de teorias estrangeiras pelas Cortes nacionais.

Cabe indagar, portanto, se o *Queen for a Day* caracteriza-se por ser uma postura apta a mitigar pontuais dificuldades de determinado instituto processual, mas prejudicada pelas diversas lacunas e impropriedades legislativas e jurisprudenciais inerentes ao complexo e irresoluto ordenamento pátrio.

NOTAS:

[i] NUCCI. Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2017. Pag.57

[ii] NUCCI. Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2017. Pag.58.

[iii] CONJUR. ROVER, Tadeu. Mensagens confirmam "lavagem de provas" por procuradores da "lava jato". Acesso em 14 jun 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-27/mensagens-confirmam-lavagem-provas-mp-lava-jato>

[iv] LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2020. Pag. 448

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RELIGIOSA

THIAGO DOS SANTOS DIAS: Advogado e professor, graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2014). Especialista em Direito Ambiental, Direito Constitucional e Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Tem experiência na área de Direito Público, especialmente Direito Internacional Público e Direito Constitucional. É autor do livro "O G-4 e a Reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas: o Brasil na ONU".

RESUMO: Esta dissertação tem por objetivo geral estudar e questionar as razões e origem da imunidade tributária religiosa nos sistemas jurídicos ocidentais e como tal direito reconhecido como fundamental ainda se mantém em diversos ordenamentos jurídicos como o brasileiro ou o de países europeus. Seria a imunidade tributária religiosa uma proteção e garantia ao cidadão e às instituições religiosas ante o Estado ou um privilégio concedido por este com vistas a disfarçar uma laicidade proclamada ou escolher as instituições que possam se aliar ao governante, em um reflexo histórico da união Estado-Igreja ou, ainda mais antigo, Estado-Religião. Em breves palavras, após examinarmos os referenciais históricos e a bibliografia jurídica disponível, ademais das evidentes obras históricas necessárias à fundamentação do trabalho, concluiu-se pela advertência da necessidade de manutenção da imunidade tributária, afastando quaisquer hipóteses de incidência, não se ignorando ou deixando de coibir excessos, sob pena de perseguição a grupos específicos ou a formação de aparatos institucionais-religiosos não democráticos.

Palavras-chave: Imunidade tributária religiosa. Tributos. Religião. Direito Tributário.

ABSTRACT: This dissertation has the general objective of studying and questioning the reasons and origin of religious tax exemption in western legal systems and how such a right recognized as fundamental still remains in several legal systems such as Brazil or European countries. Would religious tax exemption be a protection and guarantee to citizens and religious institutions before the State, or would it be a privilege granted by it with a view to disguising a proclaimed secularism or choosing institutions that can ally with the ruler, in a historical reflection of the State-Church union or, even older, State-Religion system. In a nutshell, after examining the historical references and the available legal bibliography, in addition to the evident historical works necessary to substantiate the work, we concluded by warning of the need to maintain tax exemption, ruling out any hypothesis of incidence, not ignoring or leaving to restrain excesses, under penalty of persecution of specific groups or the formation of non-democratic institutional-religious apparatuses.

Keywords: Religious Tax Exemption. Taxes. Religion. Tax Law.

Sumário: Introdução. 1. Desenvolvimento. 1.1. Conceito. 1.2. Constituição e Imunidade. 1.3. Imunidade Tributária Religiosa.

Introdução

Este brevíssimo artigo científico é resultado de um trabalho mais amplo sobre o desenvolvimento dos direitos humanos e o papel das instituições religiosas após a queda do Império Romano, o resgate dos valores e do trabalho desenvolvido pelos filósofos gregos e, posteriormente, como a Reforma Protestante apresentou resultados diversos ao esperado, não se resumindo apenas aos temas teológicos tratados por Martinho Lutero, mas como uma permissão à liberdade de pensamento e o início do Iluminismo por outros meios.

Entretanto, durante a pesquisa, necessitou-se buscar bases mais sólidas para a questão do respeito às leis e ao desenvolvimento constitucional, desde a Carta Magna de 1215, que já incluía o cerne da imunidade tributária religiosa ao assegurar a proteção aos bispos contra as inventivas do monarca, tendo resultado numa nova pesquisa, o que levou ao estudo das bases do Direito Tributário Constitucional, qual seja, um Direito Tributário em que os direitos fundamentais são sua base de existência, validade e eficácia e a preocupação com os direitos dos contribuintes está assegurada, em texto positivado.

As Constituições brasileiras trataram do assunto de forma semelhante durante a história constitucional do país, em que pese a ausência do direito público subjetivo na Constituição Imperial de 1824, simbólico dado que o Estado imperial brasileiro daquele quartel temporal ser um Estado de fé religiosa, católico romano, vedando a prática pública de outros credos. Em evolução oposta, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi clara, solene, objetiva e propositiva ao explicitar o Princípio da Imunidade Tributária, na espécie religiosa, em relação às instituições religiosas, situações ou bens definidos de forma específica pela Carta Magna.

A pesquisa se apoiou em breve pesquisa bibliográfica de constitucionalistas e tributaristas como Roque Antonio Carrazza, Regina Helena Costa, Luciano Amaro, Paulo de Barros Carvalho e Ives Gandra da Silva Martins, buscando clarear o tema e contribuir para uma síntese da ciência tributária neste tema frequentemente levantado pela sociedade civil.

1. Desenvolvimento

1.1. Conceito

O Princípio da Imunidade Tributária sob a esfera religiosa assegura que a União, os Estados e os Municípios, que tem a competência de tributar, não poderão exigir ou aumentar impostos dos templos de qualquer culto, tornando-se mandamento constitucional, sacralizado em texto hierárquico superior. Tamanha vedação impõe limites à capacidade dos entes federados em tributar os que estão amparados pela imunidade (AMARO, 2009).

A imunidade é bastante diversa da não-incidência ou isenção, havendo que inicialmente se diferenciar os institutos tributários, posteriormente se concentrar no tema em si proposto e verificar se o impedimento de o Estado exercer sua competência de tributar igrejas se estende aos tributos em geral ou aos impostos. E, por fim, a questão de justiça tributária e se há um privilégio ou uma proteção às instituições religiosas.

Esta pesquisa que intenciona resumir extensa discussão sobre a imunidade tributária religiosa e sua natureza necessita, em seus pilares, conceituar imunidade e a diferenciar dos conceitos de não-incidência e isenção, conforme o que ensina a Constituição Federal e explica o magistério dos doutrinadores.

Em síntese, isenção seria a exclusão feita pela legislação infraconstitucional de parcela da hipótese de incidência tributária, sendo a isenção um fragmento parcial que a lei retira das hipóteses de incidência da regra de tributação. De outro lado, habita a descrição cuja natureza não se encontra na lei, da sua ausência, aliás, provém sua natureza, qual seja, a não-incidência, que nada mais é que não incide tributação pois não se uma visualiza ou descreve qualquer hipótese de incidência, se estiver descrita em regra jurídica, tratar-se-á de não incidência tributária juridicamente qualificada, já quando há a mera omissão legal, a doutrina descreve como não-incidência simples.[1]

Em supremacia de importância, porém, aparece a Imunidade Tributária, a que o Professor Roque Carraza define:

“Um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes para onerar, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações.”[2] (Grifo nosso).

Em bons termos, nada mais é que uma limitação constitucional ao poder de tributar, ou seja, uma vedação criada pela Constituição à incidência da norma jurídica

de tributação, assim a Constituição exprime o alcance e natureza de um tributo, muitas vezes limitando o poder de tributar. Esta limitação não é destinada ao sujeito passivo, o contribuinte, mas pelo contrário, ao Estado, que deve ser limitado sob pena de se tornar o Leviatã.

A imunidade tributária não passa de uma exclusão proveniente da descrição do alcance constitucional do tributo. Não raro a Constituição poderá excluir da incidência determinado objeto ou sujeito da sua regular incidência, manifestando-se como exceção à regra constitucionalmente qualificada prevista entre as hipóteses de alcance do tributo.

A diferença entre isenção e imunidade se dá *ictu oculi* porque a primeira está em norma infraconstitucional, enquanto a segunda está manifestada na Constituição, em que pesem eventuais equívocos no texto constitucional como a previsão no artigo 195, § 7º, cuja redação usa o termo isento, sendo que, como apreendido, deveria estar redigido como imune pois se trata de não-incidência constitucionalmente qualificada.

1.2. Constituição e Imunidade

Nas lições do Professor Roque Carrazza, a maior legislação tributária do nosso ordenamento é, indubitavelmente, a Constituição[3], e não o Código Tributário Nacional (CTN) ou qualquer lei complementar que lhe substitua, pois nada há que superar a Carta Magna, aliás, esta cuja história para o Direito Tributário remonta aos idos de 1215 com a *Magna Charta Libertatum*, em que a imposição dos lordes sobre o rei João Sem Terra se fez com a assinatura de documento que limitava o alcance do poder real. Não há como conhecer verdadeiramente um país em sua estrutura orgânico-jurídica sem passar pela leitura constitucional, ao menos quando falamos no desenvolvimento constitucional posterior aos anos 1940[4].

O Direito Tributário, altamente vinculado ao Direito Constitucional, conjunto do Direito Público por primazia, trata de liberdades e limitações e dispõe não apenas sobre liberdade, mas também igualdade e fraternidade, assegurando direitos e garantias e impondo atos positivos como o dever de prover o Estado de recursos, além de qual papel o Estado pode assumir perante todos, o que decorre de uma história constitucional que nos organiza no Ocidente desde a era pré-cristã, passando pela Magna Carta inglesa ou na evolução de um Direito de cunho menos estatal ou mais humanitário após as Revoluções Americana e Francesa. O que, sob o estudo das dimensões ou gerações[5], os direitos fundamentais se evidenciaram através de clamores por liberdade, reunidos aos direitos de igualdade e, posteriormente, os

direitos de fraternidade foram também reconhecidos como verdadeiras dimensões para a necessária saúde do Estado e de seus súditos.

Portanto, no Brasil, não há como realizar um estudo do direito, mais especialmente do Direito Tributário, sem uma acurada visão e crítica acerca da Constituição, já que não somente o texto constitucional é a fonte de onde emanam todas as regras e instituições do Estado, sendo a gênese deste, regulando e expondo diretrizes acerca da relação entre os Poderes Constituídos e sua relação com seus súditos modernos, os cidadãos e todos os que estejam dentro do território nacional, independente de nacionalidade e da capacidade dos exercícios do direito, à luz do artigo 5º.

Quanto ao tema aqui em estudo, a Constituição brasileira, demonstrou-se profícua, o que também reassegura a conexão entre o Código Tributário Nacional de duas décadas antes e se comprova pela coordenação de princípios e dispositivos que guiam a ação estatal de exigir tributos, como bem expõe Ives Gandra:

“O certo é que, entendo eu, garantias e direitos expostos no art. 150 e em outros dispositivos da Lei Suprema estão alargados pelo Código Tributário Nacional, no que diz respeito a princípios como são os da 'benigna amplianda', da retroatividade premiai, da integração analógica a favor do sujeito passivo, do 'in dubio pro reo'. Parece -me, pois, que não só a Constituição assegura garantias e direitos ao contribuinte, estes imutáveis, enquanto não modificável a ordem constitucional, como outras garantias e direitos podem ser introduzidos, inclusive nas ordens constitucionais inferiores, a que não é lícito retirar direitos supremos, mas a que é lícito acrescentar elenco maior de proteção. O discurso inicial do art. 150 cuida, pois, exclusivamente, de parcela importante de garantias, mas não de todas elas. Até porque, na busca da proteção jurídica, a Constituição deve voltar-se sempre à proteção da sociedade contra o excesso de poder do Estado.” (O sistema tributário na Constituição, 6ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 254).” (Grifo nosso).

Sendo assim, no Brasil, a União, estados, municípios e o Distrito Federal devem seguir à risca a previsão do texto constitucional como manual de deveres, limites e vedações, preservando, entre todos os princípios, a liberdade e a propriedade, e

ressalvando uma igualdade no momento de tributar e reparando desigualdades através da fraternidade em distribuir tais recursos ou mesmo de onerar.

A Constituição da República em 1988 o fez de forma bastante coordenada ao impor competências e princípios tributários, atribuindo, dando competência, às pessoas políticas a capacidade de criar ou eliminar tributos, descrevendo a norma jurídica tributária e seu alcance, tal fenômeno de poder é concedido pela Carta Política somente às pessoas políticas. Ademais, a Constituição descreveu todos os tributos e suas espécies, bem como a possibilidade rara e restrita de criação de outro imposto que não esteja previsto na Carta Política, o chamado Imposto Residual, de competência exclusiva da União Federal.

Dentro deste escopo de competência é que habita a delimitação da competência tributaria ao conjunto principiológico que resulta na imunização de sujeitos e objetos por previsão constitucional recaindo sobre certas pessoas, bens e situações.[6] Conforme já tratado, há casos de não incidência, isenção e imunidade, ou seja, uma não-incidência constitucionalmente prevista, bem como é manifestado na Constituição a necessidade de lei complementar em determinados casos para que seja autorizada a atividade vinculada plena de competência tributária, i.e. o empréstimo compulsório - artigo 148 da Constituição Federal – caso o Congresso Nacional exerça sua competência tributária e aprove lei complementar criando tal espécie tributária.

Todavia, há um rol de imunidades que abarca sujeitos e objetos que não poderão sofrer o peso do Estado no seu ato de tributar, os protegendo com vedações, imunizando-os, ao que se convencionou de imunidade tributária, que, aliás, deverá ser interpretada hermeneuticamente com a interpretação mais ampla ou extensiva, dada a ciência própria da hermenêutica, o que orienta um comportamento de *in dubio pro imunitate*, assim como ocorre no Direito Penal, todavia assistimos abusos neste ou naquele ensinamento.

1.3. Imunidade Religiosa

Como objetiva este artigo, tratemos acerca da imunidade religiosa, prevista sobre instituições de cunho religioso, atingindo seus sujeitos e seus objetos, conforme contempla o artigo 150, inciso VI, b, da Carta Republicana de 1988, ao transformar em mandamento que são imunes à tributação por meio de impostos o patrimônio, a renda, e os serviços dos templos de qualquer culto.

Como afirma a doutrina, está a imunidade tributária religiosa em fenômeno conectivo implícito com a liberdade religiosa, resultado de guerras e combates durante a história da humanidade a oeste ou a leste de Suez[7], ou seja, tema

universal que demonstra a unidade humana pela busca por uma compreensão do divino e o desejo de vivenciar práticas de fé condizentes com suas crenças[8]. Associar liberdade religiosa à imunidade tributária pode se assemelhar a estelionato argumentativo, diriam alguns, todavia, é impossível de ignorar que o poder de Estado em vários momentos históricos usou da tributação para tolher liberdades e aprisionar seus inimigos, não seria diferente com as religiões.

Assim, a liberdade religiosa assegurada na Constituição em vários artigos apartados geograficamente, contudo relacionados, i.e. artigos 5º, VI, VII, VIII e 19, e constitui-se na liberdade de manifestar livremente suas convicções religiosas e de promover seu credo e culto, o que foi mantido mesmo na Constituição Imperial de 1824, entretanto o culto diverso do da Fé Católica deveria ser em ambientes privados.

O mandamento de respeito à liberdade religiosa é uma evolução social e jurídica resultante da Constituição de 1891, influenciada pelo positivismo e cientificismo, o que implicou na separação entre a Igreja Católica e o Estado, no contexto da República incipiente, também marcada pela memória da crise da chamada Questão Religiosa, crise institucional entre Dom Pedro II e a Igreja Católica em que o Imperador devia dar ciência às nomeações e indicações das ordenações ao episcopado, sendo o clero um corpo da burocracia eclesiástica dentro do império, assim lecionou Carraza[9]:

“No Brasil, não houve um cesaropapismo tão intenso, mas veja, a própria unção dos bispos dependia do aval do imperador. Havia um tratado entre o Brasil e Roma — na época, inclusive os Estados papais eram soberanos — pelo qual, sem a aprovação do imperador, nenhum sacerdote podia ser ungido bispo. Isso gerou inclusive a famosíssima questão religiosa: três bispos criticaram uma conduta do imperador e por isso foram encarcerados, sob o aspecto jurídico — licitamente encarcerados — porque eles estavam submetidos a um código de conduta de funcionários públicos que eram.” (Grifo nosso).

A positivação de um Estado laico demandou alterações culturais e orgânicas ao Brasil, todavia, a questão filosófica e jurídica permanece, qual seja, o limite entre Religião e Estado e alcance da laicidade, cuja definição é bifronte, de um lado protege as religiões do abuso do Estado, de outro lado, evita que o Estado se influencie pelas religiões e aja contrário ao interesse público, dando azos à opressão de um grupo dominante sobre outro grupo menos favorecido, reunindo o interesse religioso de

cunho privado ao poder de império estatal[10]. Por isso a previsão do artigo 19, I, de nossa Constituição Cidadã[11], que disciplina:

“é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”. (Grifo nosso).

A contradição aparente que está na leitura do preâmbulo acerca da proteção de Deus durante a elaboração do texto constitucional ao se reunirem em Assembleia Nacional Constituinte já foi trazida ao Supremo Tribunal Federal e resultou em julgamento que entendeu não ferir a laicidade do país, sendo mero vetor de interpretação constitucional, não uma norma constitucional material.

Como resultado das previsões constitucionais, ficaram assegurados aos cultos em geral a proteção da imunidade tributária, contudo, respeitando as leis do país, os bons costumes e a segurança nacional, sendo que em caso de dúvida a hermenêutica leciona pelo benefício do imune.

A imunidade tributária assegurada no art. 150, VI, veda a instituição de impostos, não ou seja, é uma imunidade que abarca apenas a espécie tributária dos impostos, não abrangendo taxas, contribuições e outras espécies, atendo-se a pontos que o povo brasileiro reputou fundamentais, como Luciano Amaro[12] profere:

“O fundamento das imunidades é a preservação de valores que a Constituição reputa relevantes (a atuação de certas entidades, a liberdade religiosa, o acesso à informação, a liberdade de expressão etc.), que faz com que se ignore a eventual (ou efetiva) capacidade econômica revelada pela pessoa (ou revelada na situação).” (Grifo nosso).

A quem põe em xeque argumentos acerca da necessidade de imunidade aos entes estatais, privados ou religiosos, recomenda-se a leitura do caso do século XIX nos EUA em que ficou nítida a intenção de tolher ou enfraquecer outro ente usando como medida supostamente legal a tributação excessiva. Em 1819 a Suprema Corte daquele país teve que decidir se era constitucional ou não que o estado componente da federação pudesse tributar a União Federal, no caso em tela, Maryland tributara a União, que levou àquela corte o questionamento e, sob a presidência de John

Marshall, foi relatado que o mero exercício da tributação por meio de impostos poderia decorrer em destruição do tributado.

Portanto, se não se intenta destruir, alijar, ferir ou sucumbir determinado ente, evita-se a tributação de determinado ente, ademais, a violência tributária tem o intuito de manter o Estado para o bem comum, tendo a Constituição entendido que também as religiões poderiam exercer atividade suplementar de interesse comum, desde que observadas as leis do país, imunizando alguns entes de parcela do poder estatal, afim de resguardar o princípio da liberdade religiosa, limitando que sejam alvos de impostos *lato sensu* os templos de qualquer culto, como dispõe o artigo 150 da Carta Magna[13]:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

b) templos de qualquer culto;

(...)

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.” (Grifo nosso).

A vedação inclui impostos em geral, tais como os incidentes sobre renda ou doações, os serviços religiosos em geral, tais como o celebrado pelos sacramentos, o conforto da palavra ou atos espirituais quaisquer manifestados nos mais diversos cultos, mas não somente. Há casos frequentemente esquecidos tais como a importação de bens para a melhor celebração do seu culto ou para o alcance espiritual, além das situações em que há a fabricação e circulação dos utensílios litúrgicos dos mais variados, o que, em exemplo arriscado, poderia ser obstado pela tributação estatal mediante altas alíquotas sobre a produção de bens religiosos ou sobre a prestação dos serviços religiosos mediante argumentos como o famoso *pecunia non olet*, naqueles casos em que o Estado viesse a perseguir uma religião ou povo específico, tais como atos realizados na história mais recente

(Nazismo e as leis de Nuremberg) ou mais distante (Filipe IV de França e a perseguição aos judeus).

A relação entre patrimônio, renda, serviços e a atividade essencial religiosa pode ser direta ou não, ao que o STF[14] já foi questionado e julgou o RE 325.82239, em que considerou constitucional a imunidade indireta para bens que gerem renda e sejam destinados às finalidades religiosas:

“Recurso extraordinário. 2. Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, b e § 4º, da Constituição. 3. Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. 4. A imunidade prevista no art. 150, VI, b, CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços "relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas". 5. O § 4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas b e c do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas. 6. Recurso extraordinário provido.” (Grifo nosso).

De outro lado, o STF decidiu que a Maçonaria[15] não poderia ser abrangida pela imunidade ao entender que não se trata de culto, mas de confraria por não professar religião específica, ao que parte da doutrina já se manifestou contrária em razão da própria hermenêutica reclamar interpretação extensiva.

Conclusão

Destarte, em razão de todo o histórico e desenvolvimento da noção de Direito Tributário, enriquecida pela visão mais moderna dos Direitos Humanos, não há como negar que a vedação da cobrança de tributos aos templos de qualquer culto não é privilégio dos imunizados, é proteção contra o Estado, assim como também uma proteção ao Estado através da laicidade. O Estado que dá imunidade é o mesmo que afasta as religiões de influências que possam causar danos ao interesse público nacional. A imunidade *ipso facto* resguarda a laicidade, preserva o Estado, protege o cidadão, assegura o fiel e cumpre o mandamento constitucional da liberdade religiosa.

Aos críticos da imunidade tributária, muitas vezes críticos quanto à religião X ou Y ou mesmo um combatente de todas as religiões, é importante se lembrar que a Constituição de um país deve proteger a todos, maiorias e minorias, assegurando espaço legítimo a todos, pois um dia o perseguidor pode ser perseguido, sendo condizente com a natureza humana os atos de ação e reação. É sob à luz da história e a viagem pelos séculos que através de uma longa via do Direito nos foi possível legislar, organizar, sistematizar meios de proteção às liberdades religiosas ou mesmo a liberdade de em nada crer, assegurando que o Estado não viole os direitos dos seus cidadãos ou que outros cidadãos não o violem.

Assim, a República Federativa do Brasil, iluminada por sua história política de perseguições, violência e, também, tolerância, que em sua sétima constituição, houve de preservar a liberdade religiosa, a laicidade e não negar seu passado colonial cristão, mas, acima de tudo, reconhecer que, formado pelos vários povos que aqui viviam ou vieram buscar asilo, garantir inviolabilidade religiosa manifestando-se também pelo caminho econômico do Direito Tributário, extensão científica e filosófica do Direito Público, resguardando a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. 9ª Ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2005.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 11ª Ed. Rio de Janeiro : Forense. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 14 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Direito Tributário. Recurso Extraordinário. Imunidade tributária dos Templos de Qualquer Culto. N. 325.822-2, da Câmara Cível do tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Brasília-DF, 18 de dezembro de 2002. <http://www.stf.gov.br>.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de Direito Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades Tributárias*. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998.

_____. *O sistema tributário na Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007.

SCAFF, Fernando Facury. Cidadania e imunidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Imunidades tributárias*. Centro de Extensão Universitária. São Paulo: RT, 1998. Cap. 25.

SILVA, Ricardo. *A Imunidade Dos Templos De Qualquer Culto*. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16922/Imunidade_Templos_Qualquer_Ricardo_Silva.pdf?sequence=1 . Acessado em 22 dez. 2019.

SOUZA, Gelson Amaro de. *A religião, o Estado e o homem*. In: LAZARI, Rafael José Nadim de; BERBARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (orgs.). *Liberdade religiosa no estado democrático de direito: questões históricas, filosóficas, políticas e jurídicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NOTAS:

[1] Machado, Hugo de Brito. *Isenção, não incidência e imunidade*. Artigo publicado pela Gen Jurídico. Disponível

em <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/418480360/isencao-nao-incidencia-e-imunidade>. Acessado em 12 de jan. 2020.

[2] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 705.

[3] _____. Palestra na AASP. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jul-21/leia-palestra-roque-carrazza-imunidade-tributaria-religiao>. Acessado em 12 de jan. 2020.

[4] Faz-se necessário recordar que a Constituição Alemã de Weimar de 1919 estava em vigor durante todo o regime nacional-socialista na Alemanha dos anos 1930-1940, o que foi possível mediante uma série de teorias e a atuação política sobre o Judiciário daquele país.

[5] Debate realizado pela doutrina sobre a nomenclatura a ser utilizada, adotamos a nomenclatura apontada por Ingo W. Sarlet, qual seja, dimensão. Para isso, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55.

[6] CARRAZZA, Roque Antonio. op. cit.,

[7] “À leste de Suez” é uma referência ao Canal de Suez e a passagem náutica que liga o Mediterrâneo ao oceano Índico, bem como ao poema “The Road to Mandalay” do escritor britânico do século XIX, Joseph Rudyard Kipling em que há descrições geográficas criticáveis, porém ainda assim representam o sentimento do homem britânico no Oriente em comparação com a vida ocidental no antigo Império Britânico.

[8] SOUZA, Gelson Amaro de. A religião, o Estado e o homem. In: LAZARI, Rafael José Nadim de; BERBARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (orgs.). *Liberdade religiosa no estado democrático de direito: questões históricas, filosóficas, políticas e jurídicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 70.

[9] Ver Palestra na AASP. op. cit.,

[10] SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: MAZZUOLI, Valerio de

oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.) *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas*

para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 214.

[11]

[12] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 176.

[13] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 14 fev. 2020.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 325.822/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 18.12.2002. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260872> . Acessado em: 24 fev. 2020.

[15] Ver STF, 1ª Turma, RE: 562351/RS, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 04/09/2012

RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: DANO MORAL DECORRENTE DA INFIDELIDADE

MICHAEL DOUGLAS ESTEVAM PEREIRA:

Graduando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Já atuou como estagiário bolsista da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2018/2019).

Resumo: O presente artigo busca demonstrar a possibilidade da caracterização de um ilícito civil decorrente da quebra do dever de fidelidade existente em determinadas relações de direito de família e, como consequência, a responsabilização civil. Indaga, ainda, a competência em razão da matéria para julgamento de eventual ação reparatória, eis que há controvérsia jurisprudencial sobre o assunto, divergindo entre a vara cível e a vara de família. Trata-se de uma pesquisa qualitativa de revisão de literatura, tomando por base a doutrina e jurisprudência, apoiada no procedimento da pesquisa bibliográfica e documental. Finaliza-se o presente trabalho restando demonstrado não só a possibilidade jurídica da caracterização da responsabilidade civil decorrente da não observância do dever de fidelidade, como também que a competência para julgamento de eventual ação indenizatória ficará a cargo do juízo de família.

Palavras-chaves: Direito civil-constitucional; Responsabilidade civil; Direito de Família; Dano moral; Deveres conjugais.

Abstract: This article seeks to demonstrate the possibility of characterizing a civil wrongdoing due to the breach of the duty of fidelity existing in certain family law relationships and, as a consequence, civil liability. It also questions jurisdiction over the matter for a possible reparatory action, since there is jurisprudential controversy on the subject, diverging between family stick and civil stick. It is a qualitative research of literature review, based on doctrine and jurisprudence, supported in the procedure of bibliographical and documentary research. The present work ends by showing not only the legal possibility of characterizing the civil liability arising from the non-observance of the duty of fidelity, but also that the jurisdiction to adjudicate a possible indemnification action will be the responsibility of the family court.

Sumário: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil. 2.1 Evolução histórica. 2.2 Conceito de responsabilidade civil. 2.3 Elementos ou pressupostos da responsabilidade civil. 2.4 Classificação da responsabilidade civil. 2.4.1 Quanto à origem. 2.4.2 Quanto à presença do elemento culpa. 3 A constitucionalização do direito privado. 3.1 Dignidade da pessoa humana. 3.2 Princípio da solidariedade social. 3.3 Isonomia. 4 Funções da responsabilidade civil e a natureza jurídica da indenização por danos

morais. 5 Família. 5.1 Breve origem histórica. 5.2 Do conceito e das diversas espécies de família. 5.3 Deveres dos cônjuges e companheiros. 5.3.1 Dos cônjuges. 5.3.2 Dos companheiros. 5.4 Do dever de fidelidade inerente aos namorados. 6 Ato ilícito decorrente da não observância do dever de fidelidade. 7 Competência em razão da matéria para julgamento da demanda: Juízo Cível ou de Família? 8 Entendimento jurisprudencial. 9 Conclusão. 10 Bibliografia.

key-words: Civil-constitutional law; Civil responsibility; Family law; Moral damage; Marital duties

1 Introdução

A dinâmica da família sofreu diversas mudanças nas últimas décadas, saiu-se de um conceito fechado, no qual somente foi considerada como família a comunidade de pessoas ligadas pelo casamento ou mediante laços sanguíneos, chegando-se até um conceito mais abrangente, no qual as relações afetivas se sobrepõem ao casamento e ao vínculo biológico.

É no seio familiar que os seres humanos desenvolvem suas primeiras relações sociais, devendo esse ser um local de acolhimento, educação e afeto, constituindo-se como uma das mais importantes instituições de qualquer sociedade.

A família possui ainda, especial proteção constitucional, sendo sua proteção objetivo da assistência social promovida pelo Estado, nos termos do artigo 203, inciso I, *c/c caput* do artigo 226, ambos da CRFB/88.

Constitui direito do indivíduo ter um ambiente familiar saudável e protetor. Entretanto, em certos casos os membros de uma família desvirtuam a instituição, tornando-a danosa aos demais membros, causando danos e abalos que são, em não raros casos, de difícil reparação.

Quando duas pessoas decidem iniciar um relacionamento amoroso, geralmente pactuam um dever mútuo de fidelidade. Além disso, quando se casam ou constituem uma união estável, presume-se que essas relações irão se perpetuar no tempo.

Ressalta-se que toda relação afetiva pode ser vista como um investimento. Investe-se afeto, tempo, paciência dentre outras para tornar o relacionamento duradouro e feliz. Ocorre que determinados indivíduos deixam de observar o pacto de fidelidade mútua. Dessa forma, acabam por frustrar toda expectativa e investimento da outra parte, o que frequentemente ocasiona abalos psíquicos decorrentes do sentimento de traição.

Ademais, existe ainda o dano à honra objetiva da pessoa traída, uma vez que é vista pela sociedade como pessoa ingênua, boba e até mesmo comumente chamada de “trouxa”.

O artigo 186 do código civil brasileiro, determina que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Isto posto, o presente trabalho objetiva investigar a possibilidade da caracterização de um ilícito civil contra membros de uma mesma família, de forma a ser analisada a responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar do membro causador do dano.

Buscará, ainda, analisar a competência em razão da matéria para o julgamento de eventual responsabilização civil decorrente de tais relações. Como é notório, as ações de responsabilidade civil são, em regra, de competência do juízo cível. Contudo, devido a especialidade do assunto, parece mais correto que o juízo de família julgue tais ações.

Assim, o presente trabalho se constitui de uma pesquisa qualitativa baseada em pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais.

2 Responsabilidade civil

2.1 Evolução histórica

Desde as mais arcaicas construções legislativas elaboradas pela humanidade, é possível perceber indícios do tema em análise. O Código de Hamurabi, criado por volta do século XVIII a.C, instaurou a ideia de se punir o causador de um dano, penalizando-o com um sofrimento de igual força. Em igual sentido o código de Manu, elaborado entre os séculos II a.C. e II d.C.

A idealização da responsabilidade civil surge em decorrência do descumprimento de um contrato, sendo essa denominada de responsabilidade civil contratual, ou pelo descumprimento de uma norma geral de conduta para o bom convívio em sociedade como, por exemplo, as normas do direito de vizinhança, sendo de natureza extracontratual.

O presente trabalho terá como foco principal a responsabilidade civil extracontratual ou, como preferem alguns doutrinadores, a responsabilidade civil aquiliana.

Apesar da antiguidade do tema, é o Direito Romano que ofereceu as sementes para qualquer construção jurídica acerca do assunto. A expressão responsabilidade civil aquiliana surgiu no direito Romano no final do século III a.C diante da *Lex Aquilia de Damno*. Previa o direito da vítima que sofria um dano injusto de obter o pagamento de uma penalidade em detrimento do seu causador.

Nesse momento, a regra era a responsabilidade civil sem culpa, isto é, a responsabilidade civil objetiva, sendo o causador do dano punido de acordo com a pena de Talião, prevista na Lei das XII Tábuas. Entretanto, Roma aos poucos percebeu que a existência da responsabilização civil independentemente de culpa poderia resultar em diversas situações de grande injustiça, o que causou o questionamento do modelo até então existente.

Com o passar do tempo, Ulpiano introduziu no Direito Romano a máxima *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*, isto é, haveria o dever de indenizar mesmo pela culpa mais leve. Com isso, ainda que de forma bastante superficial, introduziu-se o elemento culpa à responsabilidade civil.

Foi a partir de então que a responsabilidade civil mediante culpa passou a ser regra em todo o direito comparado, tendo influenciado diversas codificações modernas, como o Código Napoleônico e o Código Civil brasileiro de 2002.

Todavia, convém mencionar que a visão do elemento culpa para os Romanos é diferente da visão contemporânea. Os antigos foram muito influenciados pelo ideal do punitivismo divino da Igreja Católica, assim, a culpa possuía uma ideia de castigo ou punição pelo dano causado.

Com a II Revolução industrial, surgiu uma nova teoria acerca da culpa na responsabilidade civil. Pela teoria do risco, tornou-se a discutir a respeito da responsabilidade objetiva, isto é, aquela em que não há o elemento culpa. Tal construção acabou por influenciar o direito pátrio.

Com o fenômeno da massificação dos contratos, a teoria do risco caiu de vez no gosto do legislador brasileiro. Uma das mais importantes inovações legislativas do Brasil, a Lei nº 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor, cumprindo mandamento do constituinte originário[1], previu em seus artigos 14 e 18 a responsabilização objetiva das prestadoras de serviço e dos fornecedores de produtos por danos causados aos consumidores.

Como não podia ser diferente, o diploma civil brasileiro de 2002 também previu a responsabilização objetiva, *in verbis*:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Entretanto, pela própria redação do *caput* do artigo 927, do código civil, é possível concluir que a regra no Direito brasileiro continua sendo responsabilização mediante culpa.

Especificamente, quanto à evolução do instituto da responsabilidade civil no Direito brasileiro, é possível notar a existência de três fases distintas. Inicia-se com as ordenações do Reino, que previam a aplicação subsidiária do Direito Romano. Transpassa pelo Código Criminal de 1830, que, de certa forma, rompe com a ideia puramente punitivista do Direito romano, conferindo um caráter restaurador ao ressarcimento do dano. Até finalmente chegar na terceira fase, encabeçada pelo mestre Teixeira de Freitas, onde se passa a distinguir a responsabilidade criminal da civil. Vale destacar que, apesar de se reconhecer a responsabilidade civil do criminoso, a reparação deve ser feita na esfera cível e não na criminal.[2]”

2.2 Conceito de responsabilidade civil

Na tentativa de concluir a difícil tarefa de se conceituar a responsabilidade civil, pode-se buscar socorro na origem etimológica da expressão. Nas lições do Paulo Nader:

“O vocábulo responsabilidade provém do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, que significa garantir, responder por alguém, prometer. No Direito Quiritário, o devedor se obrigava perante o credor, nos contratos verbais, respondendo à sua indagação com a palavra *spondeo* (prometo).[3]”

No direito civil, a responsabilidade é vista como a obrigação daquele que causou um dano de repará-lo. Trata-se da situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado[4].

Pode-se afirmar, ainda, que a responsabilidade civil possui uma dupla acepção, por um lado é o dever jurídico do causador de um dano de repará-lo, de

outro, é o direito subjetivo da pessoa lesada de ser recolocada no *status quo ante*, ou seja, de ter a lesão que sofreu reparada.

2.3 Elementos ou pressupostos da responsabilidade civil

Entre os doutrinadores brasileiros, não há unanimidade acerca dos elementos identificadores da responsabilidade civil, também denominados de pressupostos do dever de indenizar. Analisando a melhor doutrina, busca-se elencar alguns posicionamentos de grande relevância.

Para Flávio Tartuce, são elementos da responsabilidade civil a conduta humana; a culpa genérica ou *lato sensu*, o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo[5].

Carlos Roberto Gonçalves elenca como pressupostos a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima[6].

Braga Neto & Felipe Peixoto, também adotam uma teoria tetra partida, para os autores, a responsabilidade civil possui como pressupostos o ato ilícito; a culpa; o dano e o nexo causal[7].

Divergindo, Pablo Stolze e Pamplona Filho, com o brilhantismo que lhes é peculiar, entendem que a culpa genérica é um elemento accidental da responsabilidade, que possui somente três elementos, sendo eles a conduta humana, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade[8].

Como se vê, problemática acerca dos elementos da responsabilidade civil se encontra no elemento culpa. A doutrina tradicional, como regra geral, considera a culpa genérica ou *lato sensu* como um pressuposto do dever de reparar o dano. Contudo, há alguns doutrinadores que entendem que a culpa genérica ou *lato sensu* não possui status de pressuposto, sendo mero elemento accidental da responsabilidade civil[9].

Data venia a posição majoritária, com essa não se pode concordar. O elemento culpa não é e nem pode ser considerado como pressuposto basilar da responsabilidade civil. Ao realizar uma análise mais detalhada do artigo 186 do diploma civil, nota-se que de fato existe a previsão do elemento culpa em sentido genérico, englobando não só a negligência, imperícia e imprudência, como também o dolo.

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

É possível dizer que a responsabilidade civil possui basicamente duas espécies. A primeira, subjetiva, exige a presença do elemento culpa para que seja caracterizada. Já a segunda, objetiva, dispensa sua existência.

Na busca pelos pressupostos essenciais de um instituto, não se pode acrescentar elemento que não satisfaça a generalidade. O ordenamento jurídico brasileiro adotou em determinadas hipóteses a responsabilização objetiva do causador de um dano, ou seja, em certos casos o próprio ordenamento jurídico exclui a necessidade da existência do elemento culpa.

Ora, se é possível a responsabilização civil sem a existência culpa, não se pode afirmar que ela seja um elemento essencial do instituto. Discordar seria dizer que a responsabilidade civil objetiva não é responsabilidade civil, uma vez que não possui todos os seus elementos ou pressupostos básicos. Portanto, há de se concordar com os mestres Pablo Stolze e Pamplona Filho, ao concluírem que:

“A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade, todos eles desenvolvidos cuidadosamente nos próximos capítulos[10]”.

2.4 Classificação da responsabilidade civil

Não obstante à farta produção doutrinária para classificar a responsabilidade civil, ao presente trabalho somente importam dois critérios de classificação:

2.4.1 Quanto à origem

Pode-se verificar a existência de duas espécies de responsabilidade civil. A primeira, de origem contratual, é pautada no descumprimento de um contrato firmado entre as partes. Logo, para que seja configurada, faz-se necessária a pré-existência de uma relação jurídica de natureza contratual.

Nos termos do artigo 389 c/c artigo 391, ambos do código civil, não cumprida a obrigação, o devedor responderá por perdas e danos, juros e atualização

monetária, bem como pelos honorários advocatícios. Além disso, todos os seus bens poderão vir a responder pelo resultado de seu inadimplemento

Dessa forma, inexistindo relação jurídica contratual, por certo não haverá contrato a ser inadimplido, logo, por consequência, não haverá responsabilidade.

Há, ainda, a responsabilidade civil extracontratual, também denominada de aquiliana. Essa dispensa a pré-existência de relação jurídica entre as partes. Trata-se do descumprimento de uma norma geral de agir em sociedade que garante a ordem social, como é o caso do direito de vizinhança.

2.4.2 Quanto à presença do elemento culpa

Há casos em que o ordenamento jurídico brasileiro tipifica a responsabilidade civil mesmo diante da ausência de culpa, criando a chamada responsabilidade civil objetiva. Essa, que teve sua origem nos primórdios da humanidade, foi amplamente difundida com a criação da teoria do risco integral.

Contudo, a regra geral no Direito brasileiro continua sendo a responsabilidade civil mediante aferição de culpa, isto é, faz-se necessário que a parte lesada comprove que o causador do dano agiu com culpa *lato sensu*, ou seja, que agiu com o dolo de causar o dano ou com negligência, imprudência ou imperícia.

3 A constitucionalização do direito privado

Com a criação do Estado pós-social, marcada no Brasil pela promulgação da Carta de 1988, o Direito privado passou a sofrer grande influência do regramento constitucional. Atualmente, a melhor doutrina afirma a existência de um denominado direito civil-constitucional.

A civilística moderna vem buscando interpretar todo o ordenamento privado não só através dos institutos do direito civil, como também à luz do direito constitucional, sobretudo através da ótica do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido:

“Sob essa perspectiva, essencialmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da república federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (art. 1º, III, da CF/88), parece mais adequado, então, falar em um direito civil-constitucional, estudando o direito privado à luz das regras constitucionais e podendo,

inclusive, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas [...] [11].”

Vale dizer que a teoria do direito civil-constitucional encontra base em três princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a isonomia.

3.1 Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é a base fundamental de todo o sistema de direitos fundamentais existentes na CRFB/88. Além disso, trata-se de fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso III da Lei Maior.

A Constituição Federal de 1988 se preocupou em tutelar diversos direitos decorrentes da dignidade, *v.g.*, os direitos sociais do *caput* do art. 6º, da CRFB/88 e os direitos à vida, à liberdade, à igualdade entre outros previstos no *caput* do art. 5º, da CRFB/88.

Os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal, ou seja, até mesmo nas relações entre particulares, deve-se observar as normas de cunho constitucional. Isso significa dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana deve sempre ser observado na interpretação de todo o ordenamento jurídico, incluindo o direito privado.

Conclui-se, portanto, que os direitos da personalidade são constitucionalmente protegidos, sendo a pessoa humana digna de toda proteção que o Direito possa oferecer. Logo, a responsabilidade civil passa a ser visualizada do ponto de vista da personalização do direito privado, isto é, da valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio [12].

3.2 Princípio da solidariedade social

A solidariedade social, sendo objetivo da República, possui por finalidade assegurar a todos os membros da sociedade uma existência digna através da responsabilização recíproca.

Comparando o Código Civil de 2002 com seu antecessor de 1916, é possível notar grande diferença entre seus princípios. O atual diploma adota como a solidariedade como um de seus princípios, dando grande valor à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar da coletividade, ainda que em detrimento do

indivíduo. Trata-se de uma grande evolução em relação ao seu antecessor, que era marcado pelo individualismo e pelo patrimonialismo.

3.3 Isonomia

Direito individual e fundamento da República, o princípio da igualdade, ligado diretamente à dignidade da pessoa humana, vem previsto no artigo 3º, inciso IV e no *caput* do artigo 5º, ambos da CRFB/88.

Durante muito tempo, foi visto sob uma ótica meramente formal, isso é, o Estado brasileiro proclamava que todos os seus cidadãos eram iguais perante a lei, sem, contudo, realizar qualquer esforço para que tal igualdade fosse de fato efetivada.

Pode-se dizer que a isonomia em seu aspecto meramente formal não gera qualquer espécie de igualdade, servindo tão somente como instrumento de perpetuação de desigualdades. Dessa forma, para que de fato haja igualdade, o Estado deve buscar a isonomia material.

Já no século IV a.C., Aristóteles introduziu a noção da igualdade material ao proferir a máxima “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade”. Como muito bem observa Ana Paula de Barcellos:

“A isonomia material busca promover a igualdade real dos indivíduos – ou, ao menos, a redução das desigualdades –, o que pode ser levado a cabo por meio de mecanismos variados. O sistema de assistência social previsto pela Constituição (arts. 203 e 204), por exemplo, procura socorrer a quem esteja em situação de necessidade extrema, de modo a impedir a miséria. O critério de “baixa renda” da família é utilizado pela Constituição em várias oportunidades para prever benefícios específicos a esses grupos (e.g., art. 7º, XII, art. 201, IV e § 12)[13].”

Atentando-se para o princípio, foi aprovado no ano de 2013 o Enunciado nº 550 da VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, fixando entendimento no sentido de que “A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”.

No tocante a fixação do *quantum* indenizável, sobretudo no aspecto moral, cada caso concreto deve ser analisado de forma individual. Muitas situações que

ensejam danos extrapatrimoniais são parecidas. Contudo, cada pessoa reage a elas de forma diferente.

Exemplificando, para determinada pessoa, uma ofensa a sua honra subjetiva pode lhe causar pouquíssimo abalo psíquico. Assim, quando da fixação do valor da indenização, o magistrado por certo fixará um valor de baixa monta, haja vista que o dano causado foi pequeno.

Contudo, há pessoas que são demasiadamente sensíveis, logo, a mesma ofensa a sua honra subjetiva pode lhe causar sofrimento incomensurável. Por conseguinte, durante a fixação da indenização, deve o juiz fixar um maior valor, de forma de fato compensar a vítima pelo dano suportado.

Ao analisar de forma superficial a situação acima descrita, pode-se, em um primeiro momento, achar que foi violado o princípio da isonomia, eis que duas pessoas que passaram pela mesma situação terão tratamento distintos. Entretanto, observando o caso sob o prisma da isonomia material, conclui-se que a igualdade foi na realidade efetivada.

4 Funções da responsabilidade civil e a natureza jurídica da indenização por danos morais

O dano extrapatrimonial ou dano moral pode ser definido como sendo uma lesão aos direitos da personalidade de determinado indivíduo ou grupo de pessoas. Não sendo possível estabelecer um preço para sua reparação, uma vez que visa a compensação pela dor e sofrimento experimentados pela vítima do dano. A CRFB/88 deu especial tratamento à indenização pelo dano moral, assegurando-a nos termos do artigo 5º, incisos V e X.

A primeira função da responsabilidade civil é a reparadora. Com a reparação, busca-se precipuamente ressarcir e compensar a vítima pelo dano sofrido. Quanto aos danos morais, vale destacar que não se pode falar em ressarcimento, mais tão somente em compensação, uma vez que o objetivo da indenização é minorar o sofrimento experimentado pela vítima.

A função reparadora é traduzida pela busca da neutralização das consequências do dano. Imputa-se ao causador de um ilícito civil a obrigação de reparar o dano causado à vítima, de forma a tentar restituí-la ao *status quo ante*.

Durante muito tempo, para parcela considerável da jurisprudência, a função reparadora era a natureza jurídica da indenização por danos morais. Contudo, tal corrente foi bastante criticada, nas palavras de Farias, Netto e Rosenvald:

“Nenhum ressarcimento, por mais que se assuma compensativo, poderá eliminar a perda produzida pelo ilícito. A responsabilidade não é capaz, em passe de mágica, de produzir o retorno a um passado ideal e repor ao lesado a situação anterior ao ilícito. A série de eventos desencadeada pelo comportamento ilícito é irreversível e o ressarcimento, quando muito, realizará uma alocação subjetiva de uma parte da riqueza monetária que transitará do ofensor ao ofendido. Nesse sentido, o ressarcimento opera uma parcial compensação de caráter intersubjetivo[14].”

Assim, apesar do reconhecimento da função reparadora da responsabilidade civil e da indenização por danos morais, a corrente que justifica sua natureza jurídica apenas na função reparadora se encontra superada na doutrina e na jurisprudência.

Alguns autores sustentam que para o agente causador de um dano apenas reparar ou compensar a vítima pela lesão que causou não é o suficiente, devendo suportar mais um dever jurídico, como forma de verdadeira punição. Tal pensamento remonta o Direito Romano, onde as *actiones poenalis* permitiam a condenação do culpado pela prática de ato ilícito ao pagamento de valor correspondente até ao quádruplo do valor dos danos[15].

Deste modo, a responsabilidade civil serviria como forma de coibir a prática de atos lesivos de grande potencial, uma vez que a punição seria proporcional, podendo trazer à ruína aquele que causar dano demasiadamente grande a outrem.

Seguindo essa corrente, a doutrina brasileira também buscou justificar a natureza jurídica da indenização por danos morais numa visão meramente punitivista, a exemplo dos Estados Unidos, com o conceito de *punitive damages*. Entretanto, a jurisprudência optou por não adotar tal concepção, por entender que está traria riscos à segurança jurídica, bem como pela vedação ao enriquecimento sem justa causa.

Por fim, há a função de prevenção de danos, também denominada de função pedagógica. Com essa, busca-se não apenas influenciar o causador do dano, como também todos os possíveis causadores de um ilícito.

Outrossim, a obrigação de reparar a dano acaba sendo uma mensagem a todos os indivíduos da sociedade de que certas condutas não serão aceitas sem responsabilização, causando verdadeiro temor, o que desestimula a prática de condutas danosas.

“E essa persuasão não se limita à figura do ofensor, acabando por incidir numa terceira função, de cunho socioeducativo, que é a de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. Assim, alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito[16].”

No que pese as funções da responsabilidade civil, essa talvez seja a mais importante, pois busca prevenir danos e não somente repará-los. O instituto não é capaz de levar a vítima completamente ao estado *quo ante*, ou seja, a indenização por si só será ineficaz, sendo uma mera compensação. Portanto, a maior utilidade do instituto é a prevenção através da coerção.

Uma terceira corrente também buscou justificar a natureza jurídica da indenização por danos morais através da visão preventiva. Essa corrente foi mais além, não dissociando o caráter reparador do instituto, adotando, assim, a teoria do desestímulo mitigada.

Como bem asseverado por Flávio Tartuce, “a indenização por dano moral está revestida de um caráter principal reparatório e de um caráter pedagógico ou disciplinar acessório, visando coibir novas condutas. Mas esse caráter acessório somente existirá se estiver acompanhado do principal[17].”

Vale dizer que a jurisprudência moderna também vem adotando tal teoria, havendo precedentes do STJ nesse sentido. A exemplo:

“Responsabilidade civil – Dano moral – Valor da indenização. O valor o dano moral tem sido enfrentado no STJ com escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. Fixação de valor que não observa a regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstâncias. 4. Recurso especial parcialmente provido[18].”

De fato, trata-se de funções indissociáveis e que, por conseguinte, compõem a natureza jurídica da indenização por danos morais. De certo, reparar ou compensar pelo dano e punir o causador da ofensa são funções que estão intrinsecamente ligadas ao instituto.

Entretanto, não se pode esquecer da mais importante função do Direito, que é a pacificação social. Logo, não se pode excluir da indenização por danos morais a

missão de coagir os congêneres do causador do dano a não incorrerem em igual conduta, uma vez que receberão punição por tal prática.

Dessa forma, a possibilidade de ser obrigado a indenizar por danos morais preserva a ordem e o bem-estar social, tutelando os interesses da coletividade. Vale dizer que a jurisprudência vem reconhecendo tal construção teórica, a citar:

“APELAÇÕES. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRELIMINARES AFASTAS. DANO MORAL IN RE IPSA. FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DO DESESTÍMULO. MAJORAÇÃO DO QUANTUM. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDOS. 1. A relação das partes é consumerista, participando a parte BANCO ITAÚ da cadeia de fornecedores prevista no Código de Defesa do Consumidor, com responsabilidade civil objetiva por qualquer defeito ou vício na prestação de serviços; 2. A parte recorrente especificamente se irressigna quanto a tais pontos, não havendo que se falar em violação ao princípio da dialeticidade, uma vez que preenche satisfatoriamente os requisitos do artigo 1.010 do CPC; 3. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que o dano moral em decorrência de negatização indevida é in re ipsa, ou seja, deriva inexoravelmente do próprio ato ofensivo ao direito do consumidor, protegido pelas leis consumeristas; 4. A responsabilidade civil possui 4 funções essenciais: ressarcitória, compensatória, punitiva e sociopreventiva; 5. Recursos conhecidos; 6. Nego provimento ao recurso interposto pela parte BANCO ITAÚ e, conseqüentemente, dou parcial provimento ao recurso interposto pela parte RUI SILVA RODRIGUES.[19]

5 Família

5.1 Breve origem histórica

O termo surge durante o Império Romano do latim *famulus*, que significa “escravo doméstico”. A expressão era utilizada para identificar grupos submetidos à escravidão antiga[20].

Posteriormente, a família recebe outra destinação, a proteção do patrimônio, da honra e do poder de determinado grupo. Isto posto, ainda não é possível se falar em afeto. Eram comuns os casamentos combinados, com intuito de aumentar o patrimônio e o poder entre duas famílias.

No mundo contemporâneo, a instituição sofreu drásticas mudanças. Hodiernamente, pode-se dizer que a família é fundamentada nas relações de afeto, sendo um instrumento na busca pela felicidade. Nesse sentido:

“A partir de então, passou-se a valorizar a convivência entre seus membros e idealizar um lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. Esse é o sentido da família na atualidade.”[21]

5.2 Do conceito e das diversas espécies de família

Durante algum tempo foi bastante simples buscar um conceito de uma família, tratava-se da união de pessoas por laços sanguíneos ou através do matrimônio. Modernamente, entende-se que não é possível se falar em um único conceito, haja vista a existência de diversas espécies de famílias.

Na busca de um conceito do que seria família para o Direito brasileiro, é mister a leitura do artigo 226 da CRFB/88. Em interpretação literal, podemos extrair três conceitos de família, a matrimonial, a decorrente da união estável e a família monoparental.

Calculada nos §§ 1º e 2º do artigo 226 da CRFB/88, há a família matrimonial. Como o próprio nome diz, é a família decorrente dos laços matrimônios. Trata-se de uma das mais antigas configurações da instituição, sendo até hoje visualizada como algo sagrado.

Seguindo disposição do §3º do artigo 226 da CRFB/88, tem-se a família advinda da união estável. A criação do instituto foi de grande valia para a sociedade, uma vez que contempla inúmeras situações de fato que ficavam à mercê de um limbo jurídico, carecendo de proteção.

Conforme disposição do artigo 1.723 do Código Civil, considera-se união estável a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Por fim, com fulcro no §4º do artigo 226 da CRFB, há a família monoparental, sendo a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Ressalta-se que a doutrina e jurisprudência moderna vem entendendo que o rol do artigo 226 da CRFB/88 não é *numerus clausus*, sendo meramente exemplificativo. Outrossim, vem se reconhecendo outras espécies de família.

Devido à grande fluidez nos relacionamentos modernos, tem-se a família mosaico, sendo aquela oriunda de diversos casamentos, uniões estáveis ou simples relacionamentos afetivos de seus membros.

Há a família homoafetiva, constituída por pessoas do mesmo sexo. Em maio de 2011 o STF, em decisão com efeito vinculante no julgamento da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, tendo a comparado à união estável.

Posteriormente, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013, a qual vedou as autoridades competentes de recusarem a habilitação, celebração de casamento civil ou a conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Assim, não resta dúvidas de que as uniões homoafetivas são consideradas como entidade familiar em nosso direito.

Dessa forma, é possível notar a grande evolução da instituição familiar. Foi superado o modelo patrimonialista e patriarcal da Roma antiga, de forma que, atualmente, a entidade familiar gravita em torno das relações de afeto.

5.3 Deveres dos cônjuges e companheiros

5.3.1 Dos cônjuges

Antes de discorrer acerca dos deveres dos cônjuges, convém dissertar sobre a natureza jurídica do casamento. O assunto é amplamente discutido pela doutrina, pode-se elencar três grandes correntes. A primeira, com uma visão tradicionalista e religiosa, defende ser o casamento uma instituição.

A grande problemática dessa corrente reside no fato de que o casamento, da forma como é regulado pelo Código Civil, possui características similares aos contratos. Consequentemente, surge a segunda corrente entende o casamento como um simples contrato.

Assim, surgiu a terceira corrente, que buscou superar as limitações de duas antecessoras, denominada de mista ou eclética. Segundo a corrente mista, o casamento é um contrato especial ou *sui generis*. Essa corrente tem sido aceita por grande parte da doutrina pátria.

Os principais argumentos a seu favor são que no instituto, há grande influência da autonomia privada, uma vez que as pessoas podem decidir livremente, salvo os casos de impedimento, com quem irão se casar, convencionar acerca do regime de bens, bem como dissolver tal vínculo através do divórcio.

Assim, desde que se reconheça as especificidades do casamento, não há óbice em tratá-lo como um contrato. Nesse sentido, vale lembrar o lúcido ensinamento de Caio Mário:

“A natureza contratual do casamento não é contrariada pela exigência legal de forma especial e solene da manifestação volitiva, que obedece à padronização prefixada e ao ritual específico da celebração. Não é igualmente negada pela participação direta do Estado no ato constitutivo, pois que o princípio da ordem pública também costuma estar presente em numerosos outros contratos de direito comum. Não é contraditada ainda pelo fato de não se admitir acordo liberatório que, no campo contratual, via de regra, concede às mesmas vontades geradoras da avença o poder de resolvê-la (distrato)[22].”

Superada a discussão acerca da natureza jurídica do casamento, passa-se a análise por menorizada dos deveres conjugais. O Código Civil reservou o artigo 1.566 e seus incisos para elencar alguns deveres que os cônjuges devem observar, sendo eles a fidelidade recíproca, a vida em comum, no domicílio conjugal, a mútua assistência, o sustento, guarda e educação dos filhos, bem como o respeito e consideração mútuos.

Com grande acerto, o legislador ordinário tratou da fidelidade como o primeiro dever dos cônjuges. A norma encontra origem na cultura monogâmica que ainda é predominante na cultura humana.

No passado recente, fazia-se distinção entre a infidelidade masculina e feminina. Enquanto a infidelidade feminina era demonizada, eis que colocava a “legitimidade da prole” em dúvida, a masculina era aplaudida, vista como símbolo de masculinidade. A doutrina, hoje já superada, fazia distinção do abalo sofrido pelo cônjuge varão e pelo cônjuge virago quando traídos, afirmando que o sofrimento do primeiro seria superior ao segundo. Nesse sentido:

“Entretanto, do ponto de vista puramente psicológico, torna-se sem dúvida mais grave o adultério da mulher. Quase sempre, a infidelidade no homem é fruto de capricho passageiro ou de

um desejo momentâneo. Seu deslize não afeta de modo algum o amor pela mulher. O adultério desta, ao revés, vem demonstrar que se acham definitivamente rotos os laços afetivos que a prendiam ao marido e irremediavelmente comprometida a estabilidade do lar. Para o homem, escreve SOMERSET MAUGHAM, uma ligação passageira não tem significação sentimental, ao passo que para a mulher tem[23].”

Observa-se que o legislador não tipificou a fidelidade pura e simples, mas sim a fidelidade recíproca. Destarte, não se pode mais fazer qualquer distinção entre a infidelidade masculina e feminina, uma vez que ambas possuem a mesma gravidade.

Há grande discussão acerca da exigibilidade jurídica do dever de fidelidade. Por certo, o mesmo não pode ser exigido judicialmente. Ainda que no campo meramente teórico, é absurdo se imaginar a plausibilidade jurídica de uma ação de obrigação de não fazer visando que um dos cônjuges não pratique atos que atentem contra o dever de fidelidade.

Contudo, o objetivo da norma é orientar e guiar, como ocorre constantemente nas normas de Direito de Família. Assim, o dever de fidelidade possui função pedagógica e moral. O Direito não pode se distanciar da sociedade, devendo criar mecanismos que tutelem os bens jurídicos mais relevantes para essa.

Apesar de sua inexigibilidade jurídica, remover a fidelidade do rol dos deveres dos cônjuges seria retirar a própria essência do laço matrimonial. Ademais, levando-se em consideração a natureza jurídica do casamento como um contrato *sui generis* que possui forma prescrita em lei, “a violação desse dever poderá, independentemente da dissolução da sociedade conjugal ou da relação de companheirismo, gerar consequências jurídicas, inclusive indenizatórias[24]”.

Outrossim, as pessoas possuem a liberdade em contrair matrimônio, constituindo verdadeiro direito subjetivo. Entretanto, ao decidir casar-se, necessitam sujeitar-se às disposições legais. Em igual sentido:

“A questão que deve ser discutida – esta sim – é a de que ninguém é obrigado a casar. Quem não quer se sujeitar aos efeitos prescritos pela lei para o ato solene do casamento tem toda a liberdade para viver em união estável, ou solteiro, mantendo apenas relacionamentos eventuais[25].”

O diploma civil exige, ainda, que os cônjuges guardem respeito e consideração mútua. E de fato não o podia deixar de fazê-lo, uma vez que, com o casamento, busca-se a comunhão plena de vida.

Tal dever foi primeiramente previsto no artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.278/96, que regula o artigo 226, §3º, CRFB/88, ou seja, a união estável. Se são esses os pilares para a existência de qualquer relação interpessoal, como podia deixar de ser diferente ao casamento? Em sua falta, não é forçoso afirmar que a relação já a muito se extinguiu.

Tal dever possui, ainda, conteúdo abstrato, permeando a as noções de ética e de preservação mútua. Conforme ensina Caio Mário, "incluem-se neste dever, além da consideração social compatível com o ambiente e com a educação dos cônjuges, o dever, negativo, de não expor um ao outro a vexames e descrédito[26]."

Vale ressaltar que ambos os deveres estão intrinsecamente ligados, haja vista que o ato de infidelidade conjugal, geralmente expõe o cônjuge traído ao ridículo e ao vexame.

Quanto aos demais deveres, considerando o objetivo do presente trabalho, não se faz necessário tecer comentários a seu respeito.

5.3.2 Dos companheiros

Qualquer estudo acerca da união estável deve partir do texto constitucional. Há previsão de que a união estável entre homem e mulher é reconhecida como entidade familiar, devendo ser protegida pelo Estado.

O próprio Código Civil de 2002, em seu artigo 1.723, trouxe os requisitos objetivos e subjetivos para a caracterização da união estável, reconhecendo como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Dessa forma, partindo dos requisitos do artigo 1.723 do Código Civil, podemos conceituar a união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família[27].

Apesar do conceito legal, não se pode esquecer que houve uma omissão legislativa acerca dos casais homoafetivos. Além disso, é de bom grado ressaltar que

a convivência sob o mesmo teto não constitui requisito para a caracterização da união estável.

A legislação também previu deveres para os companheiros. Inicialmente, a Lei nº 9.278/96 previu como direitos e deveres dos conviventes o respeito e consideração mútuos, a assistência moral e material recíproca e a guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Posteriormente, o Código Civil, em seu artigo 1.724, também trouxe deveres aos companheiros, determinando que esses obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Como se nota, os deveres inerentes aos companheiros são praticamente idênticos aos deveres dos cônjuges. Importante distinção é que no casamento, exige-se fidelidade, enquanto na união estável, lealdade. O segundo é um termo mais amplo que o primeiro, englobando-o completamente.

Em consequência, os comentários tecidos aos deveres inerentes ao matrimônio, também são aplicáveis à união estável, dispensando demais considerações.

5.4 Do dever de fidelidade inerente aos namorados

Surge grande problemática acerca da situação jurídica dos casais que não contraíram matrimônio, mas possuem convivência pública, contínua e duradoura, *sem objetivo de constituir família*. De certo, o livro IV do diploma civil, responsável por regular as relações familiares não se preocupou com tal situação.

O namoro, assim como o casamento e a união estável, decorre diretamente da autonomia privada. Ainda, que não haja previsão expressa no Código Civil a esse respeito, poderão as partes convencionarem acerca de sua relação, fixando regras para sua existência.

Nos termos do artigo 425 do Código Civil é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas. Logo, é perfeitamente admissível a criação de um contrato atípico de namoro.

Vale ressaltar que a doutrina moderna vem admitindo a aplicação da parte geral da teoria dos contratos ao casamento, logo, por que não a admitir para a criação e, por consequência, a proteção de uma relação afetiva de namoro.

Assim, convém definir de forma breve o contrato de namoro. Em suma, trata-se do instrumento jurídico pelo qual as partes manifestariam seu interesse em manter

uma relação amorosa, pública, contínua e duradoura, *sem a intenção de constituir família*.

Ressalta-se que tal instrumento não pode ter como finalidade burlar o instituto da união estável. De forma que, verificada a intenção de constituição de núcleo familiar, a segunda restará configurada, passível, inclusive, de ser reconhecida pela via judicial.

É verdadeiramente fantasioso imaginar que as pessoas irão sentar-se para discutir um instrumento contratual para regular seu namoro, estabelecendo prazo de duração, deveres, direitos e proibições.

Esse acordo de vontades, por certo, independerá de forma escrita ou de solenidade, conforme disposição do artigo 107 do Código Civil. Muito embora o casal possa introduzir algumas peculiaridades, por certo, alguns deveres serão implícitos.

O principal dever implícito é justamente o dever da fidelidade. A regra em nossa sociedade ainda é a monogamia, seja na relação de matrimônio, união estável e até mesmo de um simples namoro.

Muito embora as relações amorosas atuais guardem grande fluidez, é possível de se observar que ambos os namorados e a sociedade em geral esperam que haja fidelidade no relacionamento. Outrossim, não se pode duvidar de que o dever de fidelidade é aplicável às relações de namoro.

6 Ato ilícito decorrente da não observância do dever de fidelidade

De início, vale ressaltar que o ato ilícito decorrente da infidelidade se configura apenas como um ilícito civil. Até o ano de 2005, apenas para as pessoas casadas e em determinados casos, podia-se falar no ilícito penal decorrente da infidelidade, pois era tipificado no Código Penal o delito de adultério[28].

Ao prever os deveres de fidelidade e consideração mútuas, o legislador ordinário criou aos cônjuges e aos companheiros duas obrigações que estão intrinsecamente ligadas. A primeira delas, caracterizada por uma obrigação positiva, sendo o dever de guardar fidelidade para com o outro cônjuge.

Há certa premissa de que apenas a relação sexual com pessoa alheia a relação configuraria a violação da fidelidade. Tal conduta é de fato a forma mais latente da violação. Entretanto, não se pode deixar de afirmar que a simples troca de afagos, carícias ou beijos já são o bastante para a sua violação.

Superado esse ponto, tem-se a segunda obrigação, essa de natureza negativa. Quando tipificou o dever de respeito e consideração recíproca, o legislador criou o dever de não expor o outro, seja cônjuge ou companheiro, a situações vexatórias e de desrespeito[29].

Durante bastante tempo havia a crença de que o Estado não poderia influir dentro das relações familiares. De fato, as relações familiares gozam de liberdade, sendo vedado ao Estado influir coercitivamente na família, competindo a esse apenas um papel de orientador.

Contudo, apesar de tal vedação, diante da violação de um dever legal, não pode o Estado, por intermédio do poder judiciário, se omitir sob o argumento de que o violador está acobertado pelo manto protetor do instituto da família. Discordar de tal afirmação é negar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto como garantia fundamental no artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior.

Por motivos claros, o cônjuge ou companheiro infiel não apenas atenta contra o dever de fidelidade como também, ao ser descoberto, expõe o traído à situação vexatória extremamente constrangedora. Assim, fica evidenciada a violação de dois deveres legais restando, portanto, caracterizado o ilícito civil, passível de responsabilização.

Quanto ao namoro, devido a sua natureza jurídica eminentemente contratual, não há previsão de deveres legais a serem violados pela infidelidade. Entretanto, a fidelidade, respeito e consideração mútua são pilares para a existência de grande parte dessas relações, fazendo parte do contrato de namoro. Logo, a não observância desses poderá ensejar no inadimplemento do contrato, fato que também enseja responsabilidade civil.

7 Competência em razão da matéria para julgamento da demanda: Juízo Cível ou de Família?

É de suma importância a análise do juízo competente para processar e julgar a demanda, uma vez que a escolha perpassa pelos conceitos de juízo natural e do devido processo legal, sendo ambos garantias fundamentais do cidadão.

A melhor doutrina conceitua a competência como o limite para o legítimo exercício da jurisdição[30]. Nos termos do artigo 16 do NCPC, os juízes e tribunais possuem jurisdição em todo o território nacional. Contudo, por motivos de política jurisdicional, estabelece-se um limite ao exercício da jurisdição, de forma a tornar possível o funcionamento do Poder Judiciário.

Pode-se definir competência em razão da matéria como aquela determinada em virtude da natureza da causa[31], isto é, o conteúdo da causa de pedir. Vale dizer que a competência em razão da matéria possui natureza absoluta, ou seja, é improrrogável. Dessa forma, se julgada por juízo que será absolutamente incompetente, após transitar em julgado, poderá ser objeto de ação rescisória.

Vale dizer que a jurisprudência não é pacífica acerca de qual seria a competência para julgamento de tais demandas. É de bom grado colacionar alguns julgados:

“AÇÃO VISANDO INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO. JUÍZO CÍVEL. DANOS MORAIS. ADULTÉRIO. POSSIBILIDADE. 1. O ato ilícito alegado, muito embora decorrente de relação familiar, embasa pedido indenizatório, matéria afeta à esfera cível, cuja competência para julgamento não se inclui naquelas atribuídas às varas de família. Entendimento apoiado na Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios. 2. A inobservância dos deveres conjugais, dependendo das circunstâncias do caso concreto, pode justificar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. 3. É presumida a lesão a bem extrapatrimonial daquele que surpreende sua cônjuge nua, no leito conjugal, na companhia de outro homem. (...)”[32].”

“COMPETÊNCIA – Foro – Pedidos – Cumulação – Indenização por dano moral fundado na conduta ilícita imputada ao réu e pedido de separação judicial (litigiosa) – Ajuizamento perante o Juízo de Família – Impossibilidade – Pedidos que não podem ser cumulados – Hipótese em que se busca exclusivamente efeito patrimonial decorrente da infração dos deveres do casamento, não versando a lide matéria ligada à proteção à família – Competência do Juízo Cível reconhecida – Recurso desprovido[33].”

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C INDENIZATÓRIA. DECISÃO QUE DETERMINOU A EMENDA DA INICIAL PARA EXCLUSÃO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCONFORMISMO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DE FAMÍLIA. 1. De acordo com o art. 292 do CPC, admiti-se a cumulação de pedidos em um único processo, contra o mesmo

réu, ainda que não haja conexão entre eles. Para tanto, basta que estejam atendidos os requisitos de admissibilidade da cumulação, previstos nos incisos do §1º do referido dispositivo. 2. No presente caso, a Agravante ajuizou ação de divórcio c/c indenizatória por danos morais em face do ora Agravado, em decorrência de supostos atos por este cometidos no decorrer da relação conjugal, que lhe teriam abalado a honra e dignidade. 3. O Juízo da Vara de Família é competente para julgar o pedido de dano moral decorrente de relações familiares, abrangendo tanto o casamento, como a união estável ou filiação. 4. Trata-se de interpretação decorrente do disposto no art. 85, I, c/c §1º do CODJERJ, segundo o qual o Juízo de Família é competente para processar não só as causas relativas ao estado civil, mas, também as outras ações fundadas em direitos e deveres de um cônjuge em relação ao outro, as quais podem ser cumuladas com pedido de caráter patrimonial. 5. Atendimento aos princípios da economia processual e da efetividade da prestação jurisdicional. 6. Precedentes deste Tribunal e do STJ.[34]

Com o devido respeito à posição contrária, a decisão do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deverá prevalecer. Quando da fixação da competência em razão da matéria, é mister se analisar a causa de pedir, isto é, os fatos e fundamentos jurídicos que envolvem a matéria do litígio e não o pedido.

Portanto, o simples fato de o pedido ser a indenização por danos morais decorrentes da responsabilidade civil, matéria geralmente afeta à vara cível, não exclui *de per se* a competência da vara de família.

E mais, a própria criação de varas especializadas se justifica pela necessidade que certas demandas têm de serem julgadas por juízes com maior expertise no assunto. Conforme bem observado pelo ilustre doutrinador Fredie Didier, "sendo o palco do conflito a entidade familiar, é evidente que o juízo mais apto para compreender e avaliar a gravidade dos fatos dos quais decorre o pedido de reparação moral é o juízo de família[35]."

Nota-se que a causa de pedir remota, suporte fático da ação, é a própria existência de uma relação de família. Inexistindo casamento ou união estável, também inexistirá quebra dos deveres de fidelidade, consideração e respeito recíprocos. Portanto, não há motivos para se afastar o conflito da vara de família.

8 Entendimento jurisprudencial

Analisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, chega-se à conclusão de que é admitido no ordenamento jurídico pátrio a responsabilidade civil decorrente da infidelidade.

Isso se deve ao fato de ser a fidelidade, ao menos na união estável e no casamento, um dever jurídico. Logo, sua não observância poderá dar ensejo a responsabilização. Quanto ao namoro, devido a sua natureza contratual, há a responsabilidade por inadimplemento, nos moldes do artigo 389 do Código Civil.

Para fins de exemplificação, pode-se elencar dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o REsp nº 742137 – RJ e REsp nº 1.122.547 – MG. O último julgado merece especial atenção. Isso porque a corte debateu acerca da responsabilidade do cúmplice do cônjuge infiel. Nos termos do voto do ilustre relator, Min. Luis Felipe Salomão, deduz-se que a quebra dos deveres conjugais enseja à responsabilidade civil.

Contudo, devido à natureza jurídica do matrimônio, tais deveres operam apenas *inter partes*, não prejudicando nem beneficiando terceiros. Logo, ao cúmplice do cônjuge violador, não há de se falar em ilegalidade de sua conduta, eis que é pessoa estranha à relação jurídica existente.

Assim, não obstante a clara imoralidade de sua conduta, não se pode falar em qualquer ilícito civil. Como bem ressalta o Ministro relator, não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer norma que tipifique o dever de um terceiro de respeitar ou velar pela fidelidade conjugal de outrem.

De fato, o dano moral sofrido pelo cônjuge ou companheiro traído, decorre justamente da quebra do dever de fidelidade da pessoa com quem mantém relacionamento. Portanto, a conduta daquele que se envolve com pessoa comprometida em nada contribui para o abalo psicológico sofrido.

Sob esses argumentos, o Tribunal da Cidadania, de forma bastante acertada, vem entendendo inexistir responsabilidade civil ao cúmplice do cônjuge/companheiro infiel.

9 Conclusão.

A evolução das relações familiares é um assunto de suma importância nos tempos modernos. Dessa forma, não se pode deixar de analisar a responsabilidade civil decorrente dessas relações.

A quebra da fidelidade, devido a todo investimento emocional que permeia uma relação amorosa, pode causar diversos abalos psicológicos no cônjuge ou companheiro traído. Além disso, não se pode olvidar do dano à honra objetiva da pessoa traída.

Dessa forma, considerando que a fidelidade é um dever jurídico aos cônjuges e aos companheiros, apesar da descriminalização do delito de adultério, sua não observância caracteriza um ato ilícito civil gerando, portanto, reponsabilidade civil.

Além disso, muito embora a maior parte das demandas indenizatórias seja de competência do juízo cível, a competência para julgar e processar demandas indenizatórias decorrentes da infidelidade, ou seja, de relações familiares, será de competência da vara de família, considerando que a causa de pedir possui como núcleo a quebra de dever jurídico inerente ao direito de família.

10. Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980122/epubcfi/6/10!;vnd.vst.idref=html4!/4/22/2@0:100>>. Acesso em: 24 de maio de 2019.

BARRETO, Luciano Silva. *Evolução histórica e legislativa da família*. Curso 10 Anos Do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

CESAR, Nayane. **Contrato de Namoro** – Nova modalidade de contrato civil, disponível em <<https://figueiredocesar.com.br/2019/06/07/contrato-de-namoro-nova-modalidade-de-contrato-civil/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

DONIZETTE, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016512/cfi/6/10!/4/8/20@0:0>>. Acesso em: 19. Jun. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 3º Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601707/cfi/37!/4/4@0:00:19.4>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

FILHO, Sérgio Cavaliere. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paul: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000764/cfi/4!/4/4@0.00:7.19>. Acesso em: 26 jun. 2019>.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 6. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609543/cfi/4!/4/4@0.00:13.8>>

Acesso em: 19 jun. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 16. ed. São paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 6. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608966/cfi/4!/4/4@0.00:6.89>> Acesso em: 18 jun. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 17º Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547206550/cfi/67!/4/4@0.00:59.3>> Acesso em: 15 jun. 2019.

JR. Frédie Didier. COMPETENCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA ACAO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL ORIUNDO DE RELACAO FAMILIAR. *In*: MADALENO, Rolf *et al* (coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 202-204. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000689/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 26 jun. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado®**. 21º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Lígia Ziggotti de. RESPONSABILIDADE CIVIL E RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL. *In*: MADALENO, Rolf *et al* (coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-14. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000689/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

NADER, Paulo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968724/first>>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito de família**. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. V. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974619/cfi/6/10!/4/8/2/2/2@0:0>>. Acesso em: 19 jun.2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizado por Gustavo Tapedino. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/cfi/6/2!/4/2@0:0>>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/cfi/6/10!/4/12/2@0:79>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direitos das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. único.

VENOSA, Sílvio Salvo de. **Direito Civil: Direito de Família**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 5. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014860/cfi/6/10!/4/22/2@0:0>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

NOTAS:

[1] Artigo 5º, inciso XXXII, CRFB/88.

[2] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 08.

[3] NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, volume 7: Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 05.

- [4] NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, volume 7: Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 06.
- [5] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil, volume único**. 9º Ed. Forense, 2019. p. 436.
- [6] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 17º Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 66.
- [7] FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 185
- [8] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. II, p.28.
- [9] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil, volume único**. 9º Ed. Forense, 2019. p. 436
- [10] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso De Direito Civil**, v. 3: responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p. 77.
- [11] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado®**. 21º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62.
- [12] TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direitos das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2. p. 317.
- [13] BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 146.
- [14] FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 3º. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 70-71.
- [15] NADER, Paulo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7. p. 15.
- [16] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso De Direito Civil**, v. 3: responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 72.
- [17] TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direitos das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2. p. 430.

[18] STJ, REsp 604.801/RS, Recurso especial, 2003/0180031-4, Ministra Eliana Calmon T2 – Segunda Turma 23.03.2004, DJ 07.03.05.

[19] TJ AM, Apelação Cível 0339049-43.2007.8.04.0001, Relator: Des. Airton Luís Corrêa Gentil, Terceira Câmara Cível, 22.10.2018, DJE 22.10.2018.

[20] BARRETO, Luciano Silva. **Evolução histórica e legislativa da família**. Curso 10 Anos Do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. p. 206.

[21] BARRETO, Luciano Silva. **Evolução histórica e legislativa da família**. Curso 10 Anos Do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. p. 208.

[22] PEREIRA, Caio Mário Da Silva. **Instituições de direito civil**: Direito de família. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. V. p. 89.

[23] Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, Direito de Família, 35. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 117.

[24] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil**: Direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 6. p. 295.

[25] DONIZETTE, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 930

[26] PEREIRA, Caio Mário Da Silva. **Instituições de direito civil**: Direito de família. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. V. p. 201.

[27] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil**: Direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 6. p. 430.

[28] Artigo 240 do Código Penal, revogado pela Lei nº 11.106, de 2005.

[29] PEREIRA, Caio Mário Da Silva. **Instituições de direito civil**: Direito de família. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. V. p. 201.

[30] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 218.

[31] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 252.

[32] TJ-DF - APELACAO CIVEL NO JUIZADO ESPECIAL ACJ 20060510086638 DF (TJ-DF)

[33] TJSP, Agravo de Instrumento n. 496.500-4/0-00/São Paulo, 10ª Câmara Dir. Priv., rel. Testa Marchi, j. 04.09.2007, v.u..

[34] TJ-RJ, Agravo de Instrumento 00320996720139190000/ RIO DE JANEIRO, Relator: BENEDICTO ULTRA ABICAIR, Sexta Câmara Cível, 18/09/2013, DJE: 26.09.2013.

[35] JR. Frédie Didier. Competencia para o processamento e julgamento da acao de responsabilidade civil por dano moral oriundo de relacao familiar. *In*: MADALENO, Rolf *et al* (coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 204.

A (IN) EFICIÊNCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA

LEANDRO DO NASCIMENTO LUCENA:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI

JOSÉ VICENTE FERREIRA NETO

(coautor)

VIVIANE MARIA DE PÁDUA DIAS MAGALHÃES

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar os aspectos da lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, voltado para as medidas protetivas de urgência no que tange a sua (in) eficiência, haja vista os casos de violência doméstica contra a mulher crescerem cada dia mais, e essas medidas serem uma das maneiras encontradas para tentar cessar a reincidência desse crime, até porque só são concedidas após a violência ou na sua iminência. A metodologia usada foi a análise da legislação, livros, artigos, documentários. É notório que a aplicação das medidas protetivas ainda é falha, pois não existem mecanismos suficientes por parte do poder público para fiscalizar e combater essas agressões. O que confirma essa afirmativa são os inúmeros casos de descumprimento de medida protetiva por parte do agressor, o que provoca na ofendida uma sensação de medo e de insegurança, pois não consegue se sentir segura apenas com a aplicação dessas medidas. Vale ressaltar que não é apenas do Poder Público a culpa por boa parte da ineficiência das medidas, mas também de algumas vítimas que se retratam da denúncia e deixam seus agressores impunes.

Palavras-chaves: Lei Maria da Penha. Eficácia. Ineficácia. Medidas protetivas de urgência.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the aspects of law nº 11.340 / 06, known as Lei Maria da Penha, focused on urgent protective measures regarding its (in) efficiency, given the cases of domestic violence against women grow more and more each day, and these measures are one of the ways found to try to stop the recurrence of this crime, not least because they are only granted after the violence or in its imminence. The methodology used was the analysis of legislation, books, articles, documentaries. It is well known that the application of protective measures is still flawed, as there are not enough mechanisms on the part of the government to monitor and combat these aggressions. What confirms this statement are the countless cases of noncompliance with protective measures by the aggressor, which causes the victim to feel fear and insecurity, as she cannot feel safe just with the

application of these measures. It is noteworthy that it is not only the Public Power that is responsible for much of the inefficiency of the measures, but also for some victims who retract the complaint and leave their aggressors unpunished.

Keywords: Maria da Penha Law. Effectiveness or ineffectiveness. Emergency protective measures.

Sumário: 1 Introdução. 2 Criação da Lei Maria da Penha. 2.1 Objetivos da Lei Maria da Penha. 2.2 Os tipos de violência. 3 As medidas protetivas de urgência. 3.1 Medidas protetivas de urgência à vítima. 3.2 As medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor. 3.3 As medidas protetivas de urgência em tempos de covid-19. 4 A (in) eficiência das medidas protetivas de urgência. 5 Alterações recentes com relação à Lei Maria da Penha. 6 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A temática abordada será sobre a lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, é uma lei federal que tem como objetivo coibir atos de violência doméstica contra a mulher. No seu art. 7º ela tipifica as situações de violência doméstica, tais como a violência física, entendida como qualquer conduta que ofende a sua integridade ou saúde corporal, a violência psicológica, sexual, patrimonial e moral, assim como determina o encaminhamento das mulheres e de seus dependentes em situação de violência, a programas e serviços de proteção e de assistência social, sendo importante a discussão sobre ela para se analisar se realmente está sendo eficaz a aplicação de suas determinações dentro da sociedade (BRASIL, 2006).

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste projeto de pesquisa foi a revisão bibliográfica, documental e legislações específicas, fazendo o uso de publicações disponíveis sobre as Leis 11.304/06 e 13.641/2018, além da análise de leis que abarcam o tema, tais como o uso da Constituição Federal, do Código Penal e afins, delineando o escorço histórico e modalidades das Medidas Protetivas de Urgência.

O presente projeto se desenvolve em quatro capítulos. O primeiro irá tratar da Lei Maria da penha de maneira abrangente, o que será feito pelo estudo da própria legislação, qual seja a Lei nº 11.304/06. O segundo abarca os tipos de medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e buscam proteger às vitimas, além de uma breve análise dessas medidas protetivas em tempos de Covid-19. No terceiro será tratado sobre a real (in) eficiência dessas medidas, e finalizando com as recentes alterações com relação à Lei Maria da Penha.

Tem-se como objetivos analisar a aplicação e a (in) eficiência das medidas protetivas de urgência, entender as políticas públicas de enfrentamento da violência contra a mulher, em especial as medidas protetivas de urgência.

2 CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

O nome da Lei foi baseado na história de Maria da Penha, que foi vítima de tentativa de feminicídio por parte de Marco Antônio Heredia Viveros duas vezes. Na primeira ocasião, ele efetuou um disparo nas costas dela. Por causa dessa tentativa, Maria da Penha ficou paraplégica devido a lesões irreversíveis na terceira e quarta vértebras torácicas, laceração na dura-máter e destruição de um terço da medula à esquerda além de outras sequelas físicas e traumas psicológicos (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2009).

Em sua declaração, Marco Antônio disse à polícia que havia ocorrido uma tentativa de assalto, versão que foi depois desmentida pela perícia. Quando Maria da Penha voltou para casa após ter ficado internada e passado por cirurgias, ele a manteve em cárcere privado durante 15 dias e tentou eletrocutá-la durante o banho (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2009).

Marco Antônio teve seu primeiro julgamento somente após 4 de maio de 1991, e obteve por resultado uma condenação de 15 (quinze) anos de reclusão. Ele, através de seu advogado, entrou com recurso e obteve a anulação da sentença em 1992. Somente em 1996 ocorreu um novo julgamento, com a condenação a 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de prisão. Porém, sob a alegação de irregularidades processuais por parte dos advogados de defesa, mais uma vez a sentença não foi cumprida (MORAES, 2019).

O caso ganhou grande repercussão internacional em 1998. Maria da Penha, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denunciaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA), (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2009). Em relação ao desfecho desse caso, Moraes cita que:

Se voltou para a incapacidade do estado brasileiro de garantir os direitos e deveres que as mulheres vítimas dessas agressões necessitam para sobreviver em uma sociedade onde existe a prática dos Direitos Humanos, sendo necessário um processo investigativo de forma rígida, imparcial e exaustiva, onde teria por obséquio a responsabilidade penal pela possível tentativa de homicídio causado contra Maria da Penha, indicando a

ocorrência de obstruções para que esse processo fosse elaborado ligeiramente, recomendar, portanto, que fosse feita uma reparação efetiva por meio de medidas nacionais para por fim a toda intolerância do estado em face da violência praticada contra as mulheres (MORAES, 2019).

Após o Projeto de Lei n. 4.559/2004 da Câmara dos Deputados que foi aprovado por unanimidade em ambas as Casas, em 7 de agosto de 2006 o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a lei n. 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2009).

A violência doméstica é um problema que atinge não só aquela que é alvo dessas agressões, como também seus familiares e amigos. Proporciona dor, medo, sofrimento, angústia, ansiedade, distúrbios, lesões irreversíveis, como no caso de Maria da Penha, e até a morte.

Essas mulheres precisam entender o processo de violência e, a partir dessa consciência, tomar a sua decisão, que seria manter o relacionamento com seu agressor, buscar auxílio para superar o ciclo da violência, ou afastar-se, definitivamente, do autor da agressão. É nesse aspecto que a Lei Maria da Penha cumpre um dos seus relevantes papéis, que é dispor de instrumentos úteis que podem ser usados pela mulher em situação de violência doméstica ou familiar (BIANCHINI, 2018).

Diante de todos os avanços proporcionados, cabe salientar que antes da implantação da Lei Maria da Penha, a violência doméstica contra a mulher era julgada sob a vigência da Lei 9.099/95, que aplicava penas com menor potencial ofensivo aos agressores e tratava como qualquer outro crime pela justiça comum os atos de violação contra a vida e integridade das mulheres (SOUZA, 2009).

2.1 Objetivos da Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha tem como objetivo coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e, se a agressão já ocorreu, criar medidas para combater a reincidência e proteger a ofendida desse agressor. Segundo Cavalheiro (2016), também objetiva-se analisar a violência doméstica no âmbito social, sendo de responsabilidade do Estado essa função.

A entrada em vigor da Lei Maria da Penha foi um acontecimento que marcou a política na luta pelos direitos das mulheres no Brasil e no reconhecimento dessa violência como um problema de políticas públicas, além de um importante divisor de águas no que se trata do enfrentamento jurídico da violência baseada no gênero,

pois estabeleceu novos patamares no tocante ao enfrentamento da agressão contra as mulheres no Brasil (PASINATO, 2015).

Após a criação da legislação específica prevista nas inovações na Lei 11.340/2006, os crimes praticados no tocante às mulheres vítimas de violência doméstica elevaram maior potencial no campo jurídico, sendo suspensas as previsões da Lei 9.099/95, independente da pena, conforme o artigo 41 da Lei Maria da Penha.

A constituição Federal de 1988, em seu art. 226, §8º, diz que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988), ou seja, a Lei Maria da Penha, juntamente com as ações do Estado, são responsáveis por impedir que ocorra a violência contra a mulher e, se ocorrer, por punir o agressor e implementar as medidas protetivas de urgência para tentar impedir a reincidência do crime.

O art. 2º da Lei Maria da Penha cita que toda mulher, independente de quaisquer circunstâncias, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Vejamos o texto legal:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2006).

Pode-se observar que o texto do artigo citado anteriormente elenca que é independente de orientação sexual a aplicação da Lei Maria da Penha, ou seja, ampara também a pessoa que se identifica como mulher, mesmo possuindo a genitália do homem. Nesse sentido trata o Enunciado 46 do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Vejamos:

ENUNCIADO 46: A lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5º, da Lei 11.340/2006. (APROVADO no IX FONAVID – Natal).

2.2 Os tipos de violência

A violência de gênero envolve uma determinação social dos papéis masculino e feminino, e esses papéis são acompanhados de instrumentos de conduta advindos de uma educação diferenciada, que atribui o controle das circunstâncias ao homem, e ele administra com a participação da mulher, o que significa ditar-lhes rituais de entrega, recato sexual, vida voltada a questões meramente domésticas, priorização da maternidade (BIANCHINI, 2018).

A Lei Maria da Penha demonstra que configuram violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006). Vejamos com mais detalhes:

- A violência física: entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal, como tapas, socos, uso de armas, entre outros. Exemplos: espancamento, apertar os braços, tortura, ferimentos causados por queimaduras ou armas de fogo.
- A violência psicológica: entendida como qualquer ação que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento, que não deixa marcas visíveis, porém prejudica a saúde psicológica. Exemplos: ameaças, constrangimento, manipulação, vigilância constante, insultos.
- A violência sexual: entendida como qualquer ato que faça com que a mulher mantenha relações sexuais sem sua devida autorização ou desejo. Exemplos: estupro, forçar matrimônio, gravidez, limitar ou anular o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.
- A violência patrimonial: entendida como qualquer ato que cause retenção, dano ou destruição a objetos ou documentos pessoais. Exemplos: controlar o dinheiro, destruição de documentos pessoais, estelionato, privar de bens, valores ou recursos econômicos.
- A violência moral: entendida como qualquer ação que enseje em calúnia, difamação ou injúria. Exemplos: fazer críticas mentirosas, expor a vida íntima, desvalorizar a vítima pelo seu modo de se vestir.

Corriqueiramente, não ocorre apenas um tipo de violência isoladamente, haja vista o uso de outros tipos após a consumação de, por exemplo, a física, para coagir,

intimidar, desenvolver o medo na vítima, o que, por isso, torna-se mais difícil para ela o processo de denúncia do seu agressor, por medo.

Portanto, essa lei foi criada e aperfeiçoada para buscar punir de forma severa os agressores de mulheres no âmbito doméstico e familiar, criando medidas para que essas vítimas perdessem o medo de denunciar a violência, por receio de vingança ou perseguição por parte do agressor.

Vale salientar que, antes da criação da Lei Maria da Penha, esses crimes eram tratados no âmbito dos Juizados Especiais Criminais que resolviam a violência aplicando apenas multas e cestas básicas, deixando, assim, impunes os agressores e tornava-se recorrente a agressão. Por serem fracas as medidas que eram tomadas, as vítimas tinham receio de denunciar novamente por saberem que não possuíam medidas severas que impedissem o agressor de cometer o ato outras vezes (SOUZA, 2009).

3 DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Após as análises realizadas no capítulo anterior, pode-se, agora, observar o assunto de maior relevância do presente estudo, que é identificar se há eficiência nos mecanismos criados pela Lei para proteção das mulheres vítimas de violência doméstica.

Antes da criação da Lei nº 11.340/06, como não existiam condutas severas por parte do Poder Público, as vítimas tinham receio de fazer a denúncia desses crimes, por saberem que as medidas adotadas não conseguiriam impedir que se repetissem outras vezes essas práticas criminosas. Com isso, a Lei Maria da Penha trouxe as chamadas medidas protetivas de urgência.

São medidas que visam amparar a mulher, independente de raça, etnia, orientação sexual, ou seja, sem nenhum requisito mínimo, ao criar mecanismos para tentar proteger e coibir a vítima e seus familiares da violência familiar e doméstica (BRASIL, 2006). Mesmo sendo usada após ocorrer a lesão ou o perigo desta, buscam impedir a continuidade da agressão e assegurar os direitos das mulheres.

Estão recepcionadas na Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha), e cabe ao juiz, após o pedido da ofendida ou requerimento do Ministério Público, decidir, no prazo de 48h (quarenta e oito horas), sobre as medidas protetivas de urgência, ou seja, se serão concedidas ou não (BRASIL, 2006).

Além disso, essas providências poderão ser aplicadas pelo Juiz cumulativamente ou separadas, sendo relevante para a escolha o que for melhor para

propiciar a proteção e segurança da vítima contra possíveis outras agressões por parte do acusado. Também, segundo o art. 19, §1º da Lei Maria da Penha, essas medidas protetivas de urgência poderão ser decretadas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado (BRASIL, 2006).

Antes da análise da (in) eficácia das medidas protetivas de urgência, é necessário identificar e separar as medidas protetivas que obrigam o agressor, das medidas protetivas de urgência à ofendida, e essas medidas em tempos de Covid-19.

3.1 Medidas protetivas de urgência à vítima

Essas medidas foram criadas para proteger principalmente o alvo desse problema, a mulher. Visto todas as informações antes mencionadas, pode-se observar a grande inércia do poder público quando tratado sobre a violência contra a mulher, apesar desse não ser o principal problema enfrentado por essas vítimas.

Estão elencadas nos art. 23 e 24 da Lei Maria da Penha, e são ações que o Juiz fará após ter ocorrido a violência ou a ameaça de ocorrer. Vejamos primeiramente o art. 23 (BRASIL, 2006):

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

Portanto, são medidas que buscam evitar o contato da ofendida e de seus dependentes com o agressor e a uma possível reincidência da violência, ou até mesmo um crime brutal por parte dele, movido pela ira da ofendida o ter denunciado.

Já o art. 24 da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) determina medidas a serem adotadas para proteger o patrimônio da sociedade conjugal, ou daqueles que podem ser apenas da mulher, haja vista o agressor poder usar de ameaça para que a ofendida retire a denúncia ou que volte para o lar. Vejamos o texto legal:

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Apesar de o problema ser alarmante, muito casos não entram para as estatísticas porque não são denunciados, devido a diversos motivos. O principal deles é o medo, que pode levá-la a pensar que essa denúncia acarretará ainda mais raiva ao agressor, e o processo talvez não consiga ajudá-la e que, por isso, seja obrigada a continuar vivendo com esse agressor.

A dependência emocional, financeira e a preocupação com a criação dos filhos também é uma grande barreira a ser desconstruída por essas vítimas, por isso essas medidas tem a finalidade de afastar e proteger tanto a vítima como seus dependentes. Poderá o juiz, quando necessário, encaminhar a ofendida e seus

dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento e o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos (BRASIL, 2006).

3.2 As medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor

Estão amparadas no art. 22 da Lei Maria da Penha, disciplinando as medidas que serão aplicadas ao agressor após a constatação da prática da violência doméstica e familiar, e serão concedidas em conjunto ou separadamente pelo Juiz.

Assim, visando à proteção da vítima de agressões atuais ou futuras, a concessão dessas medidas pode ocorrer mesmo que não exista uma representação criminal, ou seja, mesmo com ameaças ou ações feitas pelo agressor que possam colocar em risco a integridade da mulher, esta já pode requerer a medida adequada.

Nos incisos do art. 22 da Lei Maria da Penha descrevem as medidas cabíveis ao agressor e, para garantir a efetividade dessas medidas, o Juiz poderá requisitar, a qualquer momento, o auxílio de força policial (BRASIL, 2006).

No inciso I determina a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente (BRASIL, 2006). É uma medida que se destina aos agressores que possuem porte ou posse legal de arma de fogo que, por meio dessa ferramenta, possa colocar em perigo a vida da mulher e dos dependentes, se houver.

No inciso II traz o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (BRASIL, 2006). É usada para evitar que continue ocorrendo a violência, buscando transmitir mais segurança à ofendida por saber que o agressor não continuará no mesmo recinto e, com isso, não se repetirão as constantes agressões.

No inciso III (BRASIL, 2006) contempla a proibição de determinadas condutas, que entre elas pode-se citar:

- a) Aproximar-se da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor.
- b) Manter contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação. Tem a finalidade de evitar, por exemplo, agressões via telefone, rede social, e proteger a mulher de qualquer forma de violência.
- c) Frequentar determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida, ou seja, evitar

qualquer tipo de contato com a mulher, com o objetivo de não haver mais meios para que ocorra a violência.

No inciso IV trata-se da restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar (BRASIL, 2006). Essa visita poderia ser uma maneira de o agressor encontrar a ofendida e continuar praticando as agressões contra ela, dificultando, assim, a cessação total do crime, e também colocar em risco a segurança ou o desenvolvimento psicossocial dos dependentes.

No inciso V traz a prestação de alimentos provisórios ou provisionais (BRASIL, 2006). É uma maneira de suprir as necessidades da ofendida enquanto não resolvida a lide, ou seja, tem o intuito de manter a subsistência da vítima. É muito comum a mulher ofendida depender do homem, e ele ser visto como o “que coloca comida na mesa” e a mulher, ao buscar sua independência, acarreta em uma dificuldade do homem em aceitar a situação, que entende ser, através da violência, um jeito de manipulá-la conforme suas vontades. Dias explica bem detalhadamente sobre esse comportamento do agressor e as consequências desse tipo de relação. Vejamos:

O desejo do agressor é submeter a mulher à vontade dele; tem a necessidade de controlá-la. Assim, busca destruir a sua autoestima. As críticas constantes fazem ela acreditar que tudo que faz é errado, de nada entende, não sabe se vestir nem se comportar socialmente. É induzida a acreditar que não tem capacidade para administrar a casa e nem cuidar dos filhos. A alegação de não ter ela bom desempenho sexual leva ao afastamento da intimidade e à ameaça de abandono (DIAS, 2007, p. 18).

Mesmo a Lei trazendo essas medidas, o Juiz poderá aplicar outras medidas previstas na legislação em vigor, não se limitando apenas a essas medidas. Ele deve apenas informar ao Ministério Público que adotou outras providências (BRASIL, 2006).

3.3 As medidas protetivas de urgência em tempos de Covid-19

É notório que a pandemia do Covid-19 causou enormes estragos em todo o mundo. Uma das medidas usadas para seu combate foi o isolamento social, que se resume à população se manter isolada em sua residência e só sair em caso de extrema necessidade, com uso de máscara.

Segundo Leite (2020), o número de pedidos de medidas protetivas de urgência para as mulheres que sofrem violência doméstica caiu 38% no mês de abril de 2020, na cidade de São Paulo-SP, comparado com o mês de março do mesmo ano. Porém, isso não significa que a violência contra a mulher diminuiu. Pelo contrário, significa que há uma maior dificuldade da ofendida buscar ajuda, haja vista o agressor permanecer mais tempo no lar em virtude do isolamento social adotado no combate ao Covid-19.

A convivência forçada durante o isolamento social gera tensões dentro do lar. O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos cita que houve um aumento de quase 9% no número de ligações para o canal Ligue 180 (número que recebe as ligações de denúncias de violência doméstica), revelando, com isso, o crescente risco que a ofendida está sendo submetida constantemente (BRASIL, 2020).

A Organização das Nações Unidas recomendou aos países que buscassem maneiras para investir ainda mais em atendimentos online, para apurar as denúncias de violência doméstica, assim como que o sistema judicial continuasse processando os agressores, para, com isso, garantir a proteção da ofendida, mesmo em tempos de pandemia. Uma das importantes recomendações também foi a criação de abrigos para essas vítimas de violência, para que não se sintam presas à esses agressores (BRASIL, 2020).

Torna-se evidente que o objetivo dos Estados-membros é salvar vidas diante das consequências que a pandemia está ocasionando. Porém, deve-se lembrar também das inúmeras vidas que estão sendo ameaçadas, todos os dias, pela violência doméstica.

4 A (IN) EFICIÊNCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Sabe-se que, a cada minuto, mulheres sofrem violência doméstica no Brasil. As medidas protetivas são mecanismos usados para tentar sanar a reincidência dessas agressões. Porém, será se são realmente eficazes?

É notório que essas medidas foram criadas para proteger a vítima do seu agressor. Porém, se por um lado é aplicada com eficiência, por outro falham os órgãos competentes para executá-la, haja vista a falta de estrutura dos órgãos governamentais (BRUNO, 2013).

Vejamos um julgado *in verbis* do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que demonstra um exemplo do descumprimento de uma medida protetiva de urgência:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - AMEAÇA NO ÂMBITO DOMÉSTICO E DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL CONCESSIVA DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PALAVRA SEGURA DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Restando plenamente demonstrado que o réu, prevalecendo-se de relação íntima de afeto e coabitação, praticou crimes de ameaça contra a sua então companheira e seu enteado, bem como descumpriu decisão judicial que deferiu medidas protetivas de urgência, é de rigor a manutenção do decreto condenatório. 2. Recurso não provido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.18.090064-9/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/04/2020, publicação da súmula em 19/05/2020), (TJMG, 2020).

Nota-se, em apenas um dos inúmeros casos, que a simples concessão da medida sem a efetiva fiscalização por parte do Estado, não se demonstra eficaz e provoca o seu descumprimento. O agressor não se sente reprimido pela medida imposta, e acaba descumprindo, colocando em risco a integridade da ofendida.

Analisando o julgado colacionado anteriormente, pode-se concluir que, embora exista no Brasil uma das melhores leis do mundo no tocante ao combate à violência de gênero, o Poder Público ainda não possui mecanismos necessários para garantir a segurança das ofendidas que estejam em risco ou já tenham sofrido algum ato de violência doméstica, familiar ou em relação íntima de afeto (OLIVEIRA, 2019).

Boa parte das vezes a ineficiência da medida protetiva está também na vítima quando resolve retirar a denúncia e reatar com o agressor. Nem sempre o Judiciário é o responsável pela não eficiência das medidas, isso porque quando a própria ofendida resolve, por bem, se retratar da representação, conseqüentemente as medidas de proteção são revogadas pela autoridade que estabeleceu, no caso o Juiz (PACHECO, 2015).

Pode-se verificar que o Brasil não possui estrutura necessária para garantir a segurança e vigilância pessoal da vítima, verificando-se os casos de violência de gênero que vem vitimando as mulheres de maneira cada vez mais desumanas e cruéis, deduzindo-se, assim, que o Poder Público, em consonância com a sociedade, deve buscar mecanismos que possam garantir a real eficácia das medidas protetivas (CARVALHO, 2017).

Não se trata apenas de estabelecer o afastamento do agressor da ofendida, deve haver uma fiscalização para saber se as medidas estão sendo cumpridas, haja vista, em alguns casos, o agressor faz ameaças para que a queixa seja retirada e, com isso, a vítima termina por se retratar da representação movida pelo medo (PACHECO, 2015).

É verificado que a Lei é eficaz por trazer os tipos de medidas protetivas a serem adotadas. Porém, a execução por parte do Estado é cheia de falhas, haja vista não dar suporte necessário, devendo, por exemplo, montar uma estrutura como preparar o agente policial, equipar viaturas, construir abrigos dignos com profissionais competentes na área de psicologia, assistência social, que possa amparar as ofendidas, assegurando a elas uma vida livre de agressões (BRUNO, 2013).

5 ALTERAÇÕES RECENTES COM RELAÇÃO À LEI MARIA DA PENHA

Após a criação da Lei Maria da Penha, algumas mudanças em relação a ela ocorreram, objetivando maior eficácia no cumprimento das medidas protetivas de urgência e, conseqüentemente, menor número de violência contra a mulher.

A lei 13.641/18 alterou a Lei Maria da Penha e incluiu o art. 24-A, que determinou a pena de detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos para o agressor que descumprir qualquer medida protetiva deferida pelo Juiz. Ainda incluiu que a configuração de crime independe da competência civil ou criminal do Juiz que deferiu as medidas (BRASIL, 2018).

Portanto, conforme a nova lei será caso de prisão em flagrante do agressor o descumprimento de uma medida protetiva de urgência, e será encaminhado a uma autoridade policial para a lavratura do auto.

Outra mudança no âmbito da Lei Maria da Penha foi a inclusão de duas novas modalidades de medidas protetivas pela Lei 13.984/20, que incluiu no art. 22 da Lei 11.340/06 os incisos VI e VII, trazendo aquele o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação, e este o acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio (BRASIL, 2020).

O comparecimento a esses programas passou a ser obrigatório quando determinado pela autoridade judicial como uma medida protetiva, e o seu descumprimento, que seriam faltas injustificadas nos programas, poderá acarretar a prisão em flagrante do agressor. Nas palavras de Bianchini (2018, pg. 71-72):

Centros de educação e reabilitação de autores de agressão estão previstos na Lei Maria da Penha, mas, tanto quanto os serviços especializados de atendimento à mulher agredida, ainda são pouquíssimos no País. Os esforços de criação ou manutenção destes centros sofrem com a resistência da sociedade, das entidades, do Judiciário e de alguns coletivos feministas, os quais não enxergam com olhos complacentes as penas alternativas, em casos de violência doméstica contra a mulher.

A Lei 13.827/19 também alterou a Lei Maria da Penha, e uma das mudanças foi a inclusão do art. 12-C que previu o afastamento do agressor da residência da ofendida, se verificada a existência de um risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes. Esse afastamento poderá ocorrer pela autoridade judicial, pelo delegado de polícia, quando o município não for sede de comarca, ou pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia (BRASIL, 2019).

Ainda acrescenta o §2º do mesmo artigo a possibilidade da não concessão de liberdade ao agressor se for constatado risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência (BRASIL, 2019).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que se discorreu no presente artigo, é notório que a Lei Maria da Penha foi criada com o objetivo de cessar a violência de gênero, ou seja, criar mecanismos para que o agressor se sinta acuado e repense as inúmeras consequências que terá se cometer a violência contra a mulher, seja qualquer tipo de violência já elencadas.

Ficou evidente durante o decorrer da pesquisa que a execução das medidas protetivas é falha, em alguns casos ainda são ineficazes, haja vista a falta de estrutura dos Estados-membros, de mais delegacias especializadas na violência contra a mulher. Muitos dos agressores não respeitam as medidas protetivas impostas a eles, devendo, portanto, haver uma maior fiscalização e endurecimento delas, para tentar reprimir qualquer tentativa de descumprimento e, assim, assegurar uma maior segurança à ofendida.

Então uma das soluções para melhorar a eficácia seria que a ação penal não fosse passível de representação, com isso evitaria que a ofendida agisse movida pela

emoção, e o agressor cumpriria a pena e pensaria nas reais consequências de cometer novamente a agressão.

Pode-se concluir que a Lei não é falha, mas a sua execução ainda necessita de melhorias, de mais capacitação por parte dos profissionais, mais empenho por parte do Poder Público visando facilitar, ainda mais, a denúncia desses crimes, e políticas públicas para conscientizar e fortalecer as mulheres, para transmitir a elas a mensagem de que não são obrigadas a viver para sempre sob o mesmo teto do agressor, nem a vida toda humilhada por eles, pelo simples fato de, por exemplo, ele ser quem “sustenta a casa”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 25 mai. 2020.

_____. **Lei 13.641, de 3 de abril de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm>. Acesso em 25 mai. 2020.

_____. Ministério da Mulher, da família e dos Direitos Humanos. **Coronavírus: sobre o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena**. Brasília, DF, 2020. Disponível em <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>>. Acesso em 25 mai. 2020.

_____. **Organização das nações unidas Brasil**. Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus. **Disponível em**

<<https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>>. Acesso em 25 mai. 2020.

_____. TJMG - **Apelação Criminal 1.0024.18.090064-9/001**, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/04/2020, publicação da súmula em 19/05/2020. Disponível em:

<

BIANCHINI, Aline. **Coleção Saberes Monográficos – Lei Maria da Penha**. Editora Saraivajur, 2018. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#books/9788553600236/>>. Acesso em 25 mai. 2020.

BRUNO, Tamires Negrelli. Lei maria da penha x ineficácia das medidas protetivas. Brasil escola, 2013. Disponível em:

<<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/lei-maria-penha-x-ineficacia-das-medidas-protetivas.htm#indice> 29>. Acesso em 25 mai. 2020.

CARDOSO, Bruno. **Violência contra a mulher: o que são as medidas protetivas de urgência?** 2018. Disponível em:

<<https://brunonc.jusbrasil.com.br/artigos/544108267/violencia-contra-a-mulher-o-que-sao-as-medidas-protetivas-de-urgencia>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

CARVALHO, Amanda Kelly de Lima. **A (IN) EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA E APLICABILIDADE DAS SUAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA**. 2017. 22 f.

TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário Tabosa de Almeida -

Asces/ Unita, Caruaru, 2017. Disponível em:

<<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/1130/1/A%20%28IN%29%20EFIC%3%81CIA%20DA%20LEI%20MARIA%20DA%20PENHA%20E%20APLICABILIDADE%20DAS%20SUAS%20MEDIDAS%20PROTETIVAS%20DE%20URG%3%8ANCIA.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

CAVALHEIRO, Ana Paula. **OS OBJETIVOS DA LEI MARIA DA PENHA E O ALCANCE DA PROTEÇÃO DA BRIGADA MILITAR NOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHER A PARTIR DO TRABALHO DA PATRULHA MARIA DA PENHA**. 2016. 41 f.

Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Dcjs – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Unijuí – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul., Três Passos (rs), 2016. Disponível em:

<<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/3646/Monografia%20Ana%20Paula%20Cavalheiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.
Acesso em: 25 mai. 2020.

DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FONAVID. ENUNCIADOS DO FONAVID, atualizados até o X FONAVID, realizado em Recife/PE, entre 12 e 15 de novembro de 2018. Disponível em <<https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>>. Acesso em 25 mai. 2020.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. Tipos de violência. Fortaleza/CE, 2009. Disponível em <<http://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tipos-de-violencia.html>>. Acesso em 25 mai. 2020.

LEITE, Isabela. Coronavírus: Número de pedidos de medidas protetivas para mulheres que sofrem violência doméstica em SP cai 38% em abril. Jornal G1, São Paulo, 20 de abril de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/04/20/coronavirus-numero-de-pedidos-de-medidas-protetivas-para-mulheres-que-sofrem-violencia-domestica-em-sp-cai-38percent-em-abril.ghtml>>. Acesso em 25 mai. 2020.

MAGALHÃES, Amanda. Quarentena com o inimigo: o aumento dos índices de violência doméstica em tempos de covid-19. Migalhas, 2020. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324827/quarentena-com-o-inimigo-o-aumento-dos-indices-de-violencia-domestica-em-tempos-de-covid-19>>. Acesso em 25 mai. 2020.

MORAES, Joice Caroline Lima. LEI MARIA DA PENHA – REFLEXÕES. 2019. 59 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Jurídicas, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade de Taubaté., Taubaté-sp, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.unitau.br/jspui/bitstream/20.500.11874/3581/1/TG-Joice.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

OLIVEIRA, Beatriz Costa. FEMINICÍDIO E (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA. 2019. 42 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Unievangélica, Anápolis, 2019. Disponível em: <<http://45.4.96.19/handle/aee/1345>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

PACHECO, Indiara Leilane Cavalcante. A (in) eficiência das medidas protetivas de urgência lei maria da penha. Conteúdo jurídico, 2015. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44228/a-in-eficacia-das-medidas-protetivas-de-urgencia-lei-maria-da-penha>>. Acesso 25 mai. 2020.

PASINATO, Wânia. Oito anos de lei maria da penha. Entre avanços, obstáculos e desafios. **Revista Estudos Feministas**. 2015;23(2):533-545. <Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=381/38139191014>>. Acesso em 25 mai. 2020.

SOUZA, Paulo Rogério Areias de. A Lei Maria da Penha e sua contribuição na luta pela erradicação da discriminação de gênero dentro da sociedade brasileira. **Âmbito jurídico**, 2009. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-61/a-lei-maria-da-penha-e-sua-contribuicao-na-luta-pela-erradicacao-da-discriminacao-de-genero-dentro-da-sociedade-brasileira/>>. Acesso em 25 mai. 2020.

ZAREMBA, J. Maioria das mulheres não denuncia agressor à polícia ou à família, indica pesquisa. **Folha UOL, São Paulo/SP, 2019.** Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/maioria-das-mulheres-nao-denuncia-agressor-a-policia-ou-a-familia-indica-pesquisa.shtml>>. Acesso em 25 mai. 2020.

DIREITO DOS ANIMAIS: A INSUFICIÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM TERESINA – PI

INGRID ALVES DE RESENDE: Bacharelanda no curso de Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI.

LORENA MARIA HOHMANN FORTES MONÇÃO
(coautora)

Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Msc. MARÍLIA MARTINS SOARES DE ANDRADE

RESUMO: O presente artigo analisou a legislação vigente com relação aos animais domésticos no intuito de levantar quais são as medidas protetivas adotadas pelo poder público com relação a esses animais que sofrem maus-tratos. As principais leis de proteção aos animais domésticos são: a Constituição Federal de 1988 através do artigo 225, que trata sobre a proteção do meio ambiente pela coletividade, e a lei federal 9.605/98 (Lei de crimes ambientais), que determina as sanções penais e administrativas para quem realiza condutas lesivas ao meio ambiente. O objetivo do presente artigo foi uma análise sobre as políticas públicas voltadas aos animais domésticos em Teresina, para tanto foi necessário explanar sobre as principais legislações protetivas dos animais, levantamento das políticas públicas adotadas e apresentação de sugestões que podem melhorar as medidas protetivas aos animais. A pesquisa foi elaborada através do método bibliográfico, classificando-se em exploratória e qualitativa, baseando-se na aplicabilidade de políticas públicas voltadas para animais domésticos. Concluiu-se que a adoção de políticas públicas eficazes ajudará na conscientização da sociedade com relação aos maus-tratos e no caráter prestativo com relação às doações para os abrigos, ocasionando um ambiente mais saudável e propício para o aumento do número de adoções de animais abandonados.

Palavras-chave: Animais domésticos. Direito dos animais. Políticas públicas.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 LEIS DE PROTEÇÃO DOS ANIMAIS NO BRASIL. 3 DIREITOS HUMANOS PARA PROTEÇÃO DOS ANIMAIS. 4 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ANIMAIS DOMÉSTICOS. 5 MEDIDAS PROTETIVAS COM RELAÇÃO AOS ANIMAIS. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema a análise das políticas públicas protetivas dos animais domésticos em Teresina-PI, partindo-se do seguinte questionamento: Quais as medidas protetivas adotadas pelo poder público com relação aos animais? Nesse viés, o objetivo geral do presente estudo é realizar análise sobre as políticas públicas voltadas para os animais no município de Teresina-PI.

Considerado um membro da família em muitas residências devido às relações de amor, carinho e afeto, os animais domésticos possuem importância significativa na vida dos seus donos e das pessoas do seu ciclo de convivência, passando a ter um valor inigualável.

Embora no âmbito jurídico brasileiro os animais não possam ser considerados sujeitos de direito e conseqüentemente não possam suceder, em alguns casos, o animal chega até mesmo a ser tratado pelo falecido dono como herdeiro beneficiário de herança. Isso ocorre quando, ao testar, o “de cujus” designa alguém como beneficiário, impondo-lhe como encargo os cuidados com seu animal.

Porém, assim como existem relações de afeto perante os animais, também existem os casos opostos, proprietários de animais que utilizam tratamentos perversos na sua criação através de inúmeros maus-tratos que ocasionam machucados ao bicho. A violência contra animais pode ser caracterizada através de condutas intencionais de violência, crueldade ou abandono.

Ao poder público, responsável diretamente pela resolutividade através da criação de políticas públicas, cabe o trabalho de conscientização sobre os maus-tratos aos animais, além de adoção de medidas protetivas voltadas ao acolhimento dos animais abandonados.

A falta de conscientização com relação aos maus-tratos dos animais por parte do poder público foi o fator preponderante na escolha do tema. Perante a falta de incentivo do poder público municipal aos animais e seus abrigos, realizando-se um comparativo sobre outros municípios que possuem políticas públicas eficientes, advém o incomum da pesquisa em comprovar a ineficiência com relação aos direitos dos animais em Teresina - PI.

Diante da necessidade de alcançar a finalidade almejada, os seguintes objetivos específicos devem ser atingidos: apresentar a legislação vigente com relação aos animais, analisar os direitos humanos para proteção dos animais, apresentar políticas públicas voltadas para os animais domésticos e analisar as medidas protetivas com relação aos animais.

O objeto do estudo do presente artigo tem como base a eficiência da legislação perante os maus-tratos aos animais através das políticas públicas e suas medidas protetivas.

O procedimento metodológico dessa pesquisa será o levantamento bibliográfico, através da análise de artigos, livros e legislações vigentes sobre a temática. Bem como, será exploratória e qualitativa, pelo fato de procurar compreender e analisar a aplicabilidade dos direitos dos animais, além de adquirir a percepção sobre as políticas públicas voltadas para animais. O método de análise documental será utilizado no intuito de realizar o levantamento de dados que possam contribuir com a pesquisa através da retratação da realidade e criação de hipóteses que possam ser benéficas caso sejam aplicadas.

Assim, o artigo será dividido em quatro capítulos. O primeiro vai abordar sobre as leis referentes aos direitos dos animais no Brasil. O segundo abordará sobre os direitos humanos para proteção dos animais. O terceiro abordará sobre as políticas públicas voltadas aos animais que são implementadas no município. E o quarto capítulo será direcionado para apresentação de medidas protetivas com relação aos animais.

2 LEIS DE PROTEÇÃO DOS ANIMAIS NO BRASIL

Esse capítulo abordará sobre as leis vigentes no Brasil referentes a proteção dos animais, onde se descreverá e analisará se são suficientes para a beneficência dos animais e sobre as penalidades que as pessoas podem sofrer caso não sigam a legislação.

A relação entre homens e animais advém de tempos pré-históricos, quando o homem das cavernas observou que animais que usavam técnicas de caça semelhantes poderiam ser úteis para sua sobrevivência, estabelecendo-se uma dependência e domesticação da espécie, conforme relatado em pinturas de cavernas.

Com o passar do tempo, a relação de subserviência dos animais perante os humanos foi adequando-se às diversas atividades e ao estilo de vida da sociedade, onde os animais passaram a ser utilizados de várias formas para trazer benefícios aos homens através do trabalho. A domesticação dos animais acabou possibilitando que algumas espécies de animais fossem criadas dentro de casas, possibilitando a realidade vivenciada atualmente.

A convivência cotidiana entre o ser humano e os animais domésticos trouxe benefícios e malefícios para a relação, sendo necessária a existência de leis de

proteção visando garantir um tratamento digno aos animais e penalidades a quem realiza condutas lesivas aos mesmos.

O abandono e os maus-tratos aos animais domésticos no Brasil ocorrem de maneira indiscriminada, os seres humanos cometem diversas atrocidades consideradas como crime pelas leis vigentes de proteção ao meio ambiente. Para Custódio (1997), maus-tratos são ações ou omissões, realizadas em local público ou privado, que assume o caráter doloso ou culposo, ocorrendo mediante condutas lesivas que proporcionem angústia ou dores, podendo causar até mesmo a morte dos animais.

Visando garantir o bem estar dos animais domésticos, existem ações voltadas para assegurar a proteção desses seres, tais ações envolvem regulamentações, fiscalização e a punição de práticas que ocasionem maus-tratos, além de ações públicas para o controle de doenças entre os animais, controle populacional de espécies entre domésticos e residentes nas ruas, além de outras medidas atreladas a convivência sadia entre seres humanos e animais em sociedade.

O âmbito jurídico no Brasil considera os animais como bens móveis, sendo os mesmos vistos como um ser com valor econômico, encontrando-se sujeito a um maior grau de proteção por parte do sistema jurídico.

Observados em uma subcategoria de bens móveis como suscetíveis de movimento próprio, a consideração dos animais no ordenamento jurídico encontra-se disposto no artigo 82 do Código Civil, constando: "Art. 82 São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social" (BRASIL, 2002).

Apesar de serem tratados como bens móveis, os animais são protegidos por leis, estando os mesmos inclusos no meio ambiente que deve ser preservado e protegido.

A Constituição Federal através do artigo 225 evidencia sobre a conduta humana com relação ao meio ambiente, demonstrando que é um bem essencial de todos que deve ser defendido e preservado para gerações do presente e do futuro, cabendo ao Poder público e a coletividade exercerem tais deveres. Sobre os animais, fica evidenciada no parágrafo primeiro, em seu inciso sétimo, a responsabilidade do poder público de assegurar a efetividade do direito de proteção a fauna e a flora (BRASIL, 1988).

Ademais, a lei federal 9.605/98 ou lei dos crimes ambientais, é a principal no que tange a proteção dos direitos dos animais, e dispõe sobre sanções penais e administrativas para condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

Nesta, encontra-se em seu artigo 15, inciso II, sobre as agravantes e as qualificadoras, onde se enquadra o abate ou captura utilizando métodos cruéis. Ou seja, pode-se abater ou capturar animais em alguns casos, contudo não se pode ocorrer por meio ardiloso, ou desnecessário por meio sádico, sem um propósito como necessidade. Como também, baseado no artigo 29 não pode ocorrer sem a devida autorização, licença ou permissão de autoridade competente (BRASIL, 1998).

Já no artigo 32 da presente lei, cometem crimes quem praticar: “Art. 32 Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa” (BRASIL, 1998).

Sendo uma forma de proteger todos os graus de animais, porém bastante questionada por ser de menor potencial ofensivo, devido ao pouco tempo de pena, e em muitos casos convertida em acordos (VELLOSO, 2018).

Mesmo assim, com o surgimento da lei de crimes ambientais, o amparo jurídico com relação à proteção do meio ambiente, passou a convergir para um sistema mais rígido, havendo uma gradação e equiparação sobre a pena, e as condutas infratoras passaram a encontrarem-se definidas.

Contudo, o tratamento atribuído pelo sistema jurídico brasileiro aos animais encontra-se defasado quando comparado ao de outros países desenvolvidos. A inexistência de um reconhecimento dos animais como seres sencientes, ou seja, conseguem sentir, e destinatário de tratamento digno demonstra uma conduta menos humanitária em não reconhecer que animais são passíveis de sofrimento, estando os mesmos expostos a diversas condutas prejudiciais que são passíveis de punição, porém, não proporcionais ao agravo devido ao reconhecimento atribuído aos animais pelo sistema jurídico, não havendo um reconhecimento do grau de importância que deveriam receber.

Diante da necessidade de evolução com relação à proteção dos animais, existem projetos de leis voltados para não considerar os animais como objeto (Projeto de Lei da Câmara 27/2018) e para proibir a eliminação de cães, gatos e aves saudáveis pelo órgão de controle de zoonoses (Projeto de Lei da Câmara 17/2017), além do projeto de lei para aumentar a pena para maus-tratos de cães e gatos (Projeto de Lei 1.095/2019), diante do menor potencial ofensivo da legislação vigente.

Assim, a evolução da sociedade é o reflexo de que o tratamento atribuído aos animais domésticos pelo sistema jurídico deve ser modificado, a forma de criação dos animais domésticos hoje em dia é diferente de tempos atrás, existindo uma relação de dignidade ao bem estar do animal, havendo rações de qualidade, planos de saúde, tratamento em clínicas especializadas, dentre outros serviços específicos para os animais domésticos.

Apesar de nem todos os animais domésticos poderem desfrutar de tais tratamentos, uma parte da sociedade passou a observar a importância que os bichos domésticos possuem hoje para aos seus donos. O reconhecimento dos animais domésticos como seres sencientes pode proporcionar um ganho com relação às medidas protetivas, ocasionando um tratamento digno aos mesmos perante sua importância.

3 DIREITOS HUMANOS PARA PROTEÇÃO DOS ANIMAIS

O ideal de dignidade humana vem sendo disseminado desde o início da primeira década do século XXI, por meio dos direitos humanos que são considerados como parâmetros universais. O conceito universal de direitos humanos já vem sendo usado há um bom tempo no plano internacional, especialmente com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DHDU) adotada pela Assembleia Geral Da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948.

Na perspectiva usual de direitos humanos somente os seres humanos são possuidores de dignidade. Ressalte-se que a ideia de dignidade está vinculada ao ser humano, o qual seria o seu único detentor na visão tradicional desse conceito. Ocorre que também é difícil apresentar um conceito de dignidade, tendo em vista que ela também pode ter diferentes acepções. Todavia, apresenta-se o conceito de Martins (2003, p.21) sobre o tema:

A dignidade humana é uma “ideia regulativa” vaga, mas indiscutivelmente importante e que aqui adquire cunho normativo. Em si mesma, ela não é um ‘direito’, mas a razão pela qual cada homem – sem exceção – deve ser titular de determinados direitos e que os mesmos direitos – sem diferenciação de valor – devem ser reconhecidos a todos os homens.

Historicamente, os animais sempre foram tidos como instrumento a serviço dos seres humanos. Os egípcios protegiam os animais por acreditarem na ideia de que eles expressavam a divindade, por outro lado os gregos viam os animais como seres inferiores, pelo fato de não poderem integrar a comunidade política. Durante

o período da idade média na Europa, não houve muita mudança de pensamento em comparação aos gregos e, no renascimento, o ser humano foi entendido como sendo o centro do universo.

Descartes na sua teoria racionalista, por sua vez, atribuiu a condição de máquina aos animais. Isso possibilitou a ideia popular de que eles não teriam almas e, por isso, poderiam ser livremente maltratados. Já na idade moderna, surgem os primeiros movimentos animalistas, apesar de antes já ter havido expressões em defesa dos animais, como foi o caso de São Francisco de Assis na idade média.

Foi através do pensamento Kantiano que surgiram os motivos pelos quais os humanos são os únicos detentores de dignidade, pois em seu modo de pensar, o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como instrumento para nada e ninguém. Desta forma, os animais podem ser usados como instrumentos para a efetivação da dignidade humana, como por exemplo, a alimentação, o transporte e as pesquisas científicas, como no caso dos testes em animais.

Ocorre que o uso dos animais não é irrestrito e ilimitado, inclusive o ordenamento brasileiro apresenta métodos de proteção dos animais, como já veio a ser visto no capítulo anterior. Além disso, pode-se ainda afirmar que o tratamento constitucional dado à proteção animal decorre de uma evolução dos direitos humanos no decorrer do século XX.

O início da proteção legalista no Brasil contra a violência aos animais foi o Decreto 16.590 de 1924, que regulamentou as Casas de Diversões Públicas, e proibiu dentre outros atos de crueldade, as corridas de touros, garraios e novinhos, brigas de galos e canários. Depois obviamente foram criadas diversas leis de grande importância na proteção dos animais, dentre essas, a Constituição Federal do Brasil de 88 dispõe em seu artigo 225:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: (...)

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica,

provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade (BRASIL, 1988).

Ante ao exposto, essa proteção constitucional decorreu de uma evolução dos direitos humanos que se deu a partir de meados do século XX, quando se passou a levar em consideração o conceito de solidariedade nesse âmbito.

A nova conceituação de direitos humanos passa a compreender a solidariedade para a efetivação da dignidade humana, o que modifica a interpretação dos demais direitos humanos, como é o caso do direito à propriedade, que passa a ter um fim social, bem como o caso da proteção aos animais que passa a ter consideração constitucional.

A cultura humana tem sido relativizada pela nova interpretação dos direitos humanos de solidariedade de modo que venha a proteger também os animais, já que a existência de uma cultura, apesar de ser direito humano, não pode ser usada para ferir um animal não humano.

Dentre os dispositivos da Lei 7.976/97, que regulamenta a condução de indivíduos da espécie canina no Município de Porto Alegre, dá-se ênfase àqueles que cuidam da proteção dos animais, em seu art. 16:

Consideram-se maus-tratos: I – praticar atos de abuso ou crueldade com qualquer animal; II – obrigar animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças e a todo ato que resulte em sofrimento; III – golpear, ferir ou mutilar violentamente qualquer órgão ou tecido do animal, exceto a castração; IV – abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de ministrá-lhe tudo que, humanitariamente, se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária; V – não dar morte rápida, livre de sofrimentos prolongados, a todo animal cujo extermínio seja necessário; VI – fazer trabalhar animais em período de gestação; VII – atrelar animais a veículos carentes de apetrechos indispensáveis, tais como balancins, ganchos e lanças; VIII – arrear ou atrelar animais de forma a molestá-los; IX – manter animais atrelados e sedentos

Os direitos humanos originalmente têm um viés individualista que veio a ser superada, na atualidade, pelos chamados direitos humanos de solidariedade. Tais direitos são baseados nos direitos humanos individuais, mas enriquecidos por interesses essenciais da humanidade como um todo, como por exemplo, a preservação do meio ambiente.

Assim, pode-se dizer que, mesmo não havendo “direitos humanos” não humanos e uma “dignidade humana” não humana, existe uma concepção de dever de solidariedade para com os animais, pois um meio ambiente sadio é necessário para a prosperidade humana das presentes e futuras gerações.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ANIMAIS DOMÉSTICOS

Nesse capítulo, se mencionará as políticas públicas adotadas no município objeto do estudo e de outros municípios do Brasil, o propósito é demonstrar políticas implementadas em outros municípios que são viáveis para a proteção dos direitos dos animais, são medidas que visam o acolhimento dos animais mesmo em situações precárias de abandono e maus-tratos, até mesmo na renovação do ciclo de um novo lar.

Segundo a Constituição Federal (Brasil, 1988), o papel do Estado perante a sociedade é garantir o bem estar da mesma, desenvolvendo uma série de ações em diversas áreas como saúde, educação, meio ambiente, entre outras. As ações adotadas pelos governantes (federais, estaduais ou municipais) para resolver problemas da sociedade são definidas como políticas públicas, sendo um conjunto de programas, ações e atividades que o poder público desenvolve de forma direta ou indireta objetivando garantir o bem estar de todos.

Diante da temática da pesquisa, é competência dos gestores públicos, representantes eleitos pela coletividade, criar programas, ações, regulamentações, dentre outras alternativas, voltadas para a preservação do meio ambiente e dos animais, objetivando a proteção dos mesmos.

Conforme dados da Organização Mundial da Saúde – OMS (2014), existem mais de 30 milhões de animais abandonados no Brasil, sendo dividido em sua maior parte por cachorros. São muitos os casos, proporcionalmente, aparecerão mais animais doentes, existindo poucos hospitais públicos veterinários para poder atender a grande demanda, bem como poucos abrigos, desse modo os animais se tornam vulneráveis e acabam perdendo a própria vida.

Também é notório o despreparo do poder público, de delegacias em relação a crimes cometidos contra animais. Por se ter a falta de qualificação em relação a uma legislação específica para os animais, e ao conhecimento dos agentes no atendimento, ou pelo levantamento de provas, perdendo a importância que se deveria ter. Na maioria dos Estados se trata os direitos dos animais em delegacias de proteção ao meio ambiente. Contudo, deve haver delegacias específicas para os animais distintas das de proteção ao meio ambiente.

Lopes e Ney conceituam políticas públicas como (2008, p.01): “Conjuntos de programas, ações e atividades governamentais, com a participação de entes públicos ou privados para solucionar um problema público”.

Assim, devem enfrentar e resolver problemas, no caso dos animais, encontra-se presente na Constituição Federal/1988, na Política Nacional do Meio Ambiente e na Declaração de Estocolmo de 1972. Como política pública se tem em primeiro lugar a castração. E em segundo plano, a adoção.

O método de castração é de grande importância para o controle de animais abandonados. Segundo Budziak (2010), tal método visa controlar a população de animais, adotando-se um recurso que extingue a possibilidade desses animais procriarem.

Com relação às políticas públicas, em alguns Estados, existem legislações e campanhas específicas a respeito da temática. Por exemplo, no Ceará foi implantado o Dezembro Verde, criado contra o abandono e maus-tratos de animais. A Secretaria Estadual de Meio Ambiente de São Paulo realizou trabalho de capacitação de agentes governamentais em diversos municípios no ano de 2017 sobre guarda responsável e bem estar de animais comunitários, a campanha envolvia palestras, capacitações e treinamentos que estimulavam a melhoria do bem estar dos animais em diversos municípios paulistas.

Já no Estado do Rio Grande do Sul, existem municípios que instituíram coordenadorias municipais de defesa dos direitos dos animais no intuito de realizar fiscalizações para coibir e autuar maus-tratos. No município de Gramado, no Rio Grande do Sul, existe uma lei municipal que institui a política de proteção aos animais (lei nº 2920/2011), realizando-se o trabalho de melhoria da estrutura do abrigo de animais, o recinto municipal recebe assistência da prefeitura que o assiste permanentemente, além da realização de campanhas voltadas para adoção e o acompanhamento aos animais de veterinário.

O estabelecimento de um código específico de leis sobre animais precisa ser difundido perante a sociedade, havendo uma série de trabalhos que propiciem o bem estar dos animais. O incentivo do poder público perante campanhas de doações de animais e de infraestrutura para os abrigos proporcionaria uma melhoria na qualificação dos mesmos para criar-se uma infraestrutura de acolhimento e de controle da natalidade.

O Estado do Piauí não possui uma legislação específica sobre a proteção de animais, não existindo políticas públicas implementadas no intuito de coibir o abandono ou maus-tratos, havendo a necessidade dos gestores dos municípios

criarem e implementarem suas próprias medidas com relação aos animais, onde muitos não priorizam o tema com a devida necessidade, ocasionando diversos casos de malefícios aos animais, ocorrendo atos infracionais sobre a lei federal de proteção dos animais.

O município de Teresina já possui algumas medidas implementadas recentemente sobre políticas públicas para animais, algumas delas até mesmo em parceria com abrigos para garantir o controle sobre a natalidade dos animais. Existem também ações para discutir sobre políticas públicas onde qualquer cidadão pode participar, a participação da população na formulação de políticas públicas adequadas é um ponto favorável a ser citado, pois servirá de canal de recebimento de várias propostas, além da população servir como fiscalizadores da causa animal, permitindo que todos saibam a qual órgão recorrer no caso de constatação de maus-tratos ou abandono.

Um problema recorrente com relação à gestão do município é o de abatimento de animais realizados pelo Centro de Controle de Zoonoses, órgão vinculado a Fundação Municipal de Saúde, existem diversas denúncias de animais capturados e sacrificados pelo zoonoses, onde já existem diversos processos administrativos.

O trabalho do Centro de Controle de Zoonoses é voltado para ações preventivas, de vigilância, controle de doenças transmitidas de animais para pessoas e de acidentes provocados por animais peçonhentos. As ações realizadas por eles vão além do recolhimento de cães e gatos, existindo programas de controle de raiva, dengue, dentre outros.

A Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Piauí, fundou no ano de 2019 a Comissão de Proteção e Defesa dos Animais, a mesma funciona como fiscalizadora e conscientizadora, atuando na proteção dos direitos dos animais, resguardando os direitos dos mesmos com base na legislação federal de proteção animal a nível estadual, abrindo um canal para denúncias de casos de maus-tratos em todo o Estado do Piauí.

Os abrigos de animais do município objeto do estudo não possuem infraestrutura adequada, o que acaba comprometendo o convívio dos animais, ocasionando em ambientes que acolhem diversos animais em espaços inapropriados e que em diversos momentos não possuem alimentos.

Cabe ao poder público o trabalho de fiscalizar a situação de animais nos abrigos e garantir uma assistência com relação a colaborar de forma que os abrigos sejam cadastrados e observados pelas autoridades políticas, devendo os mesmos

possuir responsabilidades sobre o bem estar dos animais, onde os responsáveis pela administração dos abrigos devem ser ligados a essa obrigação.

A inexistência de legislação estadual sobre o tema, a inexistência de um programa de guarda e proteção especializados, a falta de incentivo por parte do poder público com relação à estrutura dos abrigos e de campanhas de adoção, a falta de estratégias eficientes com relação às castrações, dentre outros fatores, são alguns dos argumentos que demonstram a insuficiência de políticas públicas voltadas aos animais no município objeto da pesquisa.

5 MEDIDAS PROTETIVAS COM RELAÇÃO AOS ANIMAIS

Em razão dos crimes de maus-tratos e crueldades aos animais ainda serem muito frequentes no Brasil e conseqüentemente em Teresina, cada dia que passa mais pessoas se envolvem na causa animal e lutam pela defesa dos direitos desses seres que sofrem com a maldade e o descaso humano.

O Direito Moral apura-se com o correto e incorreto, com o que é justo e o que é injusto. Dessa forma, em razão de todo animal sentir as mesmas necessidades que os seres humanos, como frio, calor, sono, fome, felicidade, tristeza, dor, etc., estes devem ser bem tratados, cuidados e respeitados pelos humanos, de maneira que tenham autonomia para viverem do seu modo de forma totalmente livre.

Para que tais direitos sejam efetivados e levados a sério, é necessária a criação de leis, bem como penas mais severas, já que atualmente a pena para maus-tratos e abandono é tratada como crime de menor potencial ofensivo, não sendo eficaz para a proteção animal. O direito dos animais é um conceito que reconhece que os animais devem ser livres de qualquer ação abusiva do homem, podendo viver com independência e seguindo seus instintos, em outras palavras, terem a liberdade de viver sem interferência humana.

Apesar de ser observado um aumento da conscientização da sociedade e uma crescente expansão dos direitos dos animais, que são tutelados na Constituição Federal e em leis específicas que visam garantir a proteção dos animais, estes ainda não são reconhecidos ou respeitados por grande parte da sociedade e as regras seguidas pelo ser humano mantêm uma visão antropocêntrica como forma de fundamentação das normas protetoras dos animais. De acordo com Ana Conceição Barbuda Ferreira (2011, p.307):

A defesa dos animais requer um novo modo de visualizá-los na legislação nacional, registrando-os como sujeitos de direito, mas seguramente a conquista ao respeito a vida, a sua dor, a

sua liberdade não se constituíram pura e simplesmente com a edição de novas leis, muito embora sejam necessárias. Nada nesse plano se alcançara sem a conscientização, exigindo-se uma luta ardorosa pela consagração e reconhecimento destes com um novo status jurídico. São os animais não humanos novos sujeitos de direito, reconhecimento que especificamente redundará na conservação de todas as espécies em prol de um mundo mais íntegro e sustentável, onde a cooperação será um marco ideal, sustento de uma nova forma de vida e da construção de um mundo de comunhão e paz.

Por conta destas condutas ainda existirem em nossa sociedade, que faz-se necessário a criação de punições mais severas, a fim de que o criminoso seja inibido a não cometer tais crimes e entenda a gravidade de sua ação.

Mesmo com a impunidade que cerca a sociedade, é indispensável a fiscalização por parte de toda a coletividade, que pode contribuir seja denunciando por meio do Disque-Denúncia ou indo até a delegacia para lavrar um boletim de ocorrência a fim de que haja a instauração de um inquérito policial, ou ainda, caso a autoridade policial não o faça, já que muitas vezes o descaso parte do próprio poder público, é recomendado que o caso seja levado ao Ministério Público.

Caso haja negligência da autoridade policial, tendo em vista que cabe ao Ministério Público a tutela dos animais, este poderá figurar no polo ativo de uma Ação Civil Pública em face de pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que praticar crime de maus-tratos.

Além de tais medidas de proteção, faz-se necessário a abertura de mais abrigos, para que os animais não fiquem abandonados em condições de extrema miséria, sem ter o que comer, ou como se proteger dos perigos das ruas e até mesmo de pessoas mal intencionadas. O estado deve se responsabilizar por cuidar de seus animais, e protegê-los como membros que compõem a sociedade destinando verbas para tais medidas, visto que estes pertencem ao território, e necessitam de cuidados, assim como expresso no Art. 225 da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988).

Em face dessa realidade, é imprescindível a abertura de mais unidades de saúde em Teresina, a capital possui um grande número de animais e a existência de apenas um hospital público não é suficiente, ademais o hospital precisa ser livre de qualquer espécie de cobrança, mesmo que seja uma cobrança “simbólica”.

É notável que os seres humanos estejam mais preocupados com o bem estar dos animais, sendo crescente os estudos em volta desses seres vivos, visando melhoria das condições de saúde, pesquisa por vacinas, remédios e tratamentos que possam prolongar seus anos de vida, em contrapartida desse movimento pró-vida, devido a necessidade de controle populacional, faz-se necessário que seja realizado o procedimento de castração em animais de rua ou abandonados, para evitar que aumente o número de seres vivos em condições lamentáveis, para que não seja propagado o sofrimento destes animais indefesos, que muitas vezes dependem dos cuidados humanos para sobreviverem.

A castração tornou-se uma das principais alternativas para o controle populacional de animais abandonados, porém ainda não observa-se a efetiva realização deste procedimento por parte do estado, em Teresina já existem campanhas de castração voluntária, feita por Médicos Veterinários e empresas particulares, mas partindo do estado não há realização constante de tal medida, sendo assim, muitos animais acabam não sendo atendidos, pois muitas campanhas são realizadas mediante cobrança, mesmo que de pequeno valor, entretanto existem muitas pessoas que não possuem condição nenhuma de arcar com qualquer custo, mas querem cuidar do seu animal e precisam do auxílio do Estado, e principalmente os animais abandonados, que são o foco do problema.

Dessa forma, o investimento em campanhas de castração voluntária é uma medida eficaz para combater o aumento de animais em situações críticas de sobrevivência, bem como a abertura de novos abrigos com renda proveniente do poder público, e condições suficientes para abrigar os animais que precisarem, não menos importante, a disseminação de informações de conscientização para a população por meio de campanhas e programas educativos, é sem dúvidas, a melhor

forma de efetivar em sociedade a noção de que os animais são seres dotados de direitos e necessitam de cuidados, merecem respeito e não devem ser mal tratados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível concluir que apesar da constante evolução da forma de pensar do ser humano para com os animais, ainda não é suficiente para que estes tenham seus direitos plenamente respeitados, à medida que as leis existentes não são o bastante para efetivar a proteção animal, visto que não há punições severas para os infratores.

Os animais convivem com o ser humano desde que estes existem, e desde os tempos antigos propaga-se a falsa ideia de que os animais por serem seres irracionais, são inferiores ao homem, devendo assim, serem submetidos à vontade do mesmo, sofrendo constantemente maus-tratos, sendo torturados e explorados pelo homem, apenas para satisfazer o capricho humano.

O Estado deve atuar em prol da defesa dos animais não humanos, cumprindo com o seu dever exposto na Constituição Federal do Brasil, caminhando lado a lado dos defensores dos animais e da sociedade que vem cada dia mais cobrando por um posicionamento mais eficaz do Estado na causa animal, seja com a criação de mais abrigos, promovendo campanhas de doações para a causa bem como incentivando a adoção de animais domésticos, também é preciso uma fiscalização eficaz e a criação de mais leis com punições mais severas, dentre outras medidas que podem ser tomadas para por em prática a efetivação dos direitos dos animais.

A educação faz-se extremamente necessária nesse processo de conscientização populacional, pois se cada individuo tiver conhecimento da importância com que deva ser tratada a vida desses animais, teremos condições plenamente favoráveis de viver em um mundo melhor. Todos juntos por um propósito maior, que é promover o bem estar animal e respeitar sua existência como parte fundamental do mundo no qual vivemos.

REFERÊNCIAS

Blog Proteção Animal Mundial. Proteção Animal Mundial e Governo de SP assinam parceria para capacitar municípios em ações de bem-estar animal. Disponível em: <<https://www.worldanimalprotection.org.br/not%C3%ADcia/protecao-animal-mundial-e-governo-de-sp-assinam-parceria-para-capacitar-municipios-em-acoes>>. Acesso em: 26 de fev de 2020.

Blog Onde. ir. Ampliação do abrigo, conselho municipal e responsabilização: causa animal é pauta permanente da Prefeitura de Gramado. Disponível em: <<https://gramado.onde.ir/ampliacao-do-abrigo-conselho-municipal-e-responsabilizacao-causa-animal-e-pauta-permanente-da-prefeitura-de-gramado/>>. Acesso em: 15 abril 2020.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1988). Constituição, de 05 de outubro de 1988. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 dez. 2019

BRASIL. **Lei nº 7.976, de 27 de Dezembro de 1989.** Dispõe sobre o refinanciamento pela União da dívida externa de responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive suas entidades da Administração Indireta, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7976.htm>. Acesso em: 10 Abril 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 20 dez 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Rio de Janeiro, 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 Jan 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara 27/2018. Acrescenta dispositivo à lei nº 9.605/1998, para dispor a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>>. Acesso em: 20 jan 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara 17/2017. Dispõe sobre a proibição da eliminação de cães e gatos pelos órgãos de controle de zoonoses, canis públicos e estabelecimentos oficiais congêneres, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128087>>. Acesso em: 30 jan 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 10.69/ 2019. Altera a lei nº 9.605/ 1998, para estabelecer pena de reclusão a quem praticar abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos; e instituir penas para estabelecimentos comerciais ou rurais do crime. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128087>>. Acesso em: 30 jan 2020.

BUDZIAK, C. et. al. **A importância do projeto “Campanha de castração” na formação do profissional médico veterinário**. Revista Acadêmica Científica Agrária e Ambiental, Curitiba, v. 8, n. 3, jul./set. 2010.

CUSTODIO, H. B. **Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n.7. 1997.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda. Animais não humanos como sujeitos de direito considerações processuais. Salvador, v. 6, nº 9, 2011.

LOPES, B.; NEY, J. A. **Políticas Públicas: conceitos e práticas**. Belo Horizonte: Sebrae/MG. 2008.

MARTINS, Estevão de Rezendo. **Os direitos humanos em perspectiva histórica: universalismo, particularismo e a questão do exílio virtual**. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo e MALATIAN, Teresa. Políticas Migratórias. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OAB Piauí. Comissão de Proteção e Defesa dos Animais acompanha resgate de animal que sofria maus-tratos. Disponível em: <<http://www.oabpi.org.br/comissao-de-protecao-e-defesa-dos-animais-acompanha-resgate-de-animal-que-sofria-maus-tratos/>>. Acesso em: 05 de março de 2020.

SERRÃO, V. **Animais sencientes: você sabe o que isso significa?**. JusBrasil. Disponível em: <<https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/251287543/animais-sencientes-voce-sabe-o-que-isso-significa>>. Acesso em: 28 de jan de 2020.

VELLOSO, Reynaldo. **Direito dos animais e as novas reflexões do mundo moderno**. Rio de Janeiro: Casa do Direito. 2018.

O PODER JUDICIÁRIO NO REGIME DEMOCRÁTICO E O ATIVISMO JUDICIAL A LUZ DO PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

JOYCY CARDOSO FONTINELE: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI

HERMERSON DAVID OLIVEIRA HENRIQUE AMORIM
(coautor)

Artigo apresentado a banca examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. José Antônio Lira Bezerra

RESUMO: O presente trabalho aborda as funções e garantias do Poder Judiciário, bem como o ativismo judicial e a judicialização na política, com o intuito de ao final esclarecer pontos imprescindíveis sobre os temas em questão. O objetivo da temática é compreender a importância do poder judiciário, caracterizar seu papel social, descrevendo as consequências dos excessos do poder judiciário no exercício de suas funções, abordando também o ativismo judicial como meio para proteger as garantias fundamentais e estabelecer distinções entre judicialização e ativismo judicial. O trabalho teve por base doutrinas renomadas, artigos científicos e a Constituição Federal. Contudo, conclui-se que, diante dos temas abordados ficou claro que a inércia dos outros poderes do Estado não pode ser utilizada pelo poder judiciário como argumento ou justificativa para cometer seus excessos, embora sejam por razões nobres, oferecem riscos, ameaçando o cumprimento da Constituição, que distribui as funções e separa os poderes para que não haja concentração de poder nas mãos de um único órgão ou pessoa.

Palavras-Chave: Ativismo. Judicialização. Estado. Política.

ABSTRACT: The present work will address the functions and guarantees of the Judiciary, as well as judicial activism and judicialization in politics, with the aim of at the end clarifying essential points on the issues in question. The objective of the theme will be to understand the importance of the judiciary, to characterize its social role, describing the consequences of the excesses of the judiciary in the exercise of its functions, also addressing judicial activism as a means to protect fundamental guarantees and will establish distinctions between judicialization and activism judicial. The work was based on renowned doctrines, scientific articles and the Federal Constitution. However, it is concluded that, in view of the topics addressed, it was clear that the inertia of the other powers of the State cannot be used by the judiciary as an argument or justification to commit their excesses, although they are for noble

reasons, they offer risks, threatening compliance with the Constitution , which distributes the functions and separates the powers so that there is no concentration of it in the hands of a single organ or person.

Keywords: Activism. Judicialization. State. Policy.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O PODER JUDICIÁRIO, SUA FUNÇÃO E A GARANTIA INSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. 2.1 FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. 2.2. PODER JUDICIÁRIO GARANTIA INSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. 3. OS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DAS FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO COM BASE NO PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES. 4. ATIVISMO JUDICIAL COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUDICIALIZAÇÃO NA POLÍTICA. 4.1 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DUNDAMENTAIS POR MEIO DO ATIVISMO. 4.2 ATIVISMO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUAS DISTINÇÕES. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Democracia é uma organização social, cujo poder emana do povo, logo a legitimação ou definição de um regime democrático ocorre quando suas práticas estão voltadas para os anseios da coletividade e não do individualismo. Sendo, portanto, inerente ao regime democrático o respeito aos direitos elementares dos cidadãos. Nesse sentido, destaca-se que o Poder Judiciário se estrutura tendo como parâmetro as necessidades coletivas, mas para lograr êxito nessa valorosa missão, a ele foi concedida uma garantia institucional do regime democrático, a independência, não sendo subordinado aos demais poderes do Estado: Legislativo e Executivo. No que tange aos magistrados não há subordinação entre eles, independente da instância ou jurisdição que pertençam ou exerçam suas funções (COMPARATO, 2004).

Essa relação de independência e harmonia entre os três poderes é fundamentada no princípio da tripartição dos poderes, cujo objetivo é inviabilizar a ocorrência de arbitrariedades e o desrespeito aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, evitando assim, a concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa ou ente, e conseqüentemente abusos e excessos na sua gestão (MADRIGAL, 2019).

Assim, a independência do Poder Judiciário, se por um lado beneficiou e beneficia a permanência e regular cumprimento dos preceitos constitucionais, que tem como objetivo a salvaguarda dos direitos fundamentais, por outro lado poderia provocar um excesso funcional, caracterizado pela intromissão em matérias de

competência pertencentes a outros órgãos que a ele diretamente não diz respeito. Tal fenômeno, atualmente amplamente divulgado no âmbito jurídico brasileiro é denominado ativismo judicial.

Destarte, o ativismo judicial diz respeito a uma postura ativa, principalmente do Supremo Tribunal Federal (STF), ao procurar proporcionar máxima efetividade aos preceitos constitucionais assegurados na Carta Magna a todos os cidadãos. Porém, há uma grande discussão, inclusive dentro da seara jurídica, se essa postura ativa do judiciário não se resume em excessos em suas funções que ficam responsáveis pela interferência em matérias peculiares dos outros Poderes (MEDEIROS, 2016).

Diante disso, o artigo tem como objetivo geral analisar a importância do poder judiciário no cenário democrático, tendo como foco o ativismo judiciário; e como objetivos específicos: caracterizar o papel social do poder judiciário; descrever as consequências dos excessos do poder judiciário no exercício de suas funções; discutir o ativismo judicial como ferramenta de proteção das garantias fundamentais, e diferenciar a judicialização do ativismo judicial.

O interesse pela temática despertou da necessidade de entender de forma técnica e satisfatória as estruturas que regem a sociedade, e sua relevância para a manutenção do regime democrático, tendo como parâmetro a análise das competências típicas do judiciário e supostos excessos que de uma maneira específica, a longo prazo, pode ou não provocar um impacto negativo, e possível fragilização das instituições democráticas. Logo, o que justifica a escolha do tema é a importância de transmitir informações a coletividade que inspire aos demais vislumbrar um cenário político jurídico não como ouvintes, mas sobretudo como parte atuante e integrante de um regime complexo, mas possível de interpretar e colaborar de forma significativa para o seu aperfeiçoamento.

Diante de tudo que foi exposto, considera-se relevante o tema, tendo em vista a crise democrática atual e a importância da discussão dessa temática no sentido de permitir uma reflexão sobre o efetivo cumprimento da democracia, no que tange à alternância no exercício do poder, pois como o poder não está somente em determinado ente, ele não poderá realizar ações visando interesse pessoal, tampouco permanecer absolutamente no poder, muito menos alterar forma ou sistema de governo.

2 O PODER JUDICIÁRIO, SUA FUNÇÃO E A GARANTIA INSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

No que se refere a esse assunto, evidente é a necessidade de entender o Judiciário como parte de um contexto, conjuntura fruto de um acordo coletivo que

surgiu com a evolução da sociedade e que juntamente com o Executivo e Legislativo, teve suas atribuições delimitadas e positivas na Constituição Federal de 1988. Desse modo, nos subitens seguintes será discorrido acerca da conceituação e particularidades do item supracitado.

2.1 A Função do Poder Judiciário

O Estado é formado por Três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa estrutura foi formatada pelo pensador Montesquieu objetivando caracterizar a República, sendo este tipo de governo adotado em nosso país. Cabendo ao Judiciário assegurar o gozo dos direitos individuais, coletivos e sociais, bem como solucionar lides fruto da convergência de interesses entre cidadãos, entidades e Estado. Detendo autonomia intrínseca ao exercício de suas prerrogativas administrativas e financeiras (BRASIL, 1988).

Desse modo, a tripartição das funções dos poderes estatais é uma base organizadora de um governo democrático, moldada em consonância com a teoria tripartite, discutida pelo filósofo grego Platão em "A República" e sistematizada por Montesquieu em sua obra "O Espírito das Leis", como já citado anteriormente. Nessa divisão cumpre ao judiciário uma função jurisdicional, aplicando o direito em casos concretos, visando a resolução de conflitos de interesses.

A divisão dos poderes confere uma ideia de que há distinções de atribuições e funções a cada um dos três poderes supracitados, tendo por finalidade uma maior organização do Estado. O princípio da separação dos poderes busca atribuir funções ao Executivo, Legislativo e Judiciário, significando dizer que essa separação traz a ideia de responsabilidade do exercício de um poder, desse modo, assegurando uma justa e adequada distribuição de funções estatais (CANOTILHO, 2003).

Tendo como pressuposto que o Judiciário é inerte, não podendo agir de ofício e sim uma vez provocado, é por meio de processos judiciais provenientes da iniciativa de particulares interessados que ele põe em prática sua liberdade de interpretar a lei e aplicá-la ao caso concreto, julgando, revestido de imparcialidade, a lide e determinando o destino do objeto da ação, tendo como principal função velar pelo devido cumprimento das normas constitucionais (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

A Constituição Federal dispôs de um modelo de separação de poderes flexíveis, na qual os poderes teriam funções típicas, sendo elas as "principais", e funções atípicas, que seriam funções dos outros poderes do Estado (Legislativo e Executivo), entretanto, os poderes perfazem exercendo, de certo modo, todas as três funções do Estado, observa-se então que não existe uma separação absoluta entre

os poderes, pois todos legislam, administram e julgam. O Poder Judiciário, o qual aqui se analisa, tem sua função típica ao aplicar o direito em um caso concreto e resolvendo os conflitos, e tem sua função atípica, por exemplo, legislando quando os tribunais elaboram seus regimentos internos (ALEXANDRINO, 2009).

Pode-se analisar, por outro lado, um sistema de freios capaz de equilibrar as funções de cada um dos poderes, detendo os abusos e riscos, como exemplo disso, no âmbito do Poder Judiciário, a possibilidade de o mesmo declarar inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal (LENZA, 2015).

Destarte, a doutrina atual é unânime em repelir o termo “tripartição de poderes”, pois o Estado é uno e indivisível. Alguns doutrinadores entendem que esse termo apenas representa que há funções diversas, sendo meramente uma divisão de funções entre os poderes do Estado (PAULO; ALEXANDRINO, 2009).

Como já abundantemente mencionado, ao Poder Judiciário cabe função típica e atípica, sendo assim sua função principal a atividade jurisdicional, no entanto, para que isto se realize há características essenciais a jurisdição ou princípios fundamentais do Poder Judiciário, dentre eles a lide, o devido processo legal, inércia, imparcialidade, entre outros. Portanto, esta atividade jurisdicional exige a preexistência de uma lide, para que seja comprovado a impossibilidade de resolução pacífica da adversidade (PINHO, 2006).

No que diz respeito a lide, faz se necessária sua conceituação para melhor entendimento do teor da atividade jurisdicional do Poder Judiciário. Trata-se, portanto, de um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida, sendo manifestado em juízo, exercitando assim seu direito de ação, ou seja, solicitar ao Estado-Juiz uma tutela jurisdicional.

Percorrendo essa linha das características essenciais observa-se o princípio da inércia, onde o poder judiciário só se manifesta mediante provocação das partes. O doutrinador Lenza aponta exceção quanto a isso, como por exemplo, possibilitando ao magistrado a concessão de *habeas corpus* de ofício. Tal ideia tem o objetivo de garantir o princípio da imparcialidade, fazendo com que o magistrado atue de forma neutra. No âmbito do princípio do devido processo legal, nota-se que deve ser observado todas as formalidades legais e obedecidas cada uma delas, conforme as normas constitucionais. Outra característica bastante relevante do Poder Judiciário é a sua capacidade de definitividade, ou seja, a sua autoridade de coisa julgada, vigorando a ideia de imutabilidade dos efeitos das decisões proferidas (LENZA, 2006).

Por fim, devemos destacar uma das funções do Poder Judiciário, porém sem deixar de demonstrar a relevância das demais, a função de garantir o Estado

Constitucional Democrático de Direito, essa tríade deve ser garantida pelos magistrados, pois apesar dos defeitos existentes, a Democracia ainda é o melhor sistema a ser adotado, sendo capaz de limitar o poder e proteger os direitos fundamentais. O consagrado doutrinador Bobbio confirma este pensando ao dizer:

Direito e poder são duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder. O Estado despótico é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do poder; no extremo oposto, encontra-se o Estado democrático, que é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do direito. (2000, p.23)

Portanto, o Estado Democrático de Direito, expresso nas normas constitucionais deve ser garantido por todos, atentando aos juízes, para que estes exerçam suas funções de modo a efetivar a proteção e garantia desse Estado (FACHIN, 2009).

2.2 Poder Judiciário e a garantia institucional democrática da Independência funcional

Para compreendermos qual a relação existente entre o Poder Judiciário com o princípio da independência funcional, é primordial entendermos antes a conceituação de tal princípio para depois estabelecer um vínculo entre ambos.

No capítulo anterior foi explanado acerca da magnitude e importância do Judiciário inserido em um contexto Democrático. Neste, não serão esmiuçadas as conceituações iniciais. Contudo, será corroborada a sua essencialidade, esclarecendo como em um Regime cujo poder é distribuído igualmente entre três esferas distintas consegue manter o equilíbrio evitando a sobreposição de um sobre os outros.

As origens fundantes da independência funcional estão atreladas a própria formação do Estado Moderno, cuja influência está intimamente ligada a acontecimentos históricos que repercutiram em várias áreas, especialmente nas regras que emanam da vontade popular e que originam um sistema de convivência pautado em pactos coletivos acordados entre os indivíduos que fazem parte de um mesmo Estado (BARBOSA, 2003).

Nesse sentido, inevitavelmente surge o questionamento sobre a natureza desses acontecimentos e de que forma influenciaram o Direito. Para respondê-lo, é preciso lançar luz sobre as memoráveis ocorrências da Idade Média. Tais como o Contratualismo, Humanismo, Racionalismo e o Iluminismo (BARBOSA, 2003).

O Contratualismo está vinculado a ideia supramencionada de que o poder estatal advém do acordo de vontades individuais. Os indivíduos em conjunto pactuam socialmente e fundam a organização jurídica-política da sociedade. Por sua vez, a lei, uma forma de expressão da vontade geral, é a que compete assegurar a coesão social. O Direito por sua vez surge como uma construção lógica, assim como a imagem de um Estado que embora seja detentor do monopólio de coerção, também está sujeito as regras de direito, devendo agir em conformidade com ele (BARBOSA, 2003).

Diante do exposto, evidente se faz a necessidade de Controlar o Estado, para validar e alcançar esse objetivo surgiram teses voltadas para a desconcentração de poderes. Dentre elas a mais celebrada foi a formatada por Montesquieu. A Teoria parte de duas premissas que encontram seu alicerce na natureza humana: a primeira afirma que aquele que detém o poder tende a dele abusar, não descansando enquanto houver limites; a segunda é uma advertência e recomenda: para que não se extrapole na condução do comando, é essencial a existência de mecanismos capazes de conter o próprio poder, ou seja, o poder breca o poder (BARBOSA, 2003).

Todavia, surge o questionamento acerca da relação da teoria com autonomia funcional. Ora, vivemos em uma nação em que os poderes que compõem a estrutura Estatal gozam de um direito expresso no caput do artigo 2º da Constituição Federal, que é o status de independente. Direito esse que está umbilicalmente ligado a prerrogativa de exercer sua autonomia dentro de sua competência, não estando assim subjugado a um outro poder ou entidade institucional (BRASIL, 1988).

Ante ao que foi relatado anteriormente, percebe-se em evidência o espírito harmonioso que em teoria deve se fazer presente e permear todas as relações condizentes direta ou indiretamente com as estruturas democráticas construídas e eleitas pelo povo, como esferas que não só direcionam a evolução de todos como indivíduos sociáveis, mas sobretudo cultivam a desconcentração de poder e internaliza no subconsciente coletivo a máxima de que interesses que primam pelo individualismo não podem ou devem se sobrepor aos comunitários.

Cientes da existência de dúvidas relacionadas aos poderes que regem o Estado e suas funções típicas e atípicas, cabe salientar que são exatamente estas que provocam celeumas, em que suas raízes estão fincadas no entendimento ou enquadramento de ações, tendo como referência duas expressões antagônicas e que são capazes de gerar divergência de entendimento jurisprudencial e doutrinário. A primeira diz respeito ao exercício regular de direito, enquanto a segunda a usurpação de competência.

Antecipando o que em próximos capítulos será enfatizado de forma aprofundada, serão tecidos comentários prévios no que diz respeito as funções atípicas do poder judiciário com o objetivo de enquadrar dentro de uma lógica coesa a correlação entre o objeto de pesquisa sob análise e a percepção satisfatória de conceitos básicos como autonomia e independência funcional.

Necessário portanto se faz dominar o conhecimento da distinção que existe entre competência típica e atípica. Quanto a competência típica, ao judiciário foi concedida função de interpretar as leis, zelar pela sua eficácia e conseqüentemente aplicação e cumprimento por todos a elas submetidos. Já as atípicas seriam as relacionadas com a sua discricionariedade para legislar no que diz respeito a assuntos internos, como o estabelecimento do regimento interno dos tribunais, ou disposições concernentes a administração dos direitos dos seus servidores ou serventuários (GOUVEIA e AMARAL, 2008).

Logo, nota-se que em tese os três poderes que administram, fiscalizam e zelam pelo equilíbrio. Teoricamente repartiram entre si a responsabilidade de nortear os interesses nacionais, garantindo assim a convivência amistosa dos cidadãos que pertencem a um mesmo povo e que sobretudo cultivam entre si laços culturais históricos responsáveis pelo sentimento de pertencimento que é comum, e até essencial, existente entre populações de uma mesma pátria.

Entretanto, existe a realidade de direito e a de fato, bem como existe um abismo entre o que deveria ser e o que realmente acontece. Em um país de dimensões continentais como o Brasil, seria até utópico acreditar que tudo funcionaria seguindo uma cartilha que embora seja parâmetro ou represente um ideal a ser alcançado, não corresponde à realidade. Nesse sentido, no presente trabalho será delineado e rediscutido os limites tênues existentes entre as três esferas e explanado com riqueza de detalhes as divergências no que diz respeito a supostos excessos praticados por quem deveria evitá-los.

3 OS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DAS FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO COM BASE NO PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Como visto, a tripartição dos poderes é de imensa importância para o Estado Democrático de Direito, porém, ao atender demandas sociais e por meio de atos jurisdicionais, invade atribuições típicas de outros poderes. As funções atípicas tem natureza legislativa e executiva, sendo elas importantes no que tange a autonomia e independência do poder judiciário frente aos demais.

A competência do STF está prevista na Magna Carta em seu artigo 102, onde não faz menção a atuação de legislar, que por sua vez é imputada de forma principal

ao poder legislativo. Ocorre que, por algumas omissões legislativas o STF reage de forma a não só declarar essa omissão, o que produz um incômodo na população, que vê tal ato como imissão nos outros poderes, o que fere o princípio da separação dos poderes contidos na Constituição (BRASIL, 1988).

Destarte, este modo ativista, por assim dizer, do Poder Judiciário tem seu lado positivo, pois é relevante argumentar que é através desse mecanismo que são atendidas demandas sociais, que, embora a competência para tal seja de outros poderes, por algum motivo estes não o fazem, sendo omissos, o que prejudica o processo de materializar as garantias fundamentais tão almejadas por todos para um país melhor e mais justo (SILVA, 2016).

Em contrapartida, vemos uma ideia negativa, pois invade a esfera de entes constitucionais, acabando por ferir também princípios amparadores de um Estado Democrático de Direito, que almejam a independência dos poderes e a harmonia entre eles, fazendo se manter o equilíbrio e evitando o absolutismo de qualquer um deles. É de imensa importância destacar que a omissão dos demais poderes é fator imprescindível para acarretar o desempenho do poder judiciário, que objetiva a efetivação dos direitos e garantias fundamentais de cada um (SILVA, 2016).

Nesse sentido, os direitos fundamentais são um conjunto de direitos indispensáveis as pessoas, responsáveis por efetivar a dignidade humana não apenas no campo formal com o advento da positivação legal, mas sobretudo, de fato com a concretização desses direitos em um contexto prático, diário e materialmente efetivo (SILVA, 1999).

Desta forma, os poderes Legislativos e Executivos, quando exercem suas respectivas funções, acabam por comprometer a aplicação dos direitos fundamentais, conseqüentemente as garantias, fazendo com que caiba ao Judiciário, por meio de sua função contra majoritária, proteger esses direitos (SILVA, 2010).

Essa função contra majoritária almeja garantir de fato os direitos fundamentais, afim de que a incumbência jurisdicional não seja politizada como as do Legislativo e Executivo, que exercem sua função principal com base na opinião pública. Em consonância com o doutrinador Cambi, o judiciário não pode ceder a pressões populares ou de veículos midiáticos, uma vez que sua função é de dizer o direito e julgar de forma técnica, racional, legal e voltada para os interesses da coletividade (CAMBI, 2011).

Diante do exposto, é possível notar que, em tese, o Poder Judiciário não pode deixar de proteger os direitos fundamentais inerentes aos cidadãos, devendo preservar os direitos de todos. Com base nisso, tal atuação do Poder Judiciário pode

ser notada de forma ampla em face da defesa dos cidadãos que detêm esses direitos e garantias reservados na Constituição. Quais as consequências das ações deste poder?

Como já dito anteriormente, o poder judiciário tem a função jurisdicional, ou seja, distribui a justiça e aplica a lei ao caso concreto, porém existem muitos excessos ligados a sua função, como interferir diretamente na atividade do poder Legislativo, que por vezes se demonstra indiferente as necessidades dos cidadãos. O poder Judiciário vem se mostrando cada dia mais comprometido com os interesses coletivos, causando tais excessos que atingem diretamente as funções típicas dos outros dois poderes, o Executivo e Legislativo.

Permanecendo nesse raciocínio, o poder Legislativo acabaria também perdendo sua identidade, pois o Judiciário ao se exceder, desrespeitaria as leis do parlamento baseando-se em princípios que se sobrepõe a elas, o que é chamado de "Panprincipiologismo", sendo assim destruindo a função do legislativo, pois as leis teriam seu rigor eivadas pelas decisões dos magistrados (STRECK, 2007).

Outro ponto negativo desses excessos jurisdicionais, seria a discricionariedade do julgador. No que se entende como discricionariedade é a possibilidade de o julgador escolher, caso a caso, as várias soluções jurídicas possíveis, contanto que sejam admitidas. Conforme exposto, essa discricionariedade acabaria por ferir o direito, no âmbito de sua integridade e coerência, pois teria como consequência uma submissão total ao magistrado, inclusive da democracia. É como se fosse uma "emenda à Constituição", pelos magistrados, pois os tribunais poderiam versar até em normas constitucionais, ferindo diretamente o Estado Democrático de Direito (CAMARGO, 2016).

4 ATIVISMO JUDICIAL COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUDICIALIZAÇÃO NA POLÍTICA

Como destacado anteriormente, existem questões que irão ser desenvolvidas acerca do tema. De que modo o ativismo judicial seria uma ferramenta para efetivar as garantias fundamentais, bem como apontar distinções entre ativismo e judicialização, fazendo também uma indagação no que tange à judicialização na política.

4.1 A efetivação dos direitos fundamentais por meio do ativismo

Ao discutir teorias, visões e concepções acerca de ativismo judicial, é salutar não dissociar e sim relacionar com as garantias fundamentais, que por sua vez estão

intimamente ligas aos direitos humanos básicos que a coletividade possui frente ao estado e aos cidadãos que de um mesmo contexto social fazem parte.

A salvaguarda das garantias fundamentais esta respaldada na Constituição Federal de 1988, que por sua vez foi influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), estão expressas no título II, subdivididas em cinco capítulos, são elas: Direitos Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Direitos de Nacionalidade, Direitos Políticos e Direitos Relacionados à Existência (MARTINS; SILVA, 2009).

Mas de que forma o Ativismo Judicial pode interferir no pleno gozo das garantias supracitadas? Em capítulos anteriores foi detalhado de forma aprofundada as estruturas que compõem o Estado, bem como o funcionamento do regime político democrático vigente. Fora esclarecido não só o conceito de ativismo, mas a visão das correntes formadas por perspectivas distintas no que diz respeito a supostos excessos praticados pelo judiciário, uma vez que agindo a pretexto de conceder e proteger direitos a parcelas da população pode em um futuro próximo ou distante criar instabilidades e desarmonia entre os poderes que comandam a nação: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Dessa forma, agindo de forma atípica a pretexto de manter as garantias fundamentais do cidadão, cria uma atmosfera hostil e propaga uma imagem intrusiva do judiciário, passando a mensagem de que o mesmo em certas ocasiões, ignorando os limites de suas funções impostos pela Carta Magna, se investe na função de legislador ativo, retirando de certa forma as prerrogativas funcionais dos legitimados pela Constituição Federal (IGNACIO JÚNIOR, 2012).

É direito de todos os cidadãos nascerem já detentores de direitos e garantias. É primordial que a população internalize, que deixe criar raízes dentro de si o senso de dignidade, pois depois que esse primeiro passo for dado, exigir das demais pessoas que respeitem sua condição humana e garantam os meios necessários para sanar suas necessidades básicas, deixará de ser um ideal a ser perseguido e passará a ser uma realidade fática. A finalidade dos direitos fundamentais é assegurar, com proteção do Estado, condições mínimas de vida, é permitir que a sobrevivência ocorra em condições justas e não cercada pela miséria e fadada ao fracasso (MARTINS; SILVA, 2009).

Em um país em que o Judiciário invade o terreno, decide e avoca para si funções pertencentes a atuação específica do Executivo e principalmente do Legislativo, incentiva e abre espaço para uma reflexão, revisão de conceitos concernentes a atividades típicas de cada poder. Quando o excedente está

caracterizado, provoca uma inquietação e necessidade por parte do Legislativo de criar mecanismos, engrenagens que tenham como escopo sustar e impedir a eficácia de atos que usurpam os limites de interpretação da norma (IGNACIO JÚNIOR, 2012).

Cabe enfatizar que o Congresso Nacional, pode ser afetado pelos outros poderes, já que sua função precípua, de forma rotineira, é atingida através de manobras que frequentemente ultrapassam os limites legais. Surge assim um desconforto institucional, de um lado o poder executivo, editando de maneira desenfreada medidas provisórias com força de lei, de outro, o poder judiciário prolatando decisões que transpassam os limites impostos a sua atividade jurisdicional. Assim, incitando o congresso de forma precisa delinear os limites da ingerência do judiciário na esfera parlamentar (RAMOS, 2017).

4.2 Ativismo, judicialização da política e suas distinções

Na segunda metade do século XX vivenciou-se uma intensa internacionalização dos Direitos Humanos, o meio ambiente e o direito do consumidor passaram a ganhar espaço no âmbito de normatizações de interesses difusos e coletivos em decorrência de modelos estatais intervencionistas e motivados pelas políticas de bem-estar social. Com a promulgação da Constituição Federal, tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, passaram a desenhar uma perspectiva institucional, trazendo em voga a prática da Jurisdição Constitucional Brasileira e seus limites explicitados no texto constitucional. Em um contexto em que é cada vez mais latente a presença do direito, promove uma crescente no número de demandas sociais judicializadas com o intuito de concretizar e consolidar garantias sociais (RIBAS, 2009).

A judicialização da política, explicando de forma mais concisa, seria, portanto, posicionamentos judiciais tomados em virtude de demandas populacionais referentes a direitos e garantias previstos na legislação, mas que por inúmeros motivos, razões ou circunstâncias diárias pode ter o seu gozo impossibilitado total ou parcialmente, ou até mesmo nem chegar a alcançá-lo.

É evidente que em uma nação com mais de 200.000.000 (duzentos milhões) de pessoas, conflitos, desentendimentos e discordâncias fazem parte do cotidiano, das relações interpessoais e da troca de interesses ou representatividade que cada um possui para coletividade como um todo. O Estado em sua acepção mais genérica, por sua vez, zela para que as pessoas e suas inúmeras necessidades consigam conviver de forma pacífica. Todavia, a natureza humana é complexa e a paz embora seja um ideal que deva ser constantemente perseguido, nem sempre alcança sua plenitude, e é justamente nesses momentos que as inspirações individuais motivam

os indivíduos a buscarem por reparação quando suas pretensões não são asseguradas ou atendidas.

Desse modo, não sendo atendidas recorrem ao judiciário, que é o agrupamento de órgãos públicos encarregados de interpretar o caso concreto, sob a luz da legislação e dos princípios que norteiam a democracia e o Estado de Direito. No entanto, é justamente quando executam suas prerrogativas que surgem celeumas relacionadas com a suposta incoerência entre zelar pela manutenção das instituições e ao mesmo tempo usurpar das mesmas funções que a princípio não são suas.

Antes de começar a distinguir Judicialização e ativismo Judicial, se faz necessário que se caracterize ambos para melhor entendimento posterior de suas divergências conceituais. Judicialização significa que questões, sendo elas coletivas, políticas, são julgadas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas habituais.

Na judicialização ocorre uma alocação de poderes que serão derogados aos magistrados, a partir daí decidirão as contendas sob a luz dos princípios, leis, valores e presando pela segurança jurídica (MOREIRA, 2009).

Barroso (2009, p. 332a) elenca três causas para a judicialização no Brasil: “a redemocratização do país; a constitucionalização abrangente; e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”. Se tratando de redemocratização do país, pode se observar que a CF/88 teve um reposicionamento do Poder Judiciário em relação aos outros poderes (Executivo e Legislativo), dando ênfase nas garantias da magistratura. O poder judiciário é predisposto a fiscalizar a concretização da lei, mesmo que sua função de interpretar e concretizar o direito seja contrário aos demais poderes. O Ministério Público desenvolveu-se e passou a atuar em questões de interesse social, atuando no judiciário de forma intensa, fazendo com que todo cidadão tenha acesso à justiça e à adequada prestação jurisdicional.

Conforme alude Barroso (2009), existe uma segunda causa de judicialização, a constitucionalização abrangente, de acordo com ele, esta significa dizer que há a incorporação de questões políticas no texto da Constituição, causando preocupação ao constituinte, pois o país estava traumatizado com anos de ditadura militar que só aumentaram a desconfiança dos cidadãos em relação aos governantes.

A terceira e última causa, conforme o entendimento do doutrinador, é o controle de constitucionalidade, onde se permite que não sejam aplicadas leis ou atos normativos pelos tribunais, em face de uma declaração de inconstitucionalidade, portanto existem ações que regem o controle de constitucionalidade, sendo elas: “ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental” (BARROSO, 2009 p. 332).

Destarte, podemos ver que o sistema jurídico vem tentando responder as questões sociais mediante decisões de ações diretas, que requerem a participação ativa da sociedade, sendo representados por instituições de interesse público, portanto qualquer questão é apreciada pela Suprema Corte.

No entanto, há propensão a confundir Judicialização com ativismo judicial, pois ambos são semelhantes, porém, não se confundem. Já fora mencionado abundantemente as características de Judicialização, agora se faz necessário conceituar ativismo judicial. Tal instituto decorre de ações do Poder Judiciário que são direcionadas a interpretação de normas constitucionais que expandem seu sentido e alcance, tornando possível a efetivação de preceitos integrados na Constituição Federal. No ativismo, os juízes desfrutam de teorias interpelativas, neoconstitucionalismo normativo, acabando por ampliar ao máximo o alcance da normatividade constitucional (MOREIRA, 2009).

Para aprofundar nessa distinção entre ativismo e judicialização, deve-se saber que ativismo confronta a autocontenção, que é uma conduta que prevalecia no nosso ordenamento até 1988, e era distinta pela sua ideia de conservação do judiciário nos processos de aplicação das normas da Constituição, sendo evidentemente oposto ao que preconiza o ativismo. A proposta da autocontenção era de aplicar a Constituição diretamente apenas em casos expressamente previstos, tendendo a guardar a lei reguladora da matéria sem interferências (RAMOS, 2010).

Posto isto, vale ressaltar que o Ativismo tem uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário com a finalidade de concretizar as normas Constitucionais, se manifestando a partir de certas condutas, tais como a aplicação direta da Carta Magna a situações não expressas em teor de seu texto e declaração de inconstitucionalidade de atos normativos que ferem a Constituição Federal (BARROSO, 2009).

Quando se fala em Estado Democrático de Direito, antagônico a isto seria admitir decisões discricionárias proferidas pelo Judiciário, contudo, é sabido que toda decisão contém uma fundamentação, devendo esta estar de acordo com a Constituição. Assim, surge ativismo quando o magistrado não decide, conseqüentemente não fundamenta conforme os limites estabelecidos na Constituição, identifica-se como decisões discricionárias (OLIVEIRA, 2008).

Assevera Barroso (2009) que embora entre ativismo e judicialização existam semelhas, não podem ser confundidos e sim dissociados. A judicialização não é uma atitude intencional de invadir ou usurpar competências pertencentes a outros poderes, mas sim proferir determinações que de fato são de sua competência e sob

circunstâncias que não cabe abstenções. Já ativismo, em contrapartida, caracteriza-se pelo dolo em atribuir aspectos expansivos a lei com finalidade específica.

Atualmente, o Brasil tem aderido a uma posição ativista, este se peculiarizando em discutir a implementação de direitos fundamentais, bem como pronunciamento de questões políticas e sociais (GRANJA, 2014).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo foi elaborado no intuito de ampliar a visão para que assim seja possível uma análise sistemática e não restrita do cenário jurídico hodierno, não com foco em ressaltar seus feitos, mas de examinar o impacto que suas ações individuais ocasionam para a sociedade como um todo e especialmente para as instituições democráticas.

No curso desse processo de aprofundamento, fora esclarecido conceitualmente o que é o judiciário, suas características, composição, funcionamento e principalmente suas atribuições e competências. A legislação foi o pincel que delineou e ressaltou os limites de sua atuação, bem como a doutrina serviu de parâmetro fundamental, através de autores célebres e grandes intérpretes do cenário jurídico, foi fornecido argumentos robustos utilizados como fundamentação na construção de um viés pautado no texto constitucional e atento aos princípios que sustentam o regime democrático vigente no Brasil atualmente.

Tendo como princípio basilar que fomentou toda a discussão no que consiste o tema proposto, utilizou-se a tripartição dos poderes. Ressaltando de forma metodológica, não só o significado, mas o objetivo e importância que a delimitação e observância dos limites de atuação impostos constitucionalmente aos três poderes possuem para que assim seja possível a estabilidade das instituições.

Cabe destacar as distinções realizadas em relação as competências típicas e atípicas dos três poderes do Estado, assim como foi frisado especificamente a do Poder Judiciário, deixando evidente que o mesmo goza do status de protetor, guardião do texto constitucional, detentor do poder de fiscalizar as leis elaboradas pelo Legislativo e a execução destas pelo poder Executivo.

Logo, uma vez abordada essas discussões conceituais e prerrogativas típicas e atípicas surgiu naturalmente o tema objeto deste artigo, o ativismo judicial. Concluindo-se portanto, que em uma democracia madura os limites são previamente determinados, em uma democracia utópica todos eles são respeitados, mas em uma em processo de maturação como a brasileira, embora os limites estejam positivados em textos legais, eventualmente são desrespeitados e é nessas circunstâncias que a

atenção deve ser redobrada, para impedir a naturalização de posturas, decisões ou comportamentos que a longo prazo possam fragilizar as instituições e romper as regras preestabelecidas, que são responsáveis pela manutenção e estabilidade da democracia.

No que toca a uma possível ruptura da democracia, é possível vislumbrar facilmente passos que rumam em direção a esse possível acontecimento fatídico. Atualmente, o mundo passa por uma crise sanitária que será sucedida por outra financeira. No Brasil, é nítido que além das duas crises supracitadas enfrenta-se ainda uma política, originada por divergências relacionadas a concepções individuais, partidárias e em contrapartida, científicas. De uma forma ou de outra tudo está interligado e mais do que nunca, conhecer a democracia na prática, acompanhado a atuação das entidades que dela fazem parte é de suma importância.

É Valido pontuar a importância do trabalho pra introjeção de que a inércia dos outros poderes não pode ser utilizada pelo judiciário como argumento ou justificativa para posturas que embora em sua essência guardem uma intenção nobre e pautada na observância e tutela dos direitos e garantias fundamentais, por outro lado oferecem riscos e ameaçam a convivência pacífica que deve existir entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Os limites devem permanecer claros, as regras obedecidas e a leis serem cumpridas, assim como as necessidades comunitárias atendidas na medida em que a razoabilidade e a proporcionalidade permite, buscando dessa forma um equilíbrio que em sua plenitude talvez seja impossível alcançar, todavia a busca por alcança-lo deve ser constante, ininterrupta e presente no imaginário e nas ações de quem administra, julga e legisla.

REFERÊNCIAS

BARBOS, Claudia. **Algunos Aspectos de la Independencia del Poder Judicial em Brasil**. Independencia Judicial en América Latina, Bogota, p. 417-437. 2003 Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/IndependenciadoPoderJudSúmulaVinculanteCláudiaBarbosa.pdf>> Acesso em: 18 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 30 de abril de 2020.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 23.

BRANDT, Laís Michele; BRANDT, Lauro Júnior. **Princípio Da Separação Dos Poderes:** Uma análise crítica de precedentes jurisprudenciais com foco no poder de coercibilidade do Poder Judiciário. In: XII Seminário Nacional Demandas Sociais E Políticas Públicas Na Sociedade Contemporânea. XII, 2016, Santa Cruz do Sul – RS.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988.2020, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 04 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Cartilha do Poder Judiciário / Supremo Tribunal Federal.** -- Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018. 38.

CAMARGO, Gerson Ziebarth. **Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial.** Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 19, n. 2, p. 233-264, jul./dez. 2016.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo:** políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CITADINO, Gisele. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia.** Revista da Faculdade de Direito de Campos, nº2, 2001-2002. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16013577.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2020.

COMPARATO, Fabio. **O Poder Judiciário no Regime Democrático. Estudos avançados, São Paulo, v.18 n.51, maio/ago. 2004.** Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200008>>. Acesso em: 12 maio 2020.

DIAS, Felipe Aires Coelho Araújo. **A teoria da separação dos poderes e as constituições brasileiras.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58528/a-teoria-da-separacao-dos-poderes-e-as-constituicoes-brasileiras/2>> Acesso em: 23 de abril de 2020.

FACHIN, Zulmar. **Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf> Acesso em: 19 maio 2020.

GOLVEIA, Daniel; AMARAL, Sérgio. **Organização dos Poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988**, 2008, Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1685/1604>> Acesso em: 19 maio 2020.

GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a CF/88**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1685/1604>>. Acesso em: 10 abril 2020

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/05/2014_05_03463_03490.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2020.

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite>> Acesso em: 13 maio 2020.

IGNÁCIO Junior, José. **Um salutar freia ao ativismo judicial predatório ou um retrocesso a efetivação das garantias fundamentais desprestigiadas pelo legislador**, 2013 Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/07/2013_07_07141_07165.pdf> Acesso em: 21 maio 2020.

MADRIGAL, Alexis. **Harmonia e Independência entre os Poderes. A Teoria da Separação dos Poderes**, Disponível em: <<https://alexismadrigal.jusbrasil.com.br/artigos/704859633/harmonia-e-independencia-entre-os-poderes>> 2019. Acesso em: 12 maio 2020.

MEDEIROS, Fernanda. **Ativismo Judicial: Uma Análise Sob a Ótica do Princípio da Separação dos Poderes**, 2016, Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46704/ativismo-judicial-uma-analise-sob-a-otica-do-principio-da-separacao-dos-poderes>> Acesso em: 20 maio 2020.

PADUA, Caio Matheus Santos; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. **O Poder Judiciário E A Sua Função Contra majoritária**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5547/5273>> Acesso em: 03 de abril de 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 388;

RAMOS, Adriana Monteiro. **Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial.** Direitos Fundamentais & Democracia. Curitiba-PR, vol.7, n. 7. Páginas 232-246. Jan./Jun. 2010.

RAMOS, Elival. **Ativismo Judicial**, 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=0D1nDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT2&dq=consequ%C3%A2ncias+do+ativismo+judicial&ots=H1SaRpSC5v&sig=DW0YZGiL6QiwqVycHmzvIkpJggs#v=onepage&q=consequ%C3%A2ncias%20do%20ativismo%20judicial&f=false>> Acesso em: 07 maio 2020.

RIBAS, José. **Estação Científica**, Ed. Especial Direito. Juiz de Fora, V. 0, n. 04, outubro e novembro, 2009 Disponível em: <<https://portal.estacio.br/media/4411/artigo-3-revisado.pdf>>

SILVA, Flavia. Direitos Fundamentais, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, Malheiros, 3º ed. 1992 Disponível em: <<https://www3.usf.edu.br/galeria/getImage/252/6892347672477816.pdf>> Acesso em: 21 maio 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999., p. 182.

SILVA, Mikaele. **Ativismo Judicial**: Um meio para concretizar direitos fundamentais ou violação ao princípio da separação dos poderes. Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/supremo-tribunal-federal-o-hobin-hood-do-judiciario-e-o-ativismo-judicial-um-meio-para-concretizar-direitos-fundamentais-ou-violacao-a-separacao-dos-poderes/>> Acesso em: 10 de abril de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA CRIMINAL: MAIOR INCIDÊNCIA DE IMPACTOS POSITIVOS OU NEGATIVOS À PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS?

MARIA KAROLYNE SANTOS: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI

MARCOS VINÍCIUS SILVA DE SANTANA

(coautor)

Artigo de Conclusão de Curso apresentado a Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel de Direito. Orientador (a): Prof.^a M.^a Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães

RESUMO: Com o objetivo de entender como o ativismo judicial em se tratando de matéria criminal, no presente contexto brasileiro, vem incidindo na proteção dos bens jurídicos a partir do destaque de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Apropriando-se, para tanto, de pesquisa descritiva e explicativa, com base em doutrina, na Constituição Federal de 1988, em leis e jurisprudências a fim de compreender as causas desse ativismo, bem como enfatizar as implicações positivas e negativas com base no conteúdo das decisões expostas no desenvolvimento do trabalho, sobretudo, os princípios e valores amparados e lesados, tendo em vista o Estado Democrático de Direito. Sendo possível a constatação de benefícios quando da postura tiver resultado a pacificação de assuntos controvertidos no âmbito nacional, assim como quando regulamenta direitos e deveres fundamentais, por outro lado verificou-se a afronta e o desrespeito de diretrizes essenciais envolvendo a estrutura de Estado, a tripartição dos poderes, o princípio da legalidade, casos em que a postura ativista resulta em insegurança jurídica, com o pretexto de resguardar os preceitos constitucionais.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial. Direito criminal. Proteção dos bens-jurídicos. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: In order to understand how judicial activism in dealing with criminal matters, in the present Brazilian context, it has been focusing on the protection of legal assets through the highlighting of decisions handed down by the Supreme Federal Court. Appropriating, therefore, descriptive and explanatory research, based

on doctrine, in the Federal Constitution of 1988, in laws and jurisprudence in order to understand the causes of this activism, as well as to emphasize the positive and negative implications based on the content of the decisions exposed in the development of the work, especially the principles and values supported and harmed, in view of the Democratic Rule of Law. If the verification of benefits is possible when the posture resulted in the pacification of controversial issues at the national level, as well as when it regulates fundamental rights and duties, on the other hand there was an affront and disregard of essential guidelines involving the State structure, the tripartition of powers, the principle of legality, cases in which the activist stance results in legal uncertainty, under the pretext of safeguarding constitutional precepts.

Keywords: Judicial Activism. Criminal law. Protection of legal assets. Federal Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito é marcado dentre outros princípios, pela Separação dos poderes, de modo que seja conferido a cada um deles autonomia no exercício de uma função precípua atribuída pela Constituição Federal, com o escopo de promover a melhor sustentação ao modelo de Estado, bem como da própria Soberania nacional. Ademais, imprescindível haver entre eles uma harmonia e articulação, necessárias para o atingimento dos objetivos constitucionais, desde que respeitados os valores e os regramentos que delimitam o campo de atuação desses poderes, sem que nenhum deles se sobreponha ao outro, sob pena de lesão ao princípio supracitado.

Todavia, verifica-se por meio do Ativismo Judicial não somente a contemplação dessa possibilidade, mas, com efeito, o robustecimento de uma tendência, sobretudo, no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal (STF), por tratar-se da última instância do poder judiciário, além de desempenhar o papel de guardião da constituição. Sendo assim, uma postura inovadora que divide muitas opiniões e sobre a qual recaem críticas contundentes por envolver direitos e valores inestimáveis, bem como pelo conflito inevitável entre os poderes devido a ameaça e a lesão aos princípios que regem o ordenamento jurídico, com ênfase nos aspectos procedimental e funcional.

Posto isto, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar como o ativismo judicial em se tratando de assuntos criminais se perfaz na atual conjectura brasileira, e quais são os impactos decorrentes desse comportamento proativo com base no que já foi decidido pela suprema corte no pertinente a esse segmento do direito.

À vista disso, foram delineados os seguintes objetivos específicos: esclarecer os conceitos de Judicialização e Ativismo judicial, bem como o papel do poder judiciário, mormente, o STF; entender as causas que propiciaram o desenvolvimento do ativismo no Brasil; ponderar acerca da proteção dos bens jurídicos; analisar e discorrer sobre o conteúdo das decisões elencadas neste artigo; averiguar e destacar quais aspectos foram benéficos e quais foram prejudiciais a partir dos pronunciamentos judiciais; situar acerca dos conflitos e dos perigos envolvendo essa postura.

Esta pesquisa possui caráter descritivo e explicativo, fomentando-se em doutrina, na Constituição federal de 1988, na exposição de leis gerais e específicas, em jurisprudências e sites para melhor elucidação dos pontos abordados e consequente desenvolvimento do raciocínio e para a consecução dos objetivos pretendidos.

Por fim, com o intuito elementar de tornar acessível à compreensão do tema, tendo em vista a democratização do conhecimento e do acesso à informação, como manifestação clara e justa de transparência relacionada aos fatores que desencadeiam ou que reflitam direta ou indiretamente em seus direitos e deveres, é que, primeiramente, torna-se necessário captar a atenção para o assunto em comento a fim de que a reflexão pessoal e coletiva, juntamente ao engajamento dos aplicadores do direito possa melhor viabilizar o exercício da própria cidadania.

2 DEFINIÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO/ DA SUPREMA CORTE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Após a Segunda Guerra Mundial, muitas nações ao redor do mundo constataram que, para evitar o restabelecimento de regimes autoritários, fazia-se necessário fortalecer o Poder Judiciário, de tal sorte, que a democracia pudesse igualmente se revigorar.

Em decorrência desse engajamento, o referido poder passou a dispor de maior amplitude quanto à discussão das matérias políticas e sociais mais relevantes para um povo. Assim sendo, em se tratando de uma discussão levada a cabo, tem-se como desdobramento lógico, por conta do que se espera do Poder Judiciário, um posicionamento acerca da questão, ou seja, uma decisão por meio da qual se presta a tutela jurisdicional.

Desse modo, verifica-se um acionamento exponencial do órgão judiciário, tanto para fins de concretização de direitos e garantias, como para a positivação de normas e institutos que possam pacificar determinado assunto no bojo social, quando impera, sobretudo, um descontentamento com relação ao desempenho dos

outros poderes (Legislativo e Executivo). Ao que se denomina Judicialização, conforme se verá mais detalhadamente a seguir.

2.1 O FÊNOMENO DA JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Dentre os traços essenciais que caracterizam a Constituição Federal de 1988, tem-se o caráter analítico do texto, ou seja, em que são tratados diversos temas, como saúde, meio ambiente, trabalho, assistência social e outros, e, portanto, tendo em vista o extenso leque de questões a serem suscitadas em juízo, o sistema judiciário encontra-se abarrotado de demandas as quais se aguardam um veredicto.

Sobreleva notar a relevância das mudanças histórico-sociais que propiciaram a formação desse fenômeno, ocorridas tanto no cenário internacional, como internamente, e, sobretudo, a interligação dos eventos e os reflexos diretos e indiretos. Enquanto pendurava a Segunda Guerra Mundial, o Brasil encontrava-se no período notadamente conhecido como Era Vargas, em que se verificou uma série de reformas positivas no contexto trabalhista, consolidadas até hoje. No entanto, as condutas políticas e as manobras pela manutenção do poder, acentuaram a faceta centralizadora e autoritária desse governo, fazendo com que os partidos políticos e o Poder Legislativo fossem extintos para uma maior concentração de mando.

No que pese, os clamores sociais por uma nova constituição, a regulamentação de direitos importantes e o caráter inquisitivo do governo para evitar, conforme sustentado na época, a instalação do comunismo pelo país, o fez perder o apoio dos Estados Unidos, com quem esteve aliado durante a Segunda Guerra. Aliança essa criada para combater justamente regimes ditatoriais, o que seria contraditório, visto que, posteriormente, o país sofreria um golpe por parte dos militares, perdendo, assim, o poder.

Ainda, as implicações advindas do campo externo, como a Guerra Fria, que escancarou a disputa ideológica, bem como no contexto interno, dos governos e períodos turbulentos a partir das experiências severas de imposição da força dominante, tendenciosa aos seus próprios interesses, mudaram a grosso modo, a percepção sobre cidadania, tornando forte o anseio social pela efetiva democratização dos direitos.

Ademais, como já fora mencionado, em face do desencanto outrora vivenciado pela população que teve direitos fundamentais suprimidos por parte dos dirigentes do país, juntamente com a omissão, em certos casos, de regulamentação sobre como perceber determinados direitos ou pela descrição esdrúxula ou deficiente de normas, pelo legislador, é que se busca cada vez mais o amparo do Poder Judiciário, sobretudo, tendo em vista o caráter de guardião do Supremo

Tribunal Federal, que passa a adotar uma postura mais expansiva no que diz respeito as suas atribuições, a qual se denomina Ativismo Judicial.

ATIVISMO JUDICIAL

Dito isso, o ativismo judicial surge em decorrência da judicialização e devido ao aspecto analítico do texto da Constituição, que assegura dentre outras prerrogativas a tutela dos valores nela contidos pelo Supremo Tribunal Federal, assumindo na perspectiva atual um maior protagonismo frente aos poderes legislativo e executivo, a pretexto de viabilizar a eficácia das normas e das garantias constitucionais, ampliando ou restringindo o alcance das mesmas a depender do critério de interpretação utilizado.

O Ministro Luiz Roberto Barroso (2008) assim se referiu ao termo:

“A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.”

2.2 INCUMBÊNCIAS DO PODER JUDICIÁRIO À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Na obra de Charles de Montesquieu intitulada O Espírito das Leis (1748), houve, por parte do autor, a defesa de uma nova concepção política compreendida pela separação dos poderes. Desse modo, ao conceber a divisão tripartite em se tratando do poder político, estariam sendo combatidas quaisquer imposições desmedidas e pautadas exclusivamente nas vontades de um indivíduo, o rei, como se verificava no Absolutismo.

Como é de se notar, esse princípio compreende uma característica essencial do Estado Democrático de Direito, que deverá apresentar a lei a ser seguida (pelo legislativo), não sendo capaz, por si só, de promover harmonia no seio social, no que pese a existência de regras morais e de conduta, tendo em vista a ocorrência inevitável de conflitos e entraves dentro da sociedade, o que demanda, em caráter complementar e ao mesmo tempo independente, o exercício da função jurisdicional, ou seja, a atuação do Poder Judiciário.

Sobreleva destacar o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, presente no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que dispõe: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Percebe-se, a

partir desse excerto, a imprescindibilidade do referido poder na concretização e até mesmo reparação dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Dessa forma, a atuação do judiciário encontra-se regada pelo Poder Legislativo, sendo indispensável, portanto, quanto ao ato de julgar o zelo aos preceitos e disposições legais formalmente confeccionados. Outrossim, considerando o Princípio da Igualdade de todos perante a lei, verifica-se não somente o estabelecimento de uma exigência, como também a necessidade e a presunção de imparcialidade pelos órgãos julgadores.

Através do Poder Judiciário é que se torna possível o cumprimento do devido processo legal, consubstanciado, por seu turno, em outro princípio constitucional que assegura um trajeto a ser percorrido até a prolação de uma decisão, (sendo a sentença uma espécie), resguardados os direitos e garantias fundamentais, com a exposição dos motivos que lhe deu causa, precisamente para se averiguar a legalidade do veredicto e impedir que haja injustiça ou abuso de poder, ou quando verificada essa ocorrência, repará-la prontamente.

2.3 ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA CRIMINAL E OS PRINCÍPIOS DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO AOS BENS JURÍDICOS E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Esclarecidos os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, bem como o papel do Poder Judiciário em face do Estado Democrático de Direito, encontra-se oportuna, nesse estágio, a suscitação dessa postura em se tratando de questões criminais. Para tanto, faz-se necessário a conceituação do termo bem jurídico para melhor entendimento do Princípio da Exclusiva Proteção aos mesmos, nesse sentido, segundo Luiz Regis Prado:

Bem jurídico é um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. Deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada (PRADO, 2009, p.44).

O princípio em comento consubstancia-se no resguardo aos bens jurídicos considerados indispensáveis à convivência social, sem qualquer pretensão de disseminar ideologias, conceitos morais ou que interfiram na liberdade individual dos

cidadãos. Desse modo, atribui ao direito penal uma finalidade externa, não por outra razão o Princípio da intervenção mínima surge em caráter complementar a esse aspecto da proteção aos bens jurídicos, determinando que a atuação do Estado no exercício do *Jus puniende* (prerrogativa de punir) somente deva ocorrer em último caso (*Ultima ratio*), ou seja, quando a prática de um ato ilícito mostrar-se inviável de contenção nas demais esferas do direito.

Ademais, é de suma relevância, destacar os dois aspectos constitutivos do Princípio da Intervenção Mínima, quais sejam, a fragmentariedade em que somente os bens mais valiosos relativos às questões humanas serão alvos da proteção estatal, excetuados aqueles cujo conteúdo seja vil ou de exequível contenção por outro ramo jurídico, além da subsidiariedade, como fora antecipado, tratando-se da aplicação do direito penal em última hipótese, como medida excepcional. Nesse contexto, torna-se possível a supressão do direito constitucional de ir e vir através das penas privativas de liberdade, como uma demonstração contundente dessa excepcionalidade.

De posse desses conceitos, é perfeitamente compreensível a estimativa de que a incidência de ações interpretativas e decisórias, por mais simples que sejam, possuem considerável peso em se tratando de um caso concreto, considerando uma vida e um destino passível de serem drasticamente alterados por um provimento judicial, e dá-se dessa forma justamente por envolver conteúdos sensíveis, o que corporifica a intervenção mínima do direito penal e por consequência dos aplicadores da lei.

Nesse sentido, a aplicação dos institutos jurídicos aos casos práticos possui o crivo de legitimar a atuação dos juízes, conferindo senso de razoabilidade e de prudência às condutas efetuadas por eles, conforme a base legal estabelecida, e por isso impera o dever de motivação das decisões judiciais. Contudo, quando esse comportamento se alarga para além das funções essencialmente atribuídas, há claramente uma inovação por parte do órgão que também será o responsável por aplicar as normas, o que inevitavelmente suscita a reflexão a respeito das implicações desse ativismo quanto a questões penais, se resultariam em maiores ganhos ou perdas à efetivação da justiça, à paz e à ordem social, ou ainda se a imparcialidade não estaria sendo mitigada em decorrência da mesma postura.

3 IMPLICAÇÕES POSITIVAS DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL COM BASE EM DECISÕES PROFERIDAS

Diante do exposto, convém agora destacar a incidência do ativismo em se tratando de pronunciamentos específicos pela Suprema Corte em que é possível a

extração de benefícios, tendo em vista a regulamentação sobre determinado tema com o escopo de pacificar a questão e torná-la passível de ser atendida em todo território nacional, quando não existente qualquer instituto que esclareça determinado direito, dever, bem como diligências a serem obedecidas no desempenho funcional.

Com isso, verifica-se uma faceta do ativismo judicial que é aplicada em função do inativismo parlamentar, ou seja, quando devendo regulamentar uma questão ou ponto específico, o poder legislativo não o faz, deixando assim, uma lacuna no ordenamento em se tratando daquele assunto, o que prejudicaria a percepção de direitos e garantias fundamentais em algum grau, quando não tornaria inviável a efetivação dos mesmos. Assim, o ativismo por parte do poder judiciário dar-se-ia para suprir tais lacunas. É o que se verá a partir da exposição de duas súmulas vinculantes.

3.1 SÚMULA VINCULANTE 11: A REGULAMENTAÇÃO SOBRE O USO DE ALGEMAS

Eis o conteúdo da Súmula Vinculante 11:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (BRASIL, 2008)

Como é possível inferir, a súmula em comento visa evitar o abuso de poder mediante o uso de algemas pelas autoridades policiais, destacando, assim, situações excepcionais para sua utilização. Em face da ausência anterior de regulamentação a esse aspecto, havia-se um manejo totalmente desregrado das algemas, o que caracterizava em muitos casos uma desproporcionalidade à vista do contexto, e assim, uma ofensa aos direitos individuais, bem como a dignidade da pessoa humana.

Ademais, verifica-se a necessidade de fundamentação quanto ao ato, sob pena de nulidade, e para melhor compreender as especificações trazidas pela edição dessa súmula, reputa-se conveniente ilustrar o caso que à ela deu ensejo, em sede de análise pelo Supremo Tribunal Federal: tratou-se de recurso (*Habeas corpus* 91.952) no bojo de uma condenação por homicídio qualificado pelo Tribunal do Júri, em que o réu contestou ter sido algemado durante todo o julgamento, sem qualquer necessidade aparente, além do que a situação por si já sensível, tornou-se

deveras vexatória, podendo ainda ter fortemente influenciado na decisão dos jurados.

Na análise do caso, os ministros consideraram não haver realmente necessidade em se sustentar a contenção do indivíduo sob as algemas quando não verificada nenhuma resistência de sua parte, muito menos riscos seja de fuga, seja de perigo a quaisquer dos presentes na ocasião do julgamento, sendo, portanto, desprovida de razoabilidade e conseqüente desrespeito ao réu, no que decidiram pela anulação do referido julgamento, devendo então ser realizado um novo. O Supremo ainda enfatizou o papel do Estado na preservação da integridade física, bem como das garantias fundamentais daqueles que estejam sob sua custódia.

Nesse sentido, em face dos conflitos, omissões e discrepâncias acerca do entendimento e conseqüente manuseio das algemas pelo país, a presente súmula apresentou-se plausível para fins de direcionamento unificado e cogente das condutas de contenção, sem que a utilização desse artifício se dê ao bel-prazer das autoridades policiais ou em substituição a outras diligências que devam ser respeitadas.

Assim, verifica-se que o intuito precípua compreende o respeito à dignidade do ser humano e a adequação dos direitos individuais às potenciais interferências do Estado na liberdade de ir e vir do cidadão, sendo para tanto indispensáveis à prudência, o decoro e a responsabilidade dos entes e profissionais que estejam à frente desses atos e posturas.

3.2. SÚMULA VINCULANTE 14: O DIREITO DO DEFENSOR AO ACESSO DAS PROVAS JÁ DOCUMENTADAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Dentre as características relativas ao inquérito policial, tem-se o caráter sigiloso quanto ao desenvolvimento da investigação e o processamento dos dados e informações. Sendo assim, cabe a autoridade policial competente, constituída na pessoa do delegado, viabilizar o acesso das provas que se encontrem documentadas ou obstá-lo, quando solicitadas por advogado que represente os interesses de determinado indivíduo.

No entanto, respeitadas, obviamente, as atribuições funcionais, essa acessibilidade não se configura como resultado de um ato discricionário por parte do delegado, haja vista o conteúdo fático-probatório muito importar para a melhor sustentação do direito de defesa, amparado pelo Princípio do Devido Processo Legal.

Além disso, conforme elucidado no artigo 7º, inciso XIV do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (BRASIL, 1994), é direito do advogado:

“examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”.

Portanto, percebe-se, o reconhecimento do legislador quanto a relevância do advogado em todas as etapas de defesa, a começar pela fase pré-processual, em que o entendimento acerca da situação, ainda que em desenvolvimento, mostra-se de grande valia para a orientação do cliente, bem como para o manejo dos institutos jurídicos que lhe propiciarão uma ampla e ajustada defesa, sem que isso represente ofensa ao exercício funcional das autoridades policiais.

Não obstante, no que pese as regulamentações legais, muitos advogados ao longo de todo o país ainda deparam-se com enorme grau de resistência pelas autoridades de polícia judiciária quanto ao acesso das provas já documentadas, o que certamente prejudica o direito supracitado. Em face dessa tendência, corroborada seja por políticas ou correntes internas, a Suprema Corte houve por bem editar a Súmula Vinculante 14 (2009) para fomentar as diligências a serem tomadas, em respeito à independência funcional de ambas as carreiras.

Sobretudo, quando o conteúdo da investigação estiver relacionado ao direito de defesa, o que, indubitavelmente, interessará ao advogado e suscitará a necessidade de contato com os órgãos cuja competência seja de polícia judiciária, devendo a partir do estabelecimento dessa relação ser melhor viabilizada a intervenção da defesa para resguardo das garantias e direitos do seu cliente.

Para tanto, a referida súmula determinou a necessidade de apresentação de procuração pelo advogado em face das investigações cujo teor de sigilo seja maior, justamente para tornar efetiva essa permissão, assegurada em forma de direito funcional no caso do advogado e dever no que diz respeito ao delegado. Trata-se, portanto, de um atributo a ampla defesa que, sendo devidamente respeitado, ensejará benefícios quanto ao desempenho das instituições de direito, bem como a otimização em se tratando dos processos e procedimentos criminais, tendo em vista o caráter integrativo das diferentes esferas, sendo plausível a participação e os apontamentos realizados por ambos em face das provas apuradas e dos fatos até então elucidados.

Embora, ainda persista o desatendimento da súmula em boa parte do país, o caminho a ser seguido mostra-se apresentado pela pacificação em seu conteúdo,

motivo suficiente para suscitação do respectivo direito e dever, sob pena de ofensa ao Princípio do Devido Processo Legal, em caso de não observância.

4. IMPLICAÇÕES NEGATIVAS DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL COM BASE EM DECISÕES PROFERIDAS

No bojo dos julgados expostos a seguir, encontram-se os princípios que, de alguma maneira, foram lesados a partir de posturas ativistas do Poder Judiciário, razão pela qual se faz mister o questionamento acerca dos seus efeitos, bem como sobre a insegurança jurídica, consequência inevitável em face de atos desarrazoados e, por vezes, temerários.

Ainda que manifestos devido ao inativismo parlamentar, sobreleva a necessidade de atendimento aos valores constitucionais de modo a assegurar-lhes a maior eficácia possível, evitando inadequações ou suprimindo-as quando havendo, em respeito aos princípios sensíveis que compõe o Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, quando do posicionamento ativista houver resultado uma inadequação relacionada a determinado princípio, seja na sua interpretação, seja no seu desatendimento, estar-se-á diante de um ato judicial falho e que pode comprometer ou amparar de modo ineficiente, dadas garantias e direitos constitucionalmente estabelecidos.

4.1 ADO 26 E MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733: A EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO

Lamentavelmente, a discriminação quanto ao gênero e o preconceito atinente à orientação sexual têm se acentuado expressivamente dentro do território nacional, chegando a níveis extremos de insultos e de violência aos indivíduos homossexuais e transexuais, considerados grupos minoritários de cidadãos que precisam de maior segurança e respeito para gozarem dos direitos e deveres relativos à própria cidadania.

Nesse contexto, mostra-se evidente a necessidade de medidas que visem coibir práticas atentatórias a esses grupos, devendo proceder na repressão dos agressores, ao passo que também propicie deferência, em grau superior, as liberdades individuais e direitos fundamentais a todos os cidadãos, sem quaisquer discriminações. Desse modo, de acordo com o aumento das agressões, verifica-se um crescimento no número de investidas junto ao Poder Judiciário, ao que mais se notabilizaram, tendo em vista o presente contexto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 (BRASIL, 2019) e o Mandado de Injunção 4.733 (BRASIL, 2013).

Ambas as ações foram ensejadas por causa da omissão legislativa acerca da punição dos agentes em se tratando de homofobia e transfobia, mormente, nos moldes do Mandando de Injunção para fins de regulamentação de normas cuja eficácia seja limitada, visando a obtenção de amparo legal mais consistente e ajustado da matéria, a fim de não permitir abusos e perecimento de direitos.

Na ocasião do julgamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido da equiparação das condutas supracitadas ao crime de racismo, insculpido na Lei Nº 7.716/1989. No entanto, sobreleva notar que a tipificação de uma conduta como sendo criminosa, bem como sua consequente regulamentação deve se proceder através de lei, que no atinente ao direito penal consiste em uma fonte cujo teor é imprescindível.

Assim, não pode em tese ser comportada em uma decisão judicial, por conta dos Princípios da Legalidade e da Reserva Legal aclarados tanto na Constituição Federal, artigo 5º inciso XXXIX, como no Código Penal, artigo 1º, ambos destacando exatamente o seguinte “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” Apreende-se não somente a importância de se haver uma inequívoca atribuição de valor negativo a determinada conduta, para que seja ela considerada crime, como também que a própria lei disporá acerca da penalidade que será então aplicada pelo juiz.

Nesse sentido, é válida a averiguação da doutrina a respeito da relação entre o os Princípios da Legalidade e da Reserva Legal com o direito punitivo, conforme aduz Feuerbach em sua teoria (FRANÇA, 2016):

I) Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nullum poena sine lege*). Por isso, só a cominação do mal pela lei é que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. (...) Por fim, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto jurídico necessário. III) O ato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legalis*). Consequentemente, o mal, como consequência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada.

Portanto, sucede cristalina a não observância desses princípios, o que importa em uma lesão aos mesmos, além de acarretar em uma insegurança jurídica tendo em vista a separação dos poderes, e o processo pelo qual leis de matéria criminal passam desde a sua propositura e confecção até serem devidamente sancionadas, conforme previsto na Constituição Federal.

4.2 SÚMULA VINCULANTE 26: A PROGRESSÃO DE REGIME EM CRIMES HEDIONDOS E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A Lei 8.072/90 previa o cumprimento integral da pena em regime fechado para os indivíduos que incidissem na prática de crimes hediondos ou a esses equiparados. Não por outra razão, encontra-se inequívoco o repúdio na Constituição acerca do teor dos mesmos, conforme é possível aduzir a partir do inciso XLIII do art. 5º do seu texto:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL, 1988).

Logo, nota-se o tratamento mais severo conferido a crimes dessa natureza pela lei maior, bem como através de instituto específico que visa estabelecer as diretrizes para a sua aplicação. Nesse sentido, destoando-se dos demais crimes previstos no Código Penal e que admitem a progressão de regime, os fatos tipicamente reconhecidos como hediondos, à luz do previsto na Lei Nº 8.072/90, estariam inviabilizados quanto a essa possibilidade.

No entanto, em sede do *Habeas-corpus* 82.959/2007, o STF entendeu ser inconstitucional a vedação à progressão de regime em se tratando dos crimes supracitados. Ocorre que a análise acerca da constitucionalidade desse dispositivo se deu de modo incidental, em controle difuso, ou seja, o que implicaria na eficácia da decisão somente em relação às partes envolvidas.

Assim sendo, tendo em vista a peculiaridade da decisão, para que se pudesse aplicar de forma generalizada os efeitos dela decorrentes aos casos idênticos ou similares, far-se-ia necessário o informe do conteúdo então decidido pela Corte ao Senado Federal para que fosse averiguada no pertinente a constitucionalidade, considerando que é de competência da União legislar sobre normas de direito penal.

Ademais, conforme previsto no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), dentro das competências atribuídas ao Senado, tem-se exatamente a suspensão da execução, total ou parcial, de lei que tenha sido declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual se apresenta imprescindível o cumprimento desse procedimento, tendo em vista a separação dos poderes, bem como as demais diretrizes de ordem funcional.

Em virtude do Neoconstitucionalismo, movimento instituído pós Segunda Guerra Mundial e que sustenta uma leitura e interpretação moral acerca das normas constitucionais, interpretação essa conferida ao Poder Judiciário para providenciar maior efetividade aos direitos fundamentais, percebe-se uma expansão quanto ao manejo e alcance das técnicas interpretativas, o que propicia uma extensa margem de valoração aos aplicadores do direito, com respaldo nos princípios, que passam a assumir um caráter normativo. Desse modo, o texto constitucional é visto sob uma perspectiva axiológica, ou seja, cujo sentido das normas dependerá do juízo e da sistemática utilizados por quem detém a prerrogativa de aplicá-las.

Nessa lógica e em se tratando da súmula em questão, os princípios suscitados para fomentar o entendimento da Suprema Corte quanto a progressão de regime aplicada aos crimes hediondos, foram o da dignidade humana e o da individualização da pena, sendo este último alvo de críticas devido o aspecto de a personalização ser de caráter objetivo e cuja regulamentação encontra-se presente em lei.

Ademais, como já fora antecipado, a lei como fonte imperiosa do direito penal tratou por determinar ao rol dos crimes de maior periculosidade, contundência e afronta, o cumprimento integral da pena em regime fechado, assim sendo, a vedação quanto a progressão em se tratando desses constitui a própria individualização da pena, tendo em vista levar em conta as condições pessoais do agente, bem como o critério objetivo que se consubstancia na prática de um crime hediondo ou equiparado.

Portanto, a inconstitucionalidade dessa condição fundada no Princípio da Individualização da Pena não teria justificativa plausível. No entanto, anda longe de ser refutada em consequência do movimento neoconstitucionalista que vem ganhando cada vez mais força ao longo dos últimos anos, somando-se a isso ao papel desempenhado pelo STF de guardião do texto constitucional. Nesse sentido, é evidente a verificação de que a Suprema Corte encontra-se em uma posição privilegiada ao passo que de gigante responsabilidade.

Sendo assim, o manejo indiscriminado de tamanho poder e influência, considerando a abordagem moral e ideológica trazida pelo neoconstitucionalismo e que representa em grande parte a faceta negativa desse ativismo, possui irrefutável potencial de ensejar mudanças por vezes drásticas, em caráter institucional, jurídico e social. Quando todos esses setores encontram-se interligados, as implicações serão fortemente sentidas, afinal o ativismo decorrente do Poder Judiciário por si só já compõe uma medida excepcional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs, como objetivo geral, analisar como o Ativismo Judicial com ênfase em matéria criminal se efetua no presente contexto brasileiro e quais os impactos decorrentes dessa postura sobre a proteção dos bens jurídicos, tanto quanto os reflexos em se tratando do Estado Democrático de Direito.

Sendo possível o entendimento acerca dos institutos da judicialização e do ativismo judicial, e como se perfaz a relação entre ambos, tendo em vista uma série de eventos históricos desencadeados a partir da Segunda Guerra Mundial, como a existência de regimes totalitários cuja pretensão consistia em deter o máximo de poder para consequente implementação de seus ideais, ocorrendo com isso uma supressão nos direitos dos cidadãos.

Sobretudo, no pós guerra, muitas nações concluíram ser importante fortalecer o Poder Judiciário para evitar justamente o restabelecimento de regimes autoritários, bem como ter os direitos referentes a cidadania amparados e livres de supressões arbitrárias. Desse modo, a judicialização foi se corporificando, tornando-se na contemporaneidade um fato, verificável através do crescente número de demandas junto ao judiciário.

Quanto aos fatores que desencadeiam a prática desse Ativismo no Brasil, constatou-se principalmente que a omissão do Poder Legislativo em regulamentar acerca de determinados direitos e questões vem influenciando fortemente a busca por soluções na esfera judicial, atrelando-se isso ao caráter analítico do texto constitucional e o desempenho da guarda pelo Supremo Tribunal Federal a respeito de todos os assuntos nele envolvidos.

Ademais, a disseminação do Neoconstitucionalismo, corrente seguida por diversos ministros ao redor do mundo e que sustenta a premissa de uma perspectiva valorativa acerca das normas constitucionais, vem propiciando cada vez mais o fortalecimento do Ativismo Judicial, pois é dada margem incomensurável de interpretação aos aplicadores da lei, podendo, assim, sobrepô-las facilmente, uma vez que os princípios estejam sendo revestidos de normatividade.

Constatou-se que o comportamento ativista em se tratando de questões criminais torna-se deveras sensível tendo em vista, essencialmente, o princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos, que além de estabelecer a despeito da relevância dos mesmos, deixa clara a necessidade de intervenção mínima do Estado no exercício do *Jus puniende* (prerrogativa de punir), o que já caracteriza por si uma medida excepcional, por tais razões as condutas tipificadas como sendo criminosas devem proceder através de lei, impreterivelmente assim.

Da análise das Súmulas Vinculantes 11 e 14, concluiu-se que a omissão e o dissenso parlamentar acerca do uso de algemas e do acesso ao conteúdo presente no inquérito policial pelo defensor, permitiram e importaram em inúmeras situações de abuso de poder e objeção quanto ao exercício da ampla defesa e, portanto, os resultados de ambas as súmulas apresentaram-se positivos ao regulamentar entendimento unificado e cogente, uma vez que a imposição feita às autoridades sobre o manejo das algemas é plausível, considerando momentos excepcionais para tanto e devendo haver motivação do referido ato.

Com relação ao acesso do advogado aos dados e informações já documentados em sede de investigação criminal, a Súmula 14 tratou por enfatizar o direito do defensor a esses elementos como sendo atributo da própria carreira, bem como intrínseco a ampla defesa e o contraditório durante o trâmite do devido processo legal. No que pese em termos práticos ao longo do país ainda não se tenha fiel cumprimento, a partir da pacificação dessas questões e da sua eficácia vinculante, poder-se-á impugnar quaisquer atos que a elas desrespeitem.

Por outro lado, da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de injunção 4.733, constatou-se sérias lesões a princípios tanto de ordem constitucional, como mais especificamente em matéria de direito penal. A começar pela ADO 26 que trata da equiparação da homofobia e da transfobia ao crime de racismo, verificou-se uma afronta inequívoca ao princípio da Legalidade ou da anterioridade, que assevera a respeito da tipificação de condutas, ou seja, somente por expressa disposição legal é que se poderá atribuir a determinada conduta status de crime, bem como sobre a respectiva sanção.

O que não se verificou a partir dessa decisão ativista, posto que o STF houve por de modo temerário inovar na ordem jurídica, elevando um comportamento a fato típico (crime) através de uma decisão judicial, algo nunca antes realizado ou sequer previsto pelo ordenamento jurídico, mormente, o texto constitucional.

No que tange a Súmula Vinculante 26, que tratou por permitir a progressão de regime em crimes hediondos, verificou-se um desrespeito à independência funcional do Senado Federal, em particular devido o que preceitua o artigo 52, inciso X da Constituição Federal sobre a competência do Senado para analisar a constitucionalidade de lei federal após notificação de decisão pelo STF em sede de controle difuso, ou seja, quando se averigua a compatibilidade de determinado ato normativo com o texto da carta magna tendo em vista um caso específico, ocasião em que os efeitos da decisão devem se aplicar somente as partes ali envolvidas.

No entanto, de modo controvertido e nefasto, foi dado efeito vinculante a decisão referida, entendendo-se inconstitucional a vedação à progressão de regime até então vigente pela lei de crimes hediondos ou equiparados, passando, assim a permiti-la em face de condutas dessa natureza.

Por fim, o Ativismo Judicial, com base na averiguação do conteúdo dessas decisões até pode resultar em proveitos, mas isso se dá em casos muito isolados e sob aspectos específicos que vão de encontro ao caráter complementar de um poder com o outro, haja vista a presunção de existência de harmonia e interdependência entre eles. Todavia, a postura em si já afronta o referido princípio, gerando incompatibilidades pela usurpação de uma função jamais atribuída ao Poder Judiciário.

Visto isso, percebe-se a necessidade de uma postura proativa do Poder Legislativo, a fim de regulamentar e exercer o esclarecimento das diretrizes e regramentos com vistas a melhor dizer acerca dos direitos e deveres, bem como para amparar os valores promulgados e escritos na Constituição Federal, posto que o Estado Democrático de Direito se alicerça, dentre outros princípios, na legalidade, o que denota a imprescindibilidade da atuação legislativa a fim de confeccionar leis que assegurem o usufruto dos direitos e garantias constitucionais.

Caso contrário, o Ativismo Judicial buscará integralmente remediar as situações em que o legislativo permaneça inerte ou indiferente, e com isso é provável que o princípio da separação dos poderes, da legalidade, da proteção aos bens jurídicos, dentre outros sejam lesados em escalas cada vez maiores, provocando consequente e reiteradamente insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 7 de abril de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 de abril de 2020.

BRASIL. Lei Nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1989. Disponível

em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm> . Acesso em: 7 de abril de 2020.

BRASIL. Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em: 7 de abril de 2020.

BRASIL. Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm> . Acesso em: 7 de abril de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Crimes hediondos. Progressão de pena. **Habeas-corpus Nº 82.959**. 2007. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>> Acesso em: 10 de abril de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante Nº 11**. 2008. Dispõe sobre a regulamentação do uso de algemas. Disponível em: < <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>> Acesso em: 10 de abril de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Algemas. Utilização. **Habeas-corpus Nº 91.952**. 2009. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>> Acesso em: 10 de abril de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante Nº 14**. 2009. Dispõe sobre o direito do defensor relacionado ao acesso às provas necessárias ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>> Acesso em: 10 de abril de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante Nº 26**. 2009. Dispõe sobre a progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>> Acesso em: 10 de abril de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção Nº 4.733-DF**. Impetrante: ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 2013. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/MI-4733.pdf>> Acesso em: 12 de abril de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: 26. Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 páginas, 2019. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>> Acesso em 10 de abril de 2020.

MONTESQUIEU, Charles de; **O espírito das leis**. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis; **Bem jurídico-penal e constituição**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.44.

FRANÇA, Natalia. Características do Direito Penal Segundo as Teorias de Feuerbach. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://nataliamrs.jusbrasil.com.br/artigos/397922513/caracteristicas-do-direito-penal-segundo-as-teorias-de-feuerbach>> Acesso em: 7 de abril de 2020.

TALON, Evinis. O ativismo judicial e o processo penal. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <<https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/533400005/o-ativismo-judicial-e-o-processo-penal>> Acesso em: 7 de abril de 2020.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes. **Revista da AJURIS**. Rio Grande do Sul, v. 45, n. 144, 2018. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/902/Ajuris-144-DT%2011.pdf>> Acesso em: 7 de abril de 2020.

NEPOTISMO: ABRANGÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 AOS CARGOS POLÍTICOS

JORDANO DA COSTA MONTEIRO:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário UNINOVAFAPÍ

BRUNO SILVA BEZERRA

(coautor)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo geral analisar e demonstrar o conceito de nepotismo, no que concerne à abrangência da súmula vinculante de nº 13 em relação aos cargos de confiança existentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, o trabalho também expõe as vedações e espécies deste instituto, buscando sempre realizar uma interface com os princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa e da eficiência na Administração Pública, consagrados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. O estudo verificou a importância da súmula para balizar o entendimento acerca da prática do nepotismo, facilitando as decisões judiciais, além do que concluiu que falta arcabouço legal para a definição dessa prática, apesar de que essa ausência de regramento legal não impossibilita o seu reconhecimento, pois decorre dos princípios constitucionais. Desta maneira, este estudo foi realizado utilizando-se do método da revisão bibliográfica, com um método qualitativo de pesquisa, além de ter o auxílio de decisões jurisprudências específicas sobre o tema, bem como entendimentos doutrinários de pensadores renomados acerca do assunto.

Palavras-chave: Administração Pública. Nepotismo. Súmula Vinculante. Princípios da Administração Pública. Corrupção.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2.1. Aplicabilidade do nepotismo no direito brasileiro. 2.2. Análise da súmula vinculante de número 13 do Supremo Tribunal Federal. 2.3. Vedações e espécies de nepotismo. 2.4 A relação entre o nepotismo e os princípios da Administração Pública. 3. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como fim analisar a aplicabilidade da Súmula Vinculante de nº 13 editada pelo Supremo Tribunal Federal, que enumera vedações legais a agentes públicos, no que concerne à possibilidade de nomeação de parente para cargos de confiança.

Objetiva, de maneira geral, levantar sua aplicabilidade, conceito e abrangência e sua relação com os princípios da Administração Pública. Especificamente, conceituará o instituto do nepotismo, e sua relação com a súmula vinculante nº 13, analisando suas espécies e vedações, bem como sua interface frente aos princípios que regem a Administração pública.

Problematizando a aplicabilidade da Súmula Vinculante de nº 13 aos cargos públicos. Esse questionamento se mostra de suma relevância, haja vista que o Brasil é conhecido mundialmente pela corrupção dentro do serviço público, e o nepotismo é um facilitador para o enraizamento desses atos ilegais.

Desta forma, é notória a magnitude deste tema, que possui interface com os princípios da Administração Pública, expostos no artigo 37 da Constituição Federal, que constituem o corolário de qualquer ato administrativo.

Em virtude de alguns precedentes, foi aprovada pelo Supremo Tribunal Federal a súmula vinculante nº 13, com a finalidade de impedir a prática do nepotismo no âmbito dos três poderes e de órgãos administrativos.

Ainda assim, a súmula em sua redação apresenta alguns questionamentos sobre seu âmbito de aplicação, especialmente no que se referem a cargos políticos, tais como, Ministro de Estado e secretaria estadual e municipal.

Portanto, o presente estudo problematizará as vertentes e nuances do nepotismo dentro da Administração pública brasileira, especificamente sobre sua aplicabilidade aos cargos públicos.

Desse modo, através da revisão bibliográfica, com o método qualitativo de pesquisa, buscou-se responder a problemática exposta, com vistas a elaborar um trabalho científico que respondesse às lacunas do entendimento e questionamentos acerca do referido tema.

2.1 Aplicabilidade do nepotismo no direito brasileiro

O advento da Constituição Federal de 1988 renovou a forma de se pensar a estrutura do Estado, a organização do poder público, assim como trouxe princípios norteadores da atividade da administração pública em geral, os quais nos auxiliam no dia a dia com o cuidado que se deve ter com a coisa pública.

É de notório conhecimento que a atividade dos administradores da “*res publica*” no país nem sempre é pautada pela honestidade, ética e retidão. Não raramente se vê nos noticiários os desvios de verba, o locupletamento ilícito,

causando dano ao erário, assim como o desvio na finalidade dos atos administrativos, visando somente a satisfação do interesse próprio, privado, em detrimento do interesse da coletividade, cenário este que deveria ser posto como prioridade.

A nova ordem constitucional trouxe consigo princípios como o da moralidade e da impessoalidade, mais especificamente no seu art. 37, *caput*, os quais têm o condão de balizar as ações daqueles que são responsáveis pela coisa pública, ou seja, a administração pública direta, indireta ou fundacional.

Através dessa reflexão sobre os princípios que regem a administração pública surge a discussão acerca do nepotismo, fenômeno que ocorre quando um agente público, tomando vantagem da posição que ocupa, nomeia seus familiares, cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, para uma posição dentro da administração pública (BRASIL, 2008)

O termo nepotismo deriva do latim, mais especificamente das palavras *nepos* (sobrinho) ou *nepotis* (neto). Nos primeiros séculos da era cristã, os parentes dos papas eram agraciados com vantagens na administração pública do Império Romano ou com cargos ligados ao clero. Daí o termo nepotismo passou a empregado para designar o favorecimento de parentes na administração pública (PORFÍRIO, 2014).

Impende destacar que tal discussão se dá pelo fato de que o nepotismo, como conceituado acima, quando praticado, fere os princípios constitucionais trazidos no art. 37, notadamente, os princípios da moralidade e impessoalidade, tendo em vista que não é considerada ética tal ação justamente pelo fato de privilegiar pessoas que são próximas ao agente público em questão em detrimento de outros, deixando de atender ao interesse coletivo que deveria ter a finalidade do ato.

Ressalta-se que a vedação ao nepotismo está prevista na Súmula Vinculante nº 13, conforme redação a seguir:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal (BRASIL, 2008).

A referida súmula tem como precedentes uma Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, ajuizada em prol da resolução 07 do Conselho Nacional de Justiça, a qual disciplinava o exercício de cargos, empregos ou funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário.

Posteriormente, no ano de 2010, houve a edição de um decreto presidencial nº 7.203, instituindo a vedação legal à prática do nepotismo no âmbito da administração pública federal, de formas direta ou indiretamente (PORFÍRIO, 2014).

Embora haja a escassez de regulamentação acerca do nepotismo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que a vedação ao favorecimento de pessoas pelo laço parental não depende de edição de lei formal, decorrendo tal proibição, única e exclusivamente, dos princípios elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 2008)

É de suma importância trazer à baila o ensinamento do julgado supramencionado, o qual impõe certa distinção dos cargos que são alcançados pela decisão, possuindo a seguinte redação:

Então, quando o art. 37 refere-se a cargo em comissão e função de confiança, está tratando de cargos e funções singelamente administrativos, não de cargos políticos. Portanto, os cargos políticos estariam fora do alcance da decisão que tomamos na ADC 12, porque o próprio Capítulo VII é Da Administração Pública enquanto segmento do Poder Executivo. E sabemos que os cargos políticos, como por exemplo, os de Secretário Municipal, são de agentes do Poder, fazem parte do Poder Executivo. O cargo não é em comissão, no sentido do art. 37. Somente os cargos e funções singelamente administrativos — é como penso — são alcançados pela imperiosidade do art. 37, com seus lapidares princípios. Então, essa distinção me parece importante para, no caso, excluir do âmbito da nossa decisão anterior os secretários municipais, que correspondem a secretários de Estado, no âmbito dos Estados, e ministros de Estado, no âmbito federal.

(STF - RE: 579951 RN, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 20/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO)

Importante frisar que tal julgado não exauriu o entendimento sobre quais cargos seriam alcançados pela regra constitucional.

Cabe definir que, segundo o Decreto nº 7.203 de 04 de Junho de 2010, considera-se, para fins de caracterização do nepotismo, em linhas gerais, a entidade autárquica, fundacional, empresa pública e sociedade de economia mista; e para fins de caracterização do familiar considera-se o cônjuge, o companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau.

Vale ressaltar que a prática do nepotismo pode fazer com que o agente público seja incurso na Lei de Improbidade Administrativa, nº 8.429/92, tendo em vista que os agentes públicos precisam observar os princípios da moralidade e impessoalidade no exercício dos atos administrativos.

Apesar das inúmeras possibilidades de violação da norma constitucional, há também exceções, quais sejam, quando há o provimento efetivo, agente aprovado por meio de concurso público; cargo em comissão em nível mais alto ou mais baixo hierarquicamente; e quando a indicação se deu antes de existir o vínculo familiar.

Assim, o que se busca coibir é o uso do espaço público com vistas a satisfazer interesses da esfera privada, influenciando a entrega de cargos para pessoas com vínculo familiar e ignorando outras pessoas que possuem atribuições técnicas para a realização das funções que precisam ser desempenhadas no cargo público.

É necessário que se atenda aos princípios constitucionais, de maneira que a ordem constitucional possa ter plena vigência.

Como nos ensinam as brilhantes palavras do jurista Celso de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2015, p. 808)

Sendo assim, é necessário que sejamos vigilantes no trato da coisa pública, atentando sempre para os princípios que balizam os atos administrativos e cuja

finalidade é sempre o interesse da coletividade, maior que as aspirações privadas de qualquer agente público.

2.2 Análise da súmula vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal

O conceito de súmula, em linhas gerais, se apresenta como um conjunto de entendimentos, que são criados a partir de decisões judiciais sobre um mesmo tema, que apesar de, não vincular o julgador, fornece a este a possibilidade de utilizar o entendimento que já está “consolidado”.

Apesar desse entendimento geral, existe uma exceção, na qual, após a obediência de um procedimento específico de elaboração, a súmula obrigatoriamente irá vincular o julgador.

Instituídas pela Lei 11.417/2006, as súmulas vinculantes também se conceituam como um conjunto de entendimentos derivados de decisões uniformes sobre um respectivo assunto, no entanto, esses entendimentos possuem uma abrangência nacional e um relevante interesse aos órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública.

Igualmente, visa solucionar controvérsias que possam acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processo sobre idêntica questão, conforme prevê o artigo 1º, § 1º da Lei 11.417/2006.

Cabendo exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a sua edição, criação, cancelamento e revisão, este pronunciamento judicial fornece ao tribunal superior uma parcial função legiferante, haja vista que, cabe a este criar uma súmula ‘com força de lei’ que será de reprodução obrigatoriedade por todos os outros poderes.

Sobre esse tema, discerne o doutrinador André Ramos Tavares:

É reconhecida como a possibilidade de construção de enunciados que sintetiza a posição anterior do tribunal constitucional sobre um determinado assunto, entendimento este que vinculará todas as outras decisões futuras sobre a matéria (TAVARES, 2005, p. 108).

Endossada sob o viés de combate a corrupção dentro do serviço público brasileiro, que teve como precedentes a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1521-4, o Mandado de Segurança 23.780-5, a Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6, própria Ação Declaratória de Constitucionalidade 12 e o Recurso Extraordinário 579.951.

Foi criada em 29 de agosto de 2008, pelo Supremo Tribunal, a súmula vinculante de número 13, com a seguinte redação, que veda:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal (BRASIL, 2008).

A partir da redação podem-se atrair, de maneira geral, que a vedação imposta pela súmula estar restrita aos cargos em comissão, conhecimentos como cargos de "confiança", ou seja, não se aplicam aos cargos políticos ou alcançados mediante concurso público.

Não seria incongruente pensar que a possível nomeação de um "parente" nos termos da súmula, poderia ensejar a proliferação da corrupção dentro da Administração Pública, haja vista que, "a troca de favores" seria a primeira justificativa para o conluio ilícito entre autoridade nomeante e o nomeado, bem como o servidor em cargo de chefia e seu subordinado.

Desta maneira, além da relevante função de evitar o crescimento da corrupção, a Súmula Vinculante de nº 13 busca preservar a incidência dos princípios administrativos constitucionais, consagrados no artigo 37 da Constituição Federal.

Como entende Celso Antônio Bandeira de Mello:

Segundo a explanação de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o princípio da impessoalidade, o nepotismo representa uma transgressão ao postulado republicano, pois a Administração deve dar aos administrados um tratamento sem discriminações, benéficas ou prejudiciais. Não deve haver tolerância a favoritismos e nem a perseguições. "Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie (MELLO, 2015, p. 117).

No mesmo sentido entendem Mário Sérgio Cortella e Clóvis de Barros Filho, os quais realizam uma interface entre nepotismo e a corrupção, considerando o conceito idealizado por Mark Warren. Segundo os referidos autores, “todas as vezes que, dentro de uma sociedade, houver discriminação permanente de um grupo em detrimento de outro ou de outros grupos que são sistematicamente beneficiados, há aí uma situação de corrupção.” (CORTELLA; BARROS, 2014, p. 69)

Cortella expõe uma ideia mais ampla sobre o conceito de nepotismo, mas demonstra como este mal pode ser um grande idealizador do crescimento da corrupção, além de fornecer meios para o crescimento das desigualdades sociais, sobretudo, na concessão de privilégios para alguns em detrimento de outros.

Desta maneira, o texto sumular visa proteger a Administração Pública de ataques de seus próprios agentes, os quais, em determinados casos sobrepõem o interesse particular sobre o interesse público, desprezando a missão instituição estatal, que busca, em tese, agir com lisura e probidade. Segundo Di Pietro, há desvio de poder quando o ato do agente “fugiu ao interesse público e foi praticado para atender ao fim de interesse particular da autoridade” (DI PIETRO, 2015, p. 253).

2.3 Vedações e espécies de nepotismo

Como já discutido amplamente nos tópicos acima, o nepotismo constitui-se em uma prática antiética e imoral, segundo os princípios constitucionais, em especial o da moralidade e da impessoalidade, consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, através dos quais entende-se a clara vedação a tal prática, sendo estes violados todas as vezes que se ultrapassam os limites estabelecidos.

Contudo, destaca-se que não se tratam apenas de limitações éticas e morais, mas, sim, de limitações advindas de entendimento jurisprudencial, a Súmula Vinculante nº 13, a qual submete toda a administração pública e o poder judiciário, além de fonte derivada de ato normativo, a saber o Decreto nº 7.203/2010, o qual veda a prática do favorecimento de parentes no âmbito da administração pública federal.

Insta ressaltar que não se busca, nesse tópico, estabelecer ou esgotar cada situação fática acerca da prática do nepotismo, tendo em vista que a própria súmula nº 13 do Supremo Tribunal Federal não exauriu as possibilidades do cometimento de tal prática, mas, busca-se, tão somente, fazer uma análise aprofundada nas vedações e as aferições nos casos concretos realizados pela Suprema Corte.

Em se tratando das vedações específicas, primeiramente, cabe esclarecer que o STF, ao editar a súmula vinculante nº 13, fez distinção de quais cargos e funções poderiam ser objeto da referida súmula.

Sendo assim, estipulou-se que os cargos de livre nomeação, cuja conotação é basicamente de natureza política, não fazem incidir o teor da súmula, tendo em vista que são fundados na fidúcia, não sendo os seus ocupantes enquadrados na classificação de “agentes administrativos”.

Assim propõe o Min. Dias Toffoli, no julgamento da Reclamação 7.590, cujo teor vale demonstrar:

RECLAMAÇÃO – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – NEPOTISMO – SÚMULA VINCULANTE Nº 13 – DISTINÇÃO ENTRE CARGOS POLÍTICOS E ADMINISTRATIVOS – PROCEDÊNCIA. 1. Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um munus governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos. 2. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude a lei. 3. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante nº 13. 4. Reclamação julgada procedente. (STF - Rcl: 7590 PR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 30/09/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014).

O entendimento da decisão na referida Reclamação é que seria necessário comprovar a troca de favores, não bastando, para a configuração do nepotismo, apenas o vínculo familiar, sendo necessário outros aspectos já citados acima e inerentes às características do cargo, como a necessidade de que este tenha caráter administrativo e, não, que seja de natureza política, como é o cargo do caso relatado, de Secretário Municipal de Saúde.

Importante frisar que a caracterização do nepotismo para haver a incidência da súmula vinculante nº 13 só seria possível, especificamente nos casos em que se trata de cargo de natureza política, quando há fraude na nomeação ou configura-se a existência do nepotismo cruzado.

Assim, a Suprema Corte tem decidido, em casos semelhantes, como no Agravo Interno em Reclamação 34.413 de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, na qual decidiu que há simetria nos requisitos estabelecidos para a nomeação de Ministro de Estado e de Secretários estaduais e municipais, entendendo pela não aplicação da súmula vinculante nº 13.

Do mesmo modo ocorreu na Reclamação 26.448 de relatoria do Ministro Edson Fachin e no Agravo Interno em Reclamação 28.024 de relatoria do Ministro Roberto Barroso.

Situação oposta ocorre quando há, por exemplo, a nomeação de parente para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas, por exemplo, quando o Governador do Estado nomeia um irmão, cônjuge ou outro parente para tornar-se membro daquele tribunal.

Esta situação é vedada, tendo em vista que, segundo entendimento doutrinário, trata-se de cargo, eminentemente, administrativo, não sendo, os membros das cortes, agentes políticos, e, desse modo, no presente caso incide a referida súmula, proibindo-se, assim, essa prática.

Caso semelhante ocorreu no julgamento do Agravo Regimental em Reclamação nº 6.702/PR, no qual havia o relato de que o Governador do Estado nomeou o seu irmão para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas, cargo este que é de natureza administrativa, violando, ainda, segundo o julgado, o processo de escolha.

Cabe aqui colacionar a ementa do referido julgado, da relatoria do Min. Ricardo Lewandowski:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DENEGAÇÃO DE LIMINAR. ATO DECISÓRIO CONTRÁRIO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CARGO. VÍCIOS NO PROCESSO DE ESCOLHA. VOTAÇÃO ABERTA. APARENTE INCOMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. LIMINAR DEFERIDA EM PLENÁRIO. AGRAVO PROVIDO. I - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. II - O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública. III - Aparente ocorrência de vícios que maculam o processo de escolha por parte da Assembleia Legislativa paranaense. IV - À luz do princípio da simetria, o processo de escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembleia Legislativa por votação aberta, ofende, a princípio, o art. 52, III, b, da Constituição. V - Presença, na espécie, dos requisitos indispensáveis para o deferimento do pedido liminarmente pleiteado. VI - Agravo regimental provido. (STF - Rcl: 6702 PR, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 04/11/2009, Data de Publicação: DJe-210 DIVULG 09/11/2009 PUBLIC 10/11/2009).

Assim, restou caracterizada a prática do nepotismo no presente caso, consubstanciando o teor daquilo que fora definido pela corte suprema, tendo sido necessário o provimento do agravo para anular o ato decisório que deu azo a este recurso.

Outra possibilidade de vedação se dá quando do ato de realização de licitações pelo poder público para a contratação de empresas prestadoras de serviço, quando tais empresas são pertencentes a parentes de agente públicos, tais como Prefeitos, Vice-Prefeitos, Vereadores, tendo em vista que, em tese, não seria possível assegurar a livre concorrência, assim como seria prejudicial aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Nesse sentido, o STF ainda não possui entendimento consolidado, tendo apenas a recomendação de que o processo licitatório deve atender ao requisito da livre concorrência. No entanto, o permissivo constitucional para que os municípios legislem em matéria específica sobre licitações abre caminho para que haja a determinação pelo ente municipal, ficando a cargo deste a deliberação.

Por sua vez, o CNJ, deliberou, ampliando a Resolução nº 7, no sentido de contemplar expressamente outras hipóteses de nepotismo no âmbito do Poder

Judiciário. Desta feita, tratou, especificamente, do caso de contratação de empresas pertencentes a parentes de membros e servidores do poder judiciário, tendo em vista o princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa.

Assim deliberou o CNJ:

CONSULTAS. NEPOTISMO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. VEDAÇÃO À CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS PERTENCENTES A PARENTES DE MEMBROS E SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IMPESSOALIDADE, ISONOMIA E DA SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. PRECEDENTES DO STF, STJ E TCU. APERFEIÇOAMENTO DA RESOLUÇÃO CNJ N. 7.

I – A jurisprudência do STF, STJ e TCU vem evoluindo no sentido de vedar todas as hipóteses em que a participação (direta ou indireta) na licitação carregue risco potencial de ofensa aos princípios constitucionais da impessoalidade, isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. II – É vedada a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, de todos os respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidores investidos em cargo de direção e de assessoramento, a teor do art. 2º, inciso V, da Resolução CNJ n. 7;

III – É vedada a contratação, independentemente da modalidade de licitação (pregão eletrônico, tomada de preço, concorrência pública etc.), de pessoa jurídica que tenha em seu quadro societário cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, dos magistrados ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas, assim como de servidores ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento vinculados direta ou indiretamente às unidades situadas na linha hierárquica da área encarregada da licitação; [...]

VI – Nada obsta que o tribunal vede a contratação de empresa pertencente a parente de magistrado ou servidor não abrangido pelas hipóteses expressas de nepotismo, a exemplo dos atuantes exclusivamente na área judiciária, sempre que identificar, no caso concreto, risco potencial de contaminação

do processo licitatório. [...]. (CNJ - CONS - Consulta - 0001199-62.2015.2.00.0000 - Rel. CARLOS EDUARDO DIAS - 9ª Sessão - j. 15/03/2016).

Desse modo, conclui-se que existem várias vedações à prática do nepotismo, contudo, é preciso analisar cada caso concreto para aferir as especificidades e concluir pela aplicação ou não da Súmula Vinculante nº 13, sendo de suma importância que essa prática seja coibida, pois fere os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, prejudicando a manutenção da ordem, da ética e da moral no âmbito administrativo. Além do mais, a coisa pública merece ser tratada com zelo, pois, somente assim, preserva-se o bem geral e maior que é a coletividade.

2.4 A relação entre o nepotismo e os princípios da Administração Pública

O conceito de ato administrativo, em linhas gerais, seria uma manifestação de vontade, unilateral, sob o regime de direito público, com a observância necessária da lei, tendo por conta que, o agente público é regido pelo princípio da legalidade, devendo sempre agir consonância com a lei.

Esta legalidade “estrita” além de ser um limite ao agente público é uma garantia, na qual protege Administração Pública contra ações individualistas ou ilícitas, em descompasso com regime jurídico administrativo, que possui como um dos seus pilares, a indisponibilidade do interesse público.

Sobre esse viés o artigo 37 da Constituição Federal expõe os princípios de observância obrigatória, na realização de qualquer ato público. No caput do mencionado dispositivo legal, ele menciona que a Administração Direta e Indireta, obedecerá aos seguintes comandos: à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e a eficiência.

Estes princípios são regulamentos necessários para qualquer administração democrática, haja vista que, buscam preservar a lisura e a probidade, bem como a observância dos regulamentos legais, que em tese, sempre devem ser criados em prol da coletividade.

Deste modo, o agente público ao praticar um ato de nepotismo, fere não só a súmula vinculante 13, como também os princípios do artigo 37 da Constituição Federal, lesando de maneira direta, os princípios da impessoalidade, a moralidade e eficiência.

Esse entendimento foi recentemente aplicado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, que apesar de usado a Súmula Vinculante de nº 13 para fundamentar a concessão da liminar que vedou a nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues para exercer o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, utilizou-se dos conceitos atinentes à impessoalidade dos atos administrativos.

Em fiel consonância com decisão do tribunal superior, entende Maria Sylvia Zannella Di Pietro:

[...] não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir [...]; (se) o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta à norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade (DI PIETRO, 2015, p. 111).

A decisão proferida pelo Ministro, em sede de liminar, que considerou a competência do Presidente para a nomeação de cargos políticos, não afastou a observância dos princípios administrativos, que independentemente da natureza do ato, seja discricionário ou vinculando, devem ser considerados.

Da mesma forma, de maneira majestosa a respeitável doutrinadora realiza um entrelace entre os princípios da moralidade, impessoalidade e razoabilidade, corolários necessários de qualquer Estado Democrático de Direito, que podem ser considerados como argumentos para a vedação do nepotismo.

Parafraseando as palavras do Ministro Alexandre de Moraes, que não considerou a nomeação ilegal, mas sim, as possíveis consequências da nomeação, haja vista que, entendeu que autoridade nomeante se beneficiária com as informações privilegiadas que supostamente poderiam ser repassadas pelo nomeado.

Cabe citar uma singela parte da decisão judicial no Mandando de Segurança de número 37.097:

Logicamente, não cabe ao Poder Judiciário moldar subjetivamente a Administração Pública, porém a

constitucionalização das normas básicas do Direito Administrativo permite ao Judiciário impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância a seus princípios e preceitos constitucionais básicos, pois a finalidade da revisão judicial é impedir atos incompatíveis com a ordem constitucional, inclusive no tocante as nomeações para cargos públicos, que devem observância não somente ao princípio da legalidade, mas também aos princípios da impessoalidade, da moralidade e do interesse público. (STF – MS 37.097/DF - Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 12/05/2020, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 12/05/2020).

Com isso, conclui-se que são semelhantes os bens jurídicos que são protegidos pelos princípios da Administração Pública, na forma do artigo 37 da Constituição, bem como a Súmula Vinculante de nº 13, ou seja, a lisura e probidade da máquina pública.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As discussões que circundam a prática do nepotismo trouxeram uma importante avaliação do cumprimento daquilo que é disposto na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que as vedações ao nepotismo derivam diretamente dos ensinamentos trazidos pelos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa, os quais, em uma análise geral e conclusiva, buscam promover o zelo no trato da coisa pública e, acima de tudo, garantir que o interesse coletivo se sobreponha aos interesses privados.

Nesse sentido, o presente trabalho mostrou a aplicabilidade do nepotismo e as vedações que ocorrem no âmbito da administração pública como importante forma de coibir o favorecimento do interesse privado, prejudicando a eficiência necessária para a realização do trabalho no setor público.

O estudo verificou que falta arcabouço legal para definir a prática do nepotismo no âmbito da administração pública dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, tendo em vista que há apenas ato normativo federal que regula tal prática no âmbito da União.

Apesar disso, a súmula vinculante nº 13 constituiu-se em um grande avanço, pois reconheceu tais práticas, muito embora tenha estabelecido limites para o reconhecimento do nepotismo, sendo necessária a análise de cada caso, com vistas a aferir se realmente houve o favorecimento de parentes de agentes públicos na administração pública.

Destarte, conclui-se que houve importante avanço no intuito de coibir as más práticas no setor público, vedando, claramente, o aparelhamento da máquina estatal para atender a aspirações privadas, atendendo os mandamentos constitucionais que os princípios da impessoalidade e moralidade carregam.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 13**. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Brasília, DF, 29 de agosto 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1227>. Acesso em 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **RE nº 579.951**. Administração Pública. Vedação nepotismo. Necessidade de lei formal. Inexigibilidade. Proibição que decorre do art. 37, caput, da CF. RE provido em parte. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>. Acesso em 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 7.590/PR**. Constitucional e Administrativo. Nepotismo. Súmula Vinculante nº 13. Distinção entre cargos políticos e administrativos. Procedência. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 13 nov. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7236608>. Acesso em 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Reclamação 6.702/PR**. Agravo regimental em reclamação constitucional. Denegação de liminar. Ato decisório contrário à súmula vinculante 13 do STF. Nepotismo. Nomeação para o exercício do cargo de conselheiro do tribunal de contas do estado do paraná. Natureza administrativa do cargo. Vícios no processo de escolha. Votação aberta. Aparente incompatibilidade com a sistemática da constituição federal. Presença do fumus boni iuris e do periculum in mora. Liminar deferida em plenário. Agravo provido. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 09 nov. 2009. Disponível

em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5479900/reclamacao-rcl-6702-pr-stf>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Consulta Proc. nº 0001199-62.2015.2.00.0000**. Nepotismo nas contratações públicas. Vedação à contratação de empresas pertencentes a parentes de membros e servidores do poder judiciário. Princípios constitucionais da impessoalidade, isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa. Precedentes do STF, STJ e TCU. Aperfeiçoamento da resolução CNJ n. 7. Relator Carlos Eduardo Dias. Brasília, DF, 15 mar. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=042864A982DBF95211C760E8BE3678CA?jurisprudenciaIdJuris=47958&indiceListaJurisprudencia=7&firstResult=5175&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Mandado de Segurança Coletivo nº 37.097**. Liminar. Aponta como autoridade coatora o Presidente da República. Ilegalidade do ato. Ato que fere o princípio da impessoalidade e moralidade. Liminar deferida. Suspensão da eficácia do decreto. Relator Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 29 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MSRamagem.pdf>. Acesso em 21 maio 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 111.

_____. Direito Administrativo. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

PORFÍRIO, Francisco. Nepotismo. **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/politica/nepotismo.htm>. Acesso em 23 de maio de 2020.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (dês)estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108.-BRASIL, 88.

RESPONSABILIDADE CIVIL FACE AO ABANDONO AFETIVO DE PAIS PARA COM FILHOS

VÍTOR INÁCIO GARCIA COUTINHO:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI

IAN FÉLIX GARCIA COUTINHO

(coautor)

Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: MSc. Marília Martins Soares de Andrade

RESUMO: O presente estudo utilizou-se de pesquisas diversas para que se compreenda melhor acerca da Família e do tema Responsabilidade Civil Face ao Abandono Afetivo. Nesse bojo, o estudo tem por objetivo geral: demonstrar a importância da família na formação e evolução do indivíduo destacando notórias distinções evolutivas no ramo do Direito acerca da Família e Responsabilidade Civil dos pais em relação aos filhos. A escolha do tema teve como fonte a necessidade de amparar pessoas que se sentiram lesadas por um de seus genitores. Como metodologia, a pesquisa foi baseada no método bibliográfico, através de livros, jurisprudências, revistas, etc. O resultado obtido objetiva-se a um olhar de forma diferente sobre o abandono, que por previsão legal, não há punição, apenas perda do poder familiar, que não se torna suficiente para punir. Esperam-se do presente trabalho novos olhares sobre o tema, pois o mesmo tem uma grande relevância na atualidade, pois é bem comum, mas não tem o valor que lhe é devido, pois se trata de natureza sentimental.

Palavras Chaves: Família. Responsabilidade Civil. Indenização.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITO DE FAMÍLIA. 2.1 Conceitos do direito de família. 2.2 Princípios constitucionais do Direito de Família. 2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana. 2.2.2 Princípio da afetividade. 2.2.3 Princípio da liberdade. 2.3 Família no Código Civil de 1916. 2.4 Família após a Constituição de 1988. 3. RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS CONCEITOS. 3.1 Evolução histórica da responsabilidade civil. 3.2 Pressupostos gerais da responsabilidade civil. 3.3 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva. 4. RESPONSABILIDADE DOS PAIS EM

DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO. 4.1 A importância dos pais no desenvolvimento dos filhos. 4.2 Responsabilidade Civil por abandono afetivo. 4.3 Dever de indenizar. 4.4 Posicionamentos contra ao dever de indenizar. 4.5 Posicionamentos a favor ao dever de indenizar. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O referente trabalho tem por tema a “Responsabilidade Civil Face ao Abandono Afetivo”, com vistas à legitimidade e aplicabilidade na atualidade.

Diante disso, percebe-se que os pais estão ligados diretamente no desenvolvimento dos filhos, pois são com eles que a criança aprende sobre o básico da educação e bons costumes. Os pais têm deveres para com os filhos, e isso se encontra expresso na Constituição Federal de 1988 no artigo 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. (BRASIL, 1988). O tema proposto é bem atual, mas de suma importância no ensejo da reparação de dano, pois o dano causado não tem natureza material, pois se trata de natureza afetiva.

Decorrido isso, a pertinência científica desse trabalho tem como objetivo geral demonstrar a importância da família na formação e evolução do indivíduo destacando notórias distinções evolutivas no ramo do Direito acerca da Família e Responsabilidade Civil dos pais em relação aos filhos.

A importância da Responsabilidade dos pais para com os filhos na contemporaneidade devido ao alto índice de separação de casais que ocorrem nos dias de hoje, assim, separando filhos de pais.

Sendo assim, a Responsabilidade Civil face ao abandono afetivo busca aplicar uma sanção a um pai ou uma mãe ausente na vida de um filho devido sua omissão. A questão não é comprar o sentimento, afeto ou o amor, porque isso não tem um valor pecuniário, o foco principal é dar uma sensação de “justiça” ao filho desamparado pelo pai ou mãe que agiram com omissão.

Para se desenvolver a temática proposta, a metodologia adotada foi uma revisão bibliográfica, composta de informações extraídas de livros, jurisprudências, revistas, decisões de tribunais, sites eletrônicos e, o artigo será composto de três partes.

No decorrer do artigo serão abordados os seguintes pontos: num primeiro momento, será abordada a questão da família, seu conceito, princípios constitucionais, as disposições do Código Civil de 1916, bem como sua abordagem

no Código Civil de 2002. O Código Civil de 1916, tinha um conceito de família totalmente segregador e injusto, pois filhos concebidos fora do casamento, eram tratados de forma desigual quanto aos demais irmãos, sendo chamados de ilegítimos. No Código Civil de 2002, os filhos havidos ou não na constância do casamento, ou por adoção, têm os mesmos direitos dos filhos concebidos na vigência da união matrimonial.

No segundo momento, será abordada a Responsabilidade Civil, seu conceito, seus tipos e elementos, com enfoque no Direito de Família. A Responsabilidade Civil está inserida em todos os ramos do Direito Civil, conseqüentemente no Direito de Família, a fim de ser reconhecida nos casos de abandono afetivo.

No terceiro momento, será abordada a Responsabilidade dos pais em decorrência do abandono afetivo, tratando-se da importância dos pais no desenvolvimento psicológico dos filhos, assim evitando traumas futuros. Será abordado também o dever de indenizar, que para a maioria dos doutrinadores, é plausível, acreditando-se que a negligência é suficiente para o cabimento da indenização por dano moral, embora, para uma minoria, o posicionamento seja contrário ao dever de indenizar. E por fim, a quarta parte será tecida a conclusão referente ao estudo.

2 DIREITO DE FAMÍLIA

Segundo DINIZ (2008), a família, no sentido amplíssimo, seria aquela em que os indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato-sensu do vocábulo refere-se àquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, no sentido restrito, restringe família a comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e da filiação.

2.1 CONCEITOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A família é a essência da sociedade, lugar esse onde o ser humano se insere com mais intimidade, é o ponto de partida de todos os outros relacionamentos, é o local onde se modela o caráter do indivíduo. Assim, passa-se a elencar alguns conceitos sobre Direito de Família.

Nas palavras de GOMES (1999), denomina-se direito de família como o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção. E ainda, é considerada como o fenômeno

social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros.

O Direito de Família, em seu conceito mais usual, pode ser entendido como um conjunto de normas que regem as relações de família, no seu aspecto pessoal e patrimonial, ou seja, trata das relações que se formam na esfera da vida familiar. (CACHAPUZ, 2011).

Na história dos agrupamentos humanos, é a família o que precedeu a todos os outros, como fenômeno biológico e como fenômeno social. Por isto mesmo a variedade dos estudos é tão grande que, de cada ângulo que se faça, conceitos diversos vão surgindo e enriquecem sobremaneira a bibliografia geral como a especializada. (PEREIRA, 2001)

A família atual não é mais, exclusivamente a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente o seu ciclo após o advento da Constituição Federal de 1988. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. (LÔBO, 2006)

Como se pode observar, com base no levantamento bibliográfico e de acordo com os conceitos citados acima, nota-se que o significado de família não se resume apenas na consanguinidade entre os indivíduos, mas sim nos vínculos criados pelo convívio, pela troca de afeto, dentre outros.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Antes de tudo, deve-se ter a noção do que se entende por princípio. Pode-se dizer que princípio é a fonte, o nascimento, momento da existência de algo. Princípio é o principal ponto de partida para que se possa compreender um determinado assunto ou questão. Explicado acima o que se entende por Princípio, analisar-se-á, brevemente, o que se entende por princípio constitucional. Princípios constitucionais do Direito de Família, como já resta explícito no nome, são os princípios previstos na Constituição Federal de 1988, que norteiam os regulamentos familiares.

Segundo Dias (2015, p.42), os princípios constitucionais “vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito.” Por isso, os princípios constitucionais são as normas mais importantes para que se possa compreender o direito. A palavra “Princípio” em si fica claro que é o começo de algo, onde surgiu, onde nasceu. Então, para entender algo, nada mais importante

compreender onde aquilo teve início. Por meio de seus conteúdos, os princípios em geral conduzem a aplicação dos artigos e parágrafos constantes encontrados nos dispositivos, sendo, portanto, de grande valia como ferramenta de apoio teórico-prático para aplicação do Direito. (ANTUNES, 2010)

2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Para se entender o que é dignidade, é necessário fazer uma indagação a esse respeito. Então, o que é esse valor? Na perspectiva de Piovesan (2002), a autora aborda que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vem a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

A dignidade da pessoa humana é o princípio mais importante de todos, pois através dele pode-se combater a desigualdade entre pessoas, afirmando que todos são dignos de direitos e deveres e iguais perante a lei. Garantindo assim a todos os cidadãos seus direitos elencados na Constituição Federal de 1988.

Muitos doutrinadores afirmam que não há hierarquia entre os princípios, mas Dias (2015), afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana, "é o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal".

2.2.2 Princípio da Afetividade

A matriz da afetividade é emanada do afeto que é o elemento essencial das relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito à intimidade garantida pela Constituição Federal. A afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, fazendo *jus* ao status de família 'eudemonista', doutrina que considera ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana. (VECCHIATTI, 2008).

A palavra afeto advém de origem latina que significa sentir algo por alguém, não obrigatoriamente amor, mas sim um sentimento que pode ser bom ou mau, fazendo-se presente em toda família. Família em si é um ente de afeto, a afetividade é a principal característica de uma família, e quando a Constituição Federal trata disso, eleva o afeto a valor jurídico sendo importante o seu debate especialmente no Direito de Família.

Torna-se primordial a presença de afeto na família. Sem afeto não se pode dizer que há família. Ou, onde falta o afeto a família é uma desordem, ou mesmo uma desestrutura. É o 'afeto que conjuga'. E assim, o afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começam a ser vistos e considerados como verdadeiro sustento do laço conjugal e da família. O princípio do afeto foi desenvolvido a cada dia, como forma de demonstração, carinho e comunhão de vida plena entre duas pessoas que tem o intuito de constituir família, independentemente do sexo, para que haja sustento do laço entre duas pessoas. (PEREIRA, 2011).

2.2.3 Princípio da Liberdade

A palavra Liberdade tem origem na palavra "livre", no Latim, denominada *liber*. Conceitua-se Liberdade como uma série de direitos atribuídos a todo indivíduo, tendo por resultado o direito ir e vir, de agir, direito à opinião, posicionamento político, crença, religião, opção sexual, etc. Sendo assim, entende-se que liberdade não se trata somente de locomoção sem empecilho, como é vista no senso comum, pois quando se fala em liberdade, genericamente pensa-se em um indivíduo livre, que pode ir e vir por onde quiser, mas sabe-se que a palavra liberdade possui inúmeros significados, como os exemplificados acima. Ser livre não quer dizer que se possa fazer tudo sem fronteira, ainda se deve respeitar os limites impostos pela lei.

Segundo a Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo a igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. (DIAS, 2015). Com o regime democrático, não só a igualdade social foi imposta, mas também a liberdade de expressão. No âmbito familiar não foi diferente, às famílias também foram atribuídos direitos igualitários a todos os membros, sem distinção ou preconceito. Vê-se assim, uma grande evolução social quando comparado com o Código Civil de 1916, onde direitos não eram garantidos a todos, apenas deveres.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, o Princípio da Liberdade: "significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor lhe convier". (MORAES, 2003). Complementando, pode-se compreender que liberdade significa o poder de realizar, de escolher o que melhor convém sem interferências externas que visam oprimir o ser dotado dessa tal liberdade. Há inúmeras formas de liberdade; liberdade de ir, liberdade sexual, liberdade religiosa, liberdade política etc.

2.3 FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Tendo como base de análise a Lei nº 3.071 de 1º de Janeiro de 1916, o Código Civil de 1916 tratava a Família de uma forma bem distinta dos dias de hoje. A família só poderia ser formada após o casamento entre um homem e uma mulher, não se admitindo casamento entre pessoas do mesmo sexo e nem mesmo o divórcio, pois a sociedade à época, que incluía os legisladores, seguia firmemente as decisões da igreja católica, que por sua vez, não aceitava qualquer impedimento matrimonial. O código era extremamente paternalista, pois afirmava expressamente que o Homem era o chefe de família, cabendo à sua mulher e filhos o dever de respeitá-lo.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (Artigos. 178, Parágrafo 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (Artigos. 46 e 233, nº IV).

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (Artigos. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II e 247, nº III).

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do Artigo. 277. (BRASIL, 1916)

Os filhos nascidos fora do casamento, ou seja, de um adultério, não se presumiam legítimos. Filhos de relação incestuosa não eram sequer reconhecidos. Não havia noção de igualdade entre filhos, sendo legítimos apenas os filhos havidos na união matrimonial. Os filhos eram classificados em legítimos e ilegítimos. O Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam ilegítimos. (LÔBO, 2004)

Art. 343. Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal de legitimidade da prole.

Art. 358. Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos. (BRASIL, 1916)

Após a leitura destes dois artigos, percebe-se o quão segregador e desigual era o Código Civil de 1916, pois excluía diretamente filhos, que apesar de serem havidos de relações não aceitas à época, ainda sim eram filhos. Como se sabe, apenas eram considerados filhos legítimos os que advinham do matrimônio.

Há relações familiares fora do matrimônio que podem ser pessoais, patrimoniais e assistenciais; que foram ignoradas pelo nosso Código Civil de 1916, que apenas indiretamente as regulava (arts.248, IV, 1.177 e 1.719, III) com o escopo de fortalecer a família legítima. O diploma legal de 1916 uma única vez fez referência ao concubinato no art.363, I, quando permitia ao investigante da paternidade a vitória na demanda se provasse que ao tempo de sua concepção sua mãe estava “concubinada” com o suposto pai. (DINIZ, 2010).

2.4 FAMÍLIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

De 1988 até hoje, o conceito do que seria família está bem diferente do que era em 1916 (Constituição Federal de 1916). O novo texto constitucional trouxe uma revolução no Direito brasileiro. Junto com a sociedade, o conceito e formas de Família também mudaram e ganharam proteção judicial. Perdeu-se a ligação extrema com as normas da igreja católica, incluindo normas específicas que trouxeram o fim da supremacia do marido perante a mulher e a igualdade dos filhos, independentemente de terem sido havidos fora do casamento.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010). (BRASIL, 1988)

A Constituição de 1988 veio para trazer igualdade diante de homens e mulheres. Com ela, as mulheres ganharam direitos, pois as mesmas, no Código Civil de 1916, apenas tinham deveres perante aos maridos. As relações familiares não eram relevantes para o Estado, sendo omissa de disposição legal que versava sobre a família. Reforçando essa ideia, Lôbo (2010), propõe que no plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei.

E ainda, Andrade (2005), percebe que a ideia de família não está vinculada a de matrimônio, uma vez que é possível a reprodução sem sexo, sexo sem matrimônio e matrimônio sem reprodução. Hoje o direito de família vincula-se à noção de afeto e interesses comuns, independentemente do sexo dos parceiros. Com a isonomia entre homens e mulheres, com o surgimento do divórcio e com a proteção dos filhos tidos fora do casamento, este deixou de ser o fundamento da família, dando lugar a outras formas de entidades familiares, tais como as uniões homoafetivas.

Como citado acima por Andrade (2005), a ideia de família não tem mais ligação com o casamento, pois hoje em dia pode haver famílias de várias formas de composição, como a união estável, a família monoparental, anaparental, a homoafetiva, etc. A união estável é formada por um casal hétero ou homoafetivo onde não há o casamento civil. Não se confundem, pois no casamento tem de haver uma série de atos para se concretizar; na união estável é necessária apenas a situação fática. A monoparental é a família composta por apenas um dos pais. (Tipo de família bem comum no Brasil) A anaparental é a família que é composta por indivíduos com vínculo de parentesco, mas não de ascendentes nem descendentes. Geralmente composta por irmãos. A família homoafetiva é a família composta por um casal do mesmo sexo.

Como se vê, o conceito e formas de famílias existentes na atualidade são completamente diferentes de um século atrás, Família no Código Civil de 1916 era apenas aquela composta por homem e mulher casados, filhos só eram legítimos se fossem concebidos na união matrimonial, não se era admitida outra forma de família.

Na atualidade, o termo família possui generalidades, pois como citado acima, há várias formas de definir o que se entende por família.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS CONCEITOS

Entende-se por responsabilidade civil, o dever de reparar danos provocados numa situação onde determinada pessoa sofre prejuízos como consequência de atos praticados por outra.

Utilizando-se das palavras de Stoco (2007):

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana. (STOCO, 2007, p. 114).

Como citado por Stoco (2007), a responsabilidade tem seu conceito na origem de sua palavra, que no Latim, *respondere*, que significa o ato de alguém responder por atos que tenham causado dano a outrem. Essa imposição, de fazer com que o causador de dano responda por seus atos, traz-se a ideia de justiça no meio social.

O conceito de responsabilidade civil é responsável por recompor o dano recorrente de uma violação de um dever jurídico originário. Ressaltando que toda conduta humana, que viola dever jurídico originário e conseqüentemente causa algum prejuízo a outrem, é considerada uma fonte geradora da responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2012).

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil sempre existiu na sociedade humana, há muito tempo não se levava em consideração a intenção do autor causador do dano, tendo em vista, a ação ou omissão deste em detrimento da vítima para que fosse responsabilizado pelo seu ato danoso.

Nesta época os costumes regiam as regras de convivência social, levando os ofendidos a reagir de forma direta e violenta contra o causador do dano. Essa ação

lesiva do ofendido era exercida mediante a vingança coletiva, caracterizada pela "reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes" (DINIZ, 2009, p. 11).

O marco inicial da responsabilidade civil em Roma relaciona-se com referido período, fazendo com que a retaliação, antes pertencente ao grupo dominante, passasse a ser reconhecida e legitimada pelo Poder Público. É a chamada *vingança privada*, ou *vendetta*. Vigorava a Lei de Talião, sintetizada pela ideia de "olho por olho, dente por dente". Bastava o dano efetivamente sofrido pela vítima para provocar "a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido" (GONÇALVES, 2009, p. 04).

Atualmente um agente causador de dano também não precisa ter a intenção de causar um dano para ser responsabilizado por seus atos, e a vítima não precisa se vingar, pois o Direito é a ferramenta de pacificação dos povos e que busca resolver todos os conflitos que surgem na sociedade.

3.2 PRESSUPOSTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Consideram-se atos ilícitos aqueles que vão contra o ordenamento jurídico prejudicando o direito subjetivo de alguém. E é ele quem faz nascer o encargo de reparação de dano que é imposto pelo sistema normativo jurídico.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 186 define ato ilícito como: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". (BRASIL, 2002).

Na lição de Fernando Noronha, para que surja a obrigação de indenizar são necessários os seguintes pressupostos:

1. Que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências;
2. Que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;
3. Que tenham sido produzidos danos;

4. Que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta (NORONHA, 2010, p. 468/469).

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

A percepção das responsabilidades subjetiva e objetiva são claramente anotadas pelos autores Rodrigues (2002) e Cavalieri Filho (2010)

Em Rodrigues (2002, p. 11) estuda-se que “se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa” e que de acordo com o entendimento clássico a “concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente”. De modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar.

E a responsabilidade objetiva, tratada por Cavalieri Filho (2010), a qual prescinde da culpa, a teoria do risco é o fundamento dessa espécie de responsabilidade, sendo resumida por (CAVALIERI FILHO, 2010). Então, todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação denexo de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa.

4 RESPONSABILIDADE DOS PAIS EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO

os dias atuais vem sendo discutido se os pais têm ou não ou dever de serem responsabilizados civilmente pelo abandono afetivo de um filho. É fato e bem comum que existem muitos filhos negligenciados por seus pais, estes então, recorrem à Justiça para mostrar a um pai omissor que pode ser responsabilizado por não cumprir os deveres previstos na Constituição Federal de 1988, pois o dever dos pais de conviver com o filho além da ligação pelo afeto, também tem ligação e obrigação prevista no Art. 226 da Constituição Federal de 1988. Este tema é bem delicado, pois trata acerca de um assunto que não diz respeito somente à lei, mas também de aspectos morais, pois envolve sentimentos, e, na maioria dos casos, o empecilho dá-se devido à ausência deles.

4.1 A IMPORTÂNCIA DOS PAIS NO DESENVOLVIMENTO DOS FILHOS

Toda família é um sistema, pois possui uma estrutura que se organiza através de interações, desempenhando um papel de extrema importância no desenvolvimento do indivíduo. É na convivência ou na falta dela que a criança cria suas próprias ideias, noção de ética e moral, formando assim a sua personalidade. Só o amor não é necessário, é necessário também o respeito, a atenção, o afeto, com fim de que os filhos saibam como seguir adiante de uma maneira íntegra e longe de qualquer trauma. Os pais são de extrema importância na vida do filho, pois a criança, antes de afeto, amor e respeito precisa de cuidados básicos dos pais como: alimentação, moradia, higiene, etc. Como afirma Emílio Mira Y López:

O homem vem ao mundo em condições verdadeiramente deploráveis: incapaz de valer-se por si mesmo, está condenado a morrer em poucas horas se não velarem por ele seus progenitores, ou quem os substitui na missão tutelar. Mas o recém-nascido, aparentemente inerte, traz consigo um potencial energético considerável, que lhe é transmitido pelo misterioso ato de hereditariedade, e em virtude dele será possível, utilizando os estímulos do meio em que vive, desenvolver com este uma série de reações cada vez mais complexas, até criar-se uma vida interior, de autoconhecimento, que o levará a categoria de ser consciente, dotado de uma personalidade bem manifesta. (MIRA Y LÓPEZ, 2009, p. 53).

Como explicado por Mira y López (2009), o ser humano ao nascer, é completamente dependente dos pais, que os mesmos têm o dever de criá-los, assegurando alimentação, higiene e segurança como requisitos primordiais. Com o crescimento, além destes requisitos citados, a participação dos pais ainda se faz necessária, dessa vez com o intuito de orientar o filho sobre bons costumes, colaborando para sua evolução no meio social. Mas, na ausência dos pais, tudo é diferente, a criança sem o amparo dos pais, pode desenvolver traumas psicológicos, que serão preenchidos de outras formas, com vistas à compensação do vazio deixado pela falta afetiva de um dos pais.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Na introdução desse tópico, o pensador Groeninga (2005), comenta sobre a importância da figura dos pais na vida da criança:

O vazio deixado pela falta de um dos pais ou pelo impedimento da convivência entre pais e filhos será inevitavelmente

preenchido com outras figuras de importância na vida da criança, que se identificará com estas de forma a tentar preencher a lacuna deixada pela ausência de um dos pais. (GROENINGA, 2005, p.414)

Como afirma Groeninga, a figura dos pais é de extrema importância na vida dos filhos. Antes de tudo, os pais têm de garantir o bem estar dos filhos, como a criação, alimentação e higiene. Após esses cuidados básicos e não menos importantes, serão necessários cuidados voltados à formação da personalidade dos filhos. Um filho sem a presença de um dos pais pode crescer desenvolvendo traumas psicológicos e buscar outras formas de preencher o vazio causado pelo abandono.

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

I - Castigar imoderadamente o filho;

II - Deixar o filho em abandono;

III - Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

V - Entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017). (BRASIL, 2002)

Como cita o Art. 927 do Código de Civil de 2002: Aquele que, por ato ilícito (Artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. No caso de abandono afetivo funciona da mesma forma. (BRASIL, 2002).

Em muitos casos, o abandono acontece diante da separação do casal, que os pais, na maioria das vezes pensam que apenas o pagamento da pensão alimentícia é o suficiente. Assim, entende-se que a responsabilidade parental não é compreendida da forma correta, pois acabam por negligenciar os deveres que têm como pais, que tem, por exemplo, a assistência moral, convívio, afeto etc. Apesar de morarem em ambientes distintos, o pai ou mãe que não têm a guarda tem o direito de visita, que muitos não exercem intencionalmente.

A omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeado de afeto, carinho, atenção, desvelo. (HIRONAKA, 2002).

Assim, vê-se que o abandono afetivo pelos pais não se relaciona somente com o afeto, relaciona-se também com a conduta omissiva do dever de cuidar, pois como será citado abaixo, os pais que não cumprem o que está exposto em lei, ofende a dignidade e acabam por causar dano a seus filhos.

De acordo com Leandro Lomeu (2010, p.112): “Os pais que não cumprem o exposto em lei estão ofendendo a dignidade e causando danos a personalidade de seus filhos, sendo perfeitamente cabível a reparação do dano causado por seu próprio genitor.”

A responsabilidade civil pressupõe um equilíbrio entre dois patrimônios que deve ser restabelecido, como afirma VENOSA (2013, p.22):

A responsabilidade civil leva em conta, primordialmente, o dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral. O que se tem em mira é a dor psíquica ou o desconforto comportamental da vítima. No entanto, é básico que, se não houver dano ou prejuízo a ser ressarcido, não temos porque falar em responsabilidade civil: simplesmente não há porque responder. A responsabilidade civil pressupõe um equilíbrio entre dois patrimônios que deve ser restabelecido. (VENOSA, 2013, p.22)

Para Carvalho (2008), abandono afetivo é tão prejudicial quanto o abandono material. Ou mais. A carência material pode ser superada com a dedicação do (a) genitor (a) ao trabalho; a de afeto não, porquanto corrói princípios morais se estes não estão consolidados na personalidade da criança ou adolescente.

É o afeto que delinea o caráter da pessoa. Aliás, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (CF, art. 226, *caput*), por ser notório que a desestruturação familiar conduz ao desequilíbrio social e, por conseguinte, à criminalidade. (CARVALHO, 2008)

4.3 DEVER DE INDENIZAR

O dever de indenizar não tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, e por isso abrange várias correntes em relação à aplicabilidade, sendo essas, desfavoráveis e favoráveis.

Uma criança que cresce sem os conselhos dos pais, sem o apoio e sem o carinho, tende a sofrer problemas psicológicos podendo ter seu desenvolvimento

prejudicado. A criança precisa dos pais para ter um desenvolvimento psicológico saudável, precisando de um bom convívio familiar.

O STJ já vem considerando que há sim o dever de indenizar o filho abandonado, fundamentando no artigo 186 do Código Civil de 2002 que diz: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

4.4 POSICIONAMENTOS CONTRA O DEVER DE INDENIZAR

Em relação aos posicionamentos contra o dever de indenizar, ocorreram vários julgamentos relacionados à este dever. Entre estes destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão máximo de apreciação das questões infraconstitucionais, em abril de 2009, no julgamento do Recurso Especial nº 514.350-SP, cujo Relator foi o Ministro Aldir Passarinho Junior, confirmou posicionamento desta Corte no sentido de negar direito a indenização por danos morais sofridos por filho resultante do abandono moral e afetivo de seu pai. O referido Tribunal sustenta que abandono afetivo não caracteriza ilícito passível de reparação, bem como que o Poder Judiciário não pode compelir alguém a um relacionamento afetivo, não havendo nenhuma finalidade positiva a ser alcançada com a concessão da indenização pleiteada. Os doutrinadores que resistem a aplicação da teoria da responsabilidade civil no direito de Família temem que o pai condenado à pena pecuniária por sua ausência será um pai que jamais tornará a se aproximar daquele rebento, em nada contribuindo pedagogicamente o pagamento da indenização para restabelecer o amor. (COSTA, 2005)

O afeto é elemento intrínseco às relações familiares, porém insuscetível de ser entendido como um valor exigível através do poder judiciário, sob pena de martirizar a sua própria essência espontânea. (ROSENVALD; FARIAS, 2010)

Diante disso, os doutrinadores que negam existir a obrigação de indenizar pela falta de afeto, defendem que as obrigações posteriores à paternidade não conseguem invadir o espaço subjetivo do afeto, não sendo possível definir um valor a ser pago pela falta deste, assim não sendo obrigatório amar.

4.5 POSICIONAMENTOS A FAVOR AO DEVER DE INDENIZAR

A partir do momento em que existe afeto na relação jurídica paternal, este pode ser olvidado de peso para uma requisição de cumprimento, e por sua vez, passível de indenização. De acordo com o pensamento da doutrinadora Ainah. (NETA, 2016)

As funções da responsabilidade civil são: compensatória, ou seja, compensar o dano à vítima, punitiva do ofensor e pedagógico, com vistas a tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. Esta pretensão de obrigar o agente causador do dano a repará-lo inspirasse no mais elementar sentimento de justiça. Caso uma ação acarrete uma reação que produza efeitos jurídicos na pessoa ou no patrimônio do outro, alterando o *status quo ante*, entra a questão da possibilidade de ressarcimento deste dano, quando não é possível a restituição da situação anterior justiça. (CAVALIERI FILHO, 2011)

Com isso, fica claro que a partir do momento que um indivíduo se torna pai, nasce a obrigação de cuidar, educar, proteger e amar. Mas quando um pai ou mãe abandona uma criança, assim se esquivando de suas obrigações, ele fica sujeito a sofrer ações por ter abandonado seu filho, como uma forma de compensar a falta de amparo, uma forma de punição por não ter cumprido com suas obrigações de pai. O dinheiro não irá trazer o afeto de pai para com um filho, mas sim como a única opção de se tentar fazer justiça pelo abandono.

5 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, evidenciamos a importância da Família na formação e no desenvolvimento do ser humano. Iniciamos o mesmo com a intenção de explicar o que significa a palavra "família". Família é o ente mais importante na vida do indivíduo, pois como já falamos, é ela quem molda o caráter e a moral do indivíduo. A Família vem evoluindo cada vez mais ao passar do tempo, havendo o declínio patriarcal, já que antes tinha--se um chefe de família (o Homem), e ele tinha o poder máximo perante sua família, inclusive o de vida ou morte de seus filhos. Hoje vemos que família não é formada somente por laços sanguíneos, mas também por laços sentimentais, de afeto, amor e carinho. Perdeu-se a figura de Chefe de Família, pois hoje, família se tornou um ente de natureza afetiva.

Com a evolução da vida e do Direito, vimos que se tornou possível um filho pleitear indenização de um pai que o abandonou afetivamente, tendo posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca deste tema. O filho tem direito à convivência familiar, e é dever do pai ou mãe prestar todo o auxílio necessário para a evolução da criança, como: higiene, alimentação, saúde, educação e não menos importante, o convívio familiar.

A indenização por abandono afetivo é sim cabível desde que comprovado o ato de abandono pelo genitor. O enfoque principal não é falar sobre o abandono, mas os malefícios que o mesmo traz. O pai que abandona, está praticando ato ilícito, pois desrespeita um dever seu previsto pela Constituição Federal de 1988. Um filho

abandonado não vai à toa à porta da Justiça buscar por resposta, ele busca alguma forma de amenizar a dor sofrida pelo abandono e a certeza de que o abandono não ficará impune, e que a sanção sirva de exemplo para quem abandona um filho.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. **Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais**. 2005

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2010.

BRASIL Código Civil. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 31 de maio de 2020.

_____. [**Constituição** (1988)]. **Constituição** da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. Curitiba: Juruá, 2011.

CARVALHO, Walkyria. **Abandono afetivo parental**: a traição do dever do apoio moral. 2008. Disponível em: < https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=784 >. Acesso em 31 de maio de 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas 2011.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no Direito de Família. **XII Jornada de Direito de Família**, Rio de Janeiro: COAD, Edição Especial, fevereiro, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro 5**. Direito de Família. 25 ed. São Paulo: Saraiva 2010.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 23. v. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 23. Vol. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampla. São Paulo: Saraiva, 2004. V. 3.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**, 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.

_____. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 9. ed. v. 6. p. 01- 06. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito à família com o direito à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **A outra face do Poder Judiciário**: Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. São Paulo: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. 2002. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/4192/responsabilidade-civil-na-relacao-paterno-filial/2>

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A paternidade socioafetiva e a verdade real. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, pp. 15-21, jul./set. 2006.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: **Conselho da Justiça Federal**. Brasília. out/dez. 2004 Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

_____. **Direito Civil: Família**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOMEU, Leandro. Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação. **Revista IOB de Direito de Família**. V.11, n.57, dez/jan. 2010.

MIRA Y LÓPEZ, Emílio. **Manual de Psicologia Jurídica**. São Paulo: Vida Livros, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil e seus Efeitos sobre a Responsabilidade Civil. **Direito, Estado e Sociedade**. n.29. jul./dez. 2006. v.9.

_____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. **Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo**. Curitiba: Juruá, 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil Volume IV**. 19ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo: 2002.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de Direito das Famílias. Lumenjuris. 3ª ed. 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13ª Edição. São Paulo. Atlas. 2013.

SAÚDE MENTAL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA: VULNERABILIDADES JURÍDICAS E SOCIAIS

DANÚBIA LEMOS MARTINS ARAÚJO:

Bacharelada do curso de Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi

IRACI OLIVEIRA HENRIQUE NETA

(coautora)

RESUMO: O presente artigo busca analisar a efetivação do direito à saúde mental da população carcerária, tendo como escopo principal demonstrar as vulnerabilidades jurídicas e sociais das pessoas privadas da liberdade no Brasil. Trata-se de uma pesquisa qualitativa baseada em uma ampla revisão bibliográfica por meio de livros, doutrinas, jurisprudências, fontes legislativas, bem como pela leitura de artigos científicos. Os resultados apontam que existem algumas políticas públicas voltadas especificamente para a proteção do direito à saúde mental dos apenados. Todavia, elas não são suficientes para garantir a efetividade das garantias constitucionais deste grupo socialmente excluído, tendo em vista a notória falta de operacionalização do sistema penitenciário. A sociedade atual ainda se cala frente aos acontecimentos diários de desrespeito à dignidade humana dos criminosos, isto ocorre em virtude do crescimento exponencial dos discursos simpatizantes à ideia de que os direitos humanos seriam apenas para aqueles indivíduos de condutas ilibadas e inquestionáveis. Para transformar uma realidade é necessário conhecê-la, posto isto, o estudo visa contribuir trazendo maiores informações a respeito da real situação da população carcerária, expondo suas vulnerabilidades jurídicas e sociais.

Palavras-chave: Saúde Mental. População Carcerária. Direito à Saúde. Políticas Públicas

ABSTRACT: This article seeks to analyze the effectiveness of the prison population's right to mental health, with the main scope of demonstrating the legal and social vulnerabilities of people deprived of their liberty in Brazil. It is a qualitative research based on a wide bibliographic review through books, doctrines, jurisprudence, legislative sources as well as by reading scientific articles. The results indicate that there are some public policies aimed specifically at protecting the right to mental health of prisoners. However, they are not sufficient to guarantee the effectiveness of the constitutional guarantees of this socially excluded group, in view of the notable lack of operationalization of the prison system. Today's society is still silent in the face of the daily events of disrespect for the human dignity of criminals, this is due to the exponential growth of sympathetic speeches, the idea that human rights would be

only for those individuals of unchallenged and unquestionable conduct. In order to transform a reality, it is necessary to know it, that being said, the study aims to contribute bringing more information about the real situation of the prison population, exposing their legal and social vulnerabilities.

Keywords: Mental Health. Prison population. Right to health. Public policy

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A real situação da população em cárcere no brasil: vulnerabilidades jurídicas e sociais. 3 A saúde mental da população carcerária como garantia constitucional. 4 As políticas públicas direcionadas ao direito à saúde mental da população carcerária brasileira. 5 Tratados internacionais e legislação brasileira - há efetividade na proteção da saúde mental da população em cárcere? 6 Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A situação do sistema carcerário brasileiro é marcada, desde o período colonial, pela precariedade no funcionamento e nas instalações de suas cadeias. Algumas dessas precariedades perduram até hoje, como a superlotação dos presídios, inapropriada estrutura das celas, carência de assistência médica adequada, mistura de presos por crimes graves e não graves, assim como a ausência de atividades reintegrativas e total descaso com a higiene.

O Brasil tornou-se a terceira população carcerária do mundo, atrás apenas de países como Estados Unidos e China. Estes dois países, no entanto, investem cada vez mais em políticas de desencarceramento. O Brasil, por outro lado, caminha na contramão das outras nações. O cenário de graves violações de direitos fundamentais e a inércia do Estado em oferecer respostas aos problemas das prisões no Brasil levaram o Supremo Tribunal Federal (STF) a reconhecer, em setembro de 2015, um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no sistema carcerário brasileiro, no julgamento da ADPF 347 (BRASIL, 2015).

Segundo o STF, ocorrem violações generalizadas dos direitos constitucionais fundamentais das pessoas privadas da liberdade no tocante à dignidade, higidez física, integridade psíquica e direito à saúde (BRASIL, 2015).

O objetivo do presente estudo é analisar se a Constituição Federal e as políticas públicas prisionais brasileiras estão de fato salvaguardando o acesso a saúde mental da população prisional, se as vulnerabilidades sociais e jurídicas destes indivíduos estão sendo observadas e se as Equipes de Saúde no Sistema Penitenciário (EPNSs) colaboram para a preservação da saúde mental ou se se limitam apenas à realização de perícias e exames criminológicos (BARSAGLINI, 2016).

A relevância desse estudo reside no fato de que, mesmo com o decorrer dos anos, a situação da população carcerária permanece em estado degradante e sub-

humano. De acordo com os dados apresentados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), publicados no dia 14/02/2020, referentes ao primeiro semestre de 2019, o Brasil possui uma população prisional de 755.274 mil pessoas privadas de liberdade. Ainda segundo o INFOPEN, há um déficit de 312.925 mil vagas no sistema penitenciário, ou seja, a superlotação atinge níveis elevados, quase a metade do número total de presos no Brasil (BRASIL, 2019). Essa circunstância, que demonstra a gravidade da situação do sistema prisional brasileiro, reforça a relevância do estudo.

O caminho metodológico empregado baseou-se em pesquisa bibliográfica dentro da vasta doutrina nacional. Da mesma maneira, foram coletados dados por intermédio de fontes legislativas, doutrinárias, jurisprudenciais e artigos científicos nacionais. Utilizou-se como portais de pesquisa os periódicos CAPES, SCiELO e Google Acadêmico, usando como buscadores as palavras "sistema carcerário", *and* "saúde mental"; "direito à saúde" *and* "população carcerária".

2 A REAL SITUAÇÃO DA POPULAÇÃO EM CÁRCERE NO BRASIL: VULNERABILIDADES JURÍDICAS E SOCIAIS

A maior parte das prisões brasileiras enfrenta problemas de superlotação, prática de tortura, homicídios, falta de higienização das celas, exposição a doenças infectocontagiosas, domínio dos cárceres por organizações criminosas, preconceitos sociais, raciais, de gênero e de orientação sexual.

Com o avanço da globalização e do consumismo, as desigualdades sociais se agravaram e isso impulsionou a verticalização da violência urbana, com o correlativo aumento da população carcerária. A sociedade anseia por segurança e as normas visam assegurar que tal direito social seja cumprido, reprovando a conduta dos criminosos ao mesmo tempo em que, supostamente, promovem sua ressocialização (BUSATO, 2015).

Para Lima (2009, p.36) apud Tokuda (2016, p. 86), grande parte da sociedade imagina que a finalidade da prisão deve ser:

[...] cuidar de uma massa de indivíduos considerados perigosos, violentos e zombadores declarados da ordem jurídico-política superior com a responsabilidade unilateral de solucionar os conflitos, restituir e manter a normalidade da vida social.

Ocorre que, na prática, as leis se contradizem com a realidade do sistema penitenciário nacional, em que os direitos dos presidiários são desvalorizados e, muito embora haja superlotação de presídios – o que indica um encarceramento

crescente - a população permanece vivendo cercada pela criminalidade, perplexa e em contínuo estado de insegurança.

A despeito do encarceramento crescente, a criminalidade não tem diminuído, pelo contrário, encontra-se em constante ascensão. O Brasil é o 16º país mais violento do mundo, possuindo 16 das 50 cidades mais violentas do planeta (GOMES, 2013). Todos os dias somos bombardeados com notícias denunciando a superlotação das prisões, a ausência de mecanismos de ressocialização dos presos, além das torturas físicas e psicológicas cometidas tanto pelos agentes públicos como por outros presos, os abusos sexuais, a falta de assistência terapêutica/psicológica e a dificuldade nas visitas (em virtude do constrangimento na revista íntima, situação vexatória para os visitantes e para os agentes penitenciários). Não é exagero dizer que ainda temos “prisões medievais”, com total falta de humanização e ausência de perspectiva de melhora.

A realidade da população carcerária brasileira extrapola a das prisões e atinge toda a sociedade. Vive-se um descompasso entre o papel da prisão, a sua função ressocializadora e a sua responsabilidade com a vida de cada indivíduo condenado. De fato, o enfrentamento da questão demanda conhecimento específico e soluções que ainda não estão previstas em lei. Além disso, mesmo as soluções já positivadas em diplomas legais específicos não são efetivamente colocadas em prática.

A efetivação dos direitos da população carcerária não é condizente com as determinações legais, de modo que existem várias vulnerabilidades jurídicas nesse cenário. Dentre elas, a inaplicabilidade das leis que regem o sistema penitenciário, sobretudo as que visam garantir os direitos dos presos (COLARES e GOMES, 2015). Na verdade, existe um descaso do Poder Público com o estado físico e psicológico em que vivem os presidiários. E esse descaso, agora e após alguns anos, repercutirá na sociedade, pois os condenados não serão recuperados, e pior: sofrerão tanto que irão desistir de ter um futuro digno e voltarão para o mundo do crime.

Bitencourt (2011, p. 59 e 60), escrevendo sobre o pensamento humanista das prisões defendido por John Howard, afirma que este nunca se conformou com as “condições deploráveis das prisões inglesas, esforçando-se para reformá-las, sem obter, contudo, resultados concretos, pois as condições estruturais não permitiam mudar a função meramente punitiva e de controle que tinha a prisão”. Veja-se que, ainda naquela época, era dispensável que a prisão cumprisse seu fim socializante, devendo circunscrever-se à mera função punitiva, de intimidação e controle político.

Nesse sentido, constata-se que nossas cadeias ainda são feitas somente para punir, de modo que a pena deixou de cumprir a sua finalidade preventiva, limitando-

se a um tipo de fundamentalismo punitivo. Há um desejo social por novas leis mais rigorosas, mais encarceramento e corte de direitos e garantias fundamentais. Como consequência, os presos estão sendo cada vez mais excluídos socialmente, ignorando-se que se está lidando justamente com a vida de pessoas que fizeram escolhas erradas, mas poderiam voltar para as suas vidas em comunidade (GOMES, 2013), após um processo de recuperação.

Pedroso (1997, p. 136) destaca, em sua pesquisa histórica, como as instituições públicas brasileiras sempre funcionaram em prol da criação de lugares excludentes do mundo civilizado para colocar os delinquentes, conforme se vê adiante:

A geopolítica do confinamento desvenda as artimanhas da eliminação do inimigo nocivo ao Estado brasileiro. A construção do mundo da reclusão durante os séculos XIX e XX significou não só a limpeza das ruas contra o inimigo aparente - o vagabundo -, mas, uma artimanha para encerrar todos os inimigos, quer fossem eles de vertentes ideológicas, como os comunistas, ou sociais, representados pelos bandidos comuns. Punir e castigar essa gama de desclassificados significou a atribuição do poder de vida e morte ao Estado, que se utilizou desses atos para promover uma "nova ordem social", concretizada durante os governos das décadas de 20 e 30 deste século.

É importante reiterar que, até hoje, é eufemismo dizer que, dentro dos interesses do Estado, os direitos essenciais da população carcerária (como direito à saúde mental, foco deste estudo) se encontram em plano secundário. A prioridade do Estado é prender, separar a sociedade livre da sociedade privada da liberdade, criando-se uma camada social excluída (NAPOLI, 2014).

No passado, a opinião pública tomou parte nos debates sobre implantação do regime penitenciário, de modo que houve acaloradas discussões em torno das formas como esse regime deveria ser adotado (PEDROSO, 1997). E o que se percebe, diante das análises históricas, é que havia certa aceitação social em relação a maus tratos e torturas físicas e psicológicas que sofriam os presos. A sociedade atual ainda se cala frente aos acontecimentos diários de desrespeito à dignidade humana dos criminosos.

De fato, apesar do pensamento social sobre as medidas de punição e ressocialização de indivíduos infratores ter evoluído, a ideologia que ainda prospera é a do criminoso sendo preso, pouco importando o que acontecerá com ele dentro

da prisão. Os clichês brasileiros dos “direitos humanos para humanos direitos”, “se quer defender, leva pra casa” ou o clássico “bandido bom é bandido morto” são, ainda, muito comuns na sociedade.

Criou-se, assim, uma cultura em que ninguém liga para a vida dos presos. O debate sobre o tema é raro e, quando ocorre, é de forma rasa e simples, sem uma dogmática penal ou constitucional adequadas. Essa inércia deve ser rompida: o Estado não pode fingir que a população carcerária (juntamente com seus direitos) é invisível, uma vez que isso desafia qualquer noção de Justiça.

Vale ressaltar que o estudo não defende a extinção da privação da liberdade, mas pretende chamar a atenção para a situação de abandono em que se encontram os presidiários, uma vez que é dever do Estado garantir que o direito à saúde dos presos seja efetivado, como determina o próprio texto constitucional. É imprescindível achar um ponto de equilíbrio entre os interesses envolvidos, quais sejam: a segurança coletiva e a efetivação dos direitos dos presos (BECHARA, 2011).

Matos (2010) apud Pimenta e Paiva (2017, p. 46) ensinam que:

[...] é preciso conduzir nosso olhar, nossa imaginação, nossos sentimentos, para dentro dos muros das prisões, esforçando-nos por imaginar a infinita dor das pessoas que sofrem a pena, esforçando-nos para deixar de lado a indiferença, os preconceitos e as abstratas ideias que privilegiam a “ordem”, a “segurança”, a “defesa da sociedade”, ideias que, esquecendo-se da igualdade originária entre todos os indivíduos, dividem-nos entre “cidadãos de bem” e “criminosos”, nefastas ideias que fazem acreditar na ilusão cruel de que para ter tranquilidade e segurança seria necessário colocar mais e mais pessoas atrás de grades e muros.

Surge dessa concepção punitivista a reflexão acerca dos limites das penas a que devem ser submetidos os infratores, pois, na prática, tais indivíduos estão sendo renegados pela sociedade. Nem o Estado, nem os agentes penitenciários, nem a população em geral estão respeitando o fato de que os direitos dos presos não são menos importantes do que os interesses dos demais cidadãos (VON LISZT, 2007).

Deveras, a situação do sistema carcerário no Brasil não gera nenhuma lisonja para o povo brasileiro. O tema não obtém um papel de destaque nas políticas públicas, e na visão dos grupos sociais é levado pelo senso comum de persecução de justiça. Devido a essa circunstância, busca-se, por meio deste artigo, instigar reflexões sistemáticas sobre o tema, a partir da perspectiva da valorização da

efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo o direito à saúde mental da população carcerária.

3 A SAÚDE MENTAL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

O sistema penitenciário brasileiro enfrenta sérios problemas causados pela inobservância de normas e princípios constitucionais. Em especial, há negligência estatal com a saúde mental da população carcerária. Neste tópico, será abordado o direito à saúde mental como garantia constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988 é responsável por definir os “objetivos que se devem perseguir, expondo um conjunto de princípios e valores superiores a inspirar a atuação dos poderes públicos”. Dentre esses objetivos, tem-se a prestação do direito à saúde (BECHARA, 2011, p. 156).

O art. 6º da CF caracteriza a saúde como um direito social de prestação material. Isso significa que se exige do Estado prestações de serviços para a sociedade, com o escopo de melhorar e transformar o país (BRASIL, 1988). Segundo Moraes (2020, p. 224) tais direitos devem ter:

Observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático.

A Constituição discorre sobre a seguridade social em seu art. 194, englobando um conjunto integrado de ações promovidas pelo Poder Público e por toda a sociedade para assegurar o direito à saúde (BRASIL, 1988). Elas serão concretizadas por meio de políticas sociais e econômicas, conforme estabelece o art. 196 do texto constitucional:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

As ações serão organizadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), sistema caracterizado pela sua descentralização, atendimento integral e participação da comunidade, conforme o art. 198 da CF. O seu financiamento ocorrerá com os “recursos dos orçamentos da seguridade social, da União, dos Estados e dos Municípios, além de outras fontes” e deverá receber no mínimo quinze por cento dos

impostos arrecadados pela União e pelos Municípios, de acordo com o dispositivo constitucional (BRASIL, 1988).

Além disso, o parágrafo 2º do art. 5º dispõe que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte” (BRASIL, 1988). Ou seja, a Constituição vinculou o direito à saúde à observância de princípios, em especial ao princípio da igualdade, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988). Dessa forma, vedam-se diferenciações arbitrárias, discriminações absurdas e tratamento igualitário para pessoas que se encontram em condições desiguais (MORAES, 2020, p. 35).

O Estado de Direito Brasileiro, fundamentado na Constituição, consolida a ideia de que não se pode discriminar a garantia de um direito fundamental a um grupo social (“cidadãos livres”) em detrimento de outro (“cidadãos presos”). Desse modo, deve-se buscar a equidade social, promover e proteger o direito à saúde mental, sobretudo dos indivíduos mais propensos a adquirir transtornos mentais. Com efeito, a condição de privado da liberdade não anula ou degenera o sentido da igualdade, tendo sempre em mente que os presidiários perderam o direito de ir e vir e não o direito à preservação da saúde mental (COLARES e GOMES, 2015; AITH, 2019).

Por se encontrar intimamente ligado ao direito à saúde, outro princípio relevante para a questão é o princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no art. 1º, inciso III da CF, considerado um supraprincípio constitucional, pois prevalece sobre os demais, servindo como base para interpretação de toda a ordem jurídica (BRASIL 1988; NUNES, 2009). A dignidade, assim, deve ser entendida como um valor que pertença de forma irrevogável a todos os seres humanos, desconsiderando as suas qualidades singulares (LIMA, 2012).

A despeito desse princípio, Colares e Gomes (2015, p. 180) identificam o seu descumprimento no Brasil, assim como, o seu valor na vida dos presidiários:

Observa-se no sistema penitenciário brasileiro a violação aos direitos humanos, ao direito penal e até a Constituição Federal, posto que os condenados sofrem com a descaracterização do verdadeiro sentido com o qual o sistema foi criado. O

condenado, mesmo nessa condição, tem direito a uma vida digna e deve ter respeitadas sua integridade física e moral.

O direito à saúde protegido pelo Estado tem um conceito abrangente, não se limitando meramente à ausência de doenças físicas. Trata-se, na verdade, de um direito universal e igualitário que deverá ser implementado por meio de políticas públicas. O que se objetiva é o completo bem-estar físico, mental e social dos indivíduos. Sob a mesma perspectiva, Silva (2004) explica que a saúde mental é um estado de equilíbrio psíquico determinado pela relação entre as forças individuais e ambientais, por meio do exercício de suas capacidades mentais e de sua interação com o ambiente.

A despeito da garantia universal do direito à saúde e de este abranger o direito à saúde mental, vários presos possuem transtornos psíquicos, em virtude das precárias condições a que são expostos e à falta de perspectiva de um futuro digno. Essa situação é agravada pela inércia estatal em enfrentar o problema dos presos e das prisões brasileiras.

De acordo com a realidade da população carcerária descrita anteriormente, e tendo em vista a abrangência do direito à saúde e da dignidade, pode-se perceber que há desrespeito aos princípios constitucionais. A Constituição, além de assegurar o direito à saúde, traz disposição específica acerca dos direitos dos detentos, estabelecendo no art. 5º, inciso XLIX, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988). Todavia, o que se constata é que esses direitos não são garantidos aos detentos. A universalização dos direitos sociais não os alcança. Desta forma, não basta a mera formalização dos direitos em disposições legislativas: o que falta é a sua concretização, seus reflexos e sua aplicação na vida de todos.

A função do Direito é defender os interesses da vida humana. A norma penal não poderia ter outra finalidade a não ser o cumprimento dos próprios objetivos constitucionais no âmbito da realidade social (LISZT, 2007). Contudo, há um abismo entre o que é determinado pelas normas e a real situação dos presídios. Apesar do direito à saúde mental ter previsão legal em várias esferas, somente o reconhecimento desse direito não é o que o grupo excluído necessita, e sim os seus efeitos no mundo social e jurídico.

Tal dever do estado já foi reconhecido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 841.526, em que a Corte reconheceu a responsabilização do Estado nos casos de suicídio e destacou que a CF, no seu artigo 5º, inciso XLIX, é bem clara em assegurar aos detentos o respeito à integridade física e moral (BRASIL, 2016). Isso

reforça a conclusão de que há um dever do Estado na implementação efetiva de tais garantias e que sua omissão pode, inclusive, gerar responsabilização civil do ente público.

Desta forma, os problemas psicológicos que os presos desenvolvem no cárcere podem ocasionar responsabilização civil objetiva para o Estado em decorrência da sua omissão e descumprimento do seu dever de garantir o que lhe é imposto no art. 5, inciso XLIX da Carta Magna (BRASIL, 2016), o que permite a conclusão de que tais indivíduos estão abrangidos nas garantias constitucionais do direito à saúde e dignidade humana.

4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS AO DIREITO À SAÚDE MENTAL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

No tópico anterior, analisaram-se os contornos do direito à saúde mental, concluindo-se que esse direito se aplica às populações encarceradas. Neste tópico, serão analisadas as políticas públicas destinadas a implementar tal direito no Brasil. Com efeito, existem poucas pesquisas e publicações sobre a saúde mental das pessoas privadas de liberdade. Tal conjuntura dificulta a situação deste grupo social tão vulnerável, visto que, quanto menos informações a respeito da saúde dos encarcerados, mais difícil será a confecção de políticas públicas voltadas para essas pessoas (GOIS, *et al*, 2012).

Conforme preleciona Hofling (2001, p.31) as políticas públicas:

[...] se referem a ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado, voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais visando à diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico.

Nas últimas décadas o Estado desenhou três políticas públicas voltadas para o sistema prisional: a Lei de Execução Penal - LEP, Lei nº 7.210 de 1984; o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), no ano de 2003, e a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), em 2014 (BARSAGLINI, 2016).

A LEP surgiu em um momento de redemocratização do país e foi pioneira ao garantir os direitos e deveres de todas as pessoas do sistema prisional. Entre esses direitos está incluído o direito à saúde, previsto no art.14 da referida lei (BRASIL, 1984). No tocante a intervenção médica sob a ótica da saúde mental, contudo, as ações concretizadas pela LEP limitavam-se à realização de exames periciais e exames

criminológicos. Não havia, ainda, atividades que efetivamente protegessem a integridade moral e mental do apenado (BARSAGLINI, 2016; LERMEN, *et al.*, 2015).

Barsaglini (2016, p.1433) pontua que a saúde mental estava contemplada na Portaria 668/2002, mas esta foi posteriormente revogada, e compreendia as:

[...] atividades quanto ao “diagnóstico e tratamento dos agravos à saúde mental dos internos” e “desenvolvimento de programa de atendimento em saúde mental centrado na reabilitação psicossocial para os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico.

O PNSSP foi instituído pela Portaria Interministerial nº 1.777/2003 e ampliou o raio de atuação das políticas governamentais no sistema penitenciário, tendo implantado novas políticas com base nos princípios e diretrizes do SUS. O Plano foi visto por alguns como um ensaio de Reforma Sanitária (LERMEN, *et al.*, 2015).

É perceptível um avanço no PNSSP em relação às medidas direcionadas a saúde mental das pessoas privadas de liberdade. O Plano busca um atendimento integralizado dessa população a partir da criação Equipes de Saúde no Sistema Penitenciário (EPNSs), compostas por membros como, médicos, enfermeiros, assistentes sociais e psicólogos, propiciando, assim, a criação de Centros de Apoio Psicossocial (CAPS) (BRASIL, 2003; LERMEN, *et al.*, 2015).

A PNAISP foi instaurada através da Portaria nº 842, de abril de 2014. Conforme aponta Barsaglini (2016, p.1437) “[...] a Política prevê a ampliação do escopo da população a ser abrangida – a própria comunidade prisional – familiares, trabalhadores que lá prestam serviços (da educação, saúde, segurança)”. Houve, então, uma expansão das garantias sociais objetivando oportunizar o acesso integral destas pessoas ao SUS (BRASIL, 2014).

Motivado pelo lançamento do PNAISP, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) editou, em fevereiro de 2014, a resolução nº 01, que, segundo Lermen *et al.*, (2015, p. 916) “dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”. A referida resolução, ao ser pioneira em política prisional voltada exclusivamente para a saúde mental das pessoas privadas de liberdade, busca dar voz e espaço para esse grupo historicamente ignorado (BRASIL, 2014).

A Constituição pôs o Estado como o garantidor da saúde de todo cidadão, incluindo aqueles privados de sua liberdade. Tais políticas públicas esboçam uma tentativa do Estado de respeitar as garantias constitucionais e os direitos humanos, especialmente o direito à saúde, previsto no art. 6º da CF (BRASIL, 1988). Como visto anteriormente, diante da natureza de direito social fundamental, a não observância do direito à saúde acarreta, também, violação ao princípio mais caro para o ordenamento pátrio, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana (CERQUEIRA, 2019).

Segundo Souza apud Cerqueira (2019, p.851), o princípio da dignidade da dignidade da pessoa humana:

[...] retrata a preocupação do constituinte com o homem, tanto sob o aspecto moral quanto sob o material. Ao elevar a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental da comunidade estatal, o constituinte coloca o ser humano como fim último de nossa sociedade.

Ocorre que, apesar das medidas governamentais anteriormente elencadas, ainda há pouquíssimas políticas sociais voltadas para a saúde mental da população privada de liberdade no Brasil, evidenciando um distanciamento histórico entre as políticas sociais encampadas pelo Estado e as políticas prisionais, como se ambas fossem inconciliáveis (LERMEN, *et al.*, 2015). A falta de estudos e pesquisas sobre o tema tende a reforçar ainda mais esse distanciamento.

Essa ideia de incompatibilidade está pautada no pensamento meritocrático que rege as políticas públicas no Brasil, onde há um crescimento exponencial dos discursos simpatizantes à ideia de que os direitos humanos seriam apenas para aqueles indivíduos de condutas ilibadas e inquestionáveis. É perceptível a adesão cada vez maior de pessoas que defendem a perda da condição de cidadão daqueles indivíduos desviantes, que cometeram algum delito e que, por essa razão, serão taxados perpetuamente como perigosos e menos humanos (HÖFLING, 2001; LERMEN, *et al.*, 2015).

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2017), o perfil socioeconômico da população prisional brasileira é bem definido: são jovens (54% da população carcerária possui até 29 anos); pretos ou pardos, que representam 63,6% do sistema prisional, e possuem baixo grau de escolaridade (79,3% não concluíram o ensino médio) (LACERDA, 2017).

Ao analisar os dados anteriores, percebe-se que a população prisional brasileira é extremamente semelhante em seus critérios socioeconômicos, visto que a maioria dos indivíduos que passaram a ter condutas desviantes compartilham uma vida pregressa em que moradia, emprego, saúde e educação eram vistos como privilégios muito distantes das suas realidades (KARAM, 2011).

Partindo disso, não é assombroso perceber que as pessoas acusadas de tráfico ou por delitos patrimoniais são aquelas que monopolizam o cárcere. Quanto mais complexas as sociedades se tornam maiores são os desequilíbrios econômicos e sociais. Tal cenário conduz à ideia, bastante aceita, de que grande parte dos crimes não são "naturais", i.e., são produto de construções socialmente compartilhadas. Não há nada inerentemente desumano no criminoso, ou pelo menos, em parcela significativa deles, que lhes torne menos merecedores de consideração e respeito, e, portanto, de políticas públicas específicas.

5 TRATADOS INTERNACIONAIS E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA - HÁ EFETIVIDADE NA PROTEÇÃO DA SAÚDE MENTAL DA POPULAÇÃO EM CÁRCERE?

O Brasil adota uma política prisional de encarceramento em massa, e a população de modo geral tende a vincular o número de pessoas presas no país ao êxito das políticas públicas de segurança. Propelido a isso, o Estado vem adotando um modelo de encarceramento que alimenta ciclos de violência física e psicológica aos apenados, o que resulta em desrespeito às garantias constitucionais reservadas a qualquer indivíduo (KARAM, 2011).

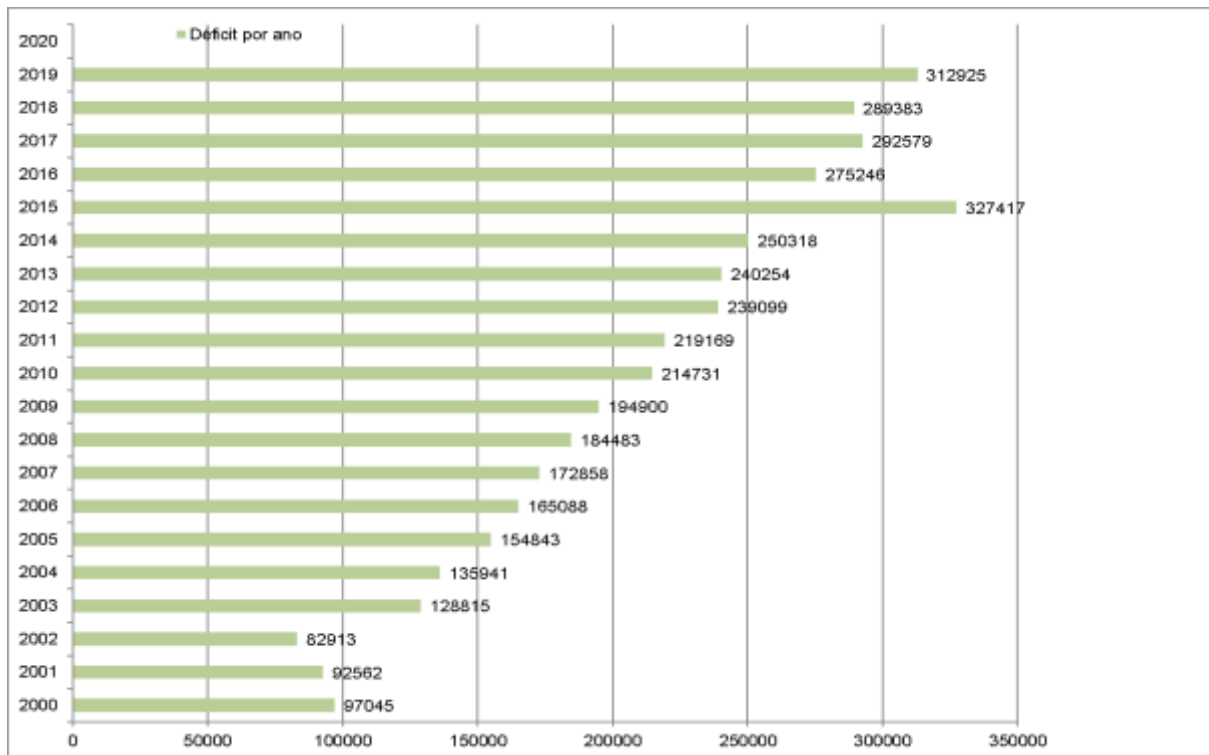
De acordo com informações do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) divulgados no dia 14/02/2020, o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), alusivo a dados coletados até o primeiro semestre de 2019, revelou que o Brasil possui uma população prisional de 755.274 mil pessoas privadas de liberdade em todos os regimes (BRASIL, 2019).

O Brasil tornou-se a terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas de países como Estados Unidos e China, todavia, estes dois países investem cada vez mais em políticas de desencarceramento, já o Brasil caminha na contramão das outras nações (BRASIL, 2016).

Ainda de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), agora referentes a dados coletados no ano de 2019, o déficit de vagas no sistema prisional, número de presos *versus* número de vagas disponíveis, é de 312.925 mil vagas. O sistema penitenciário nacional vem descumprindo as garantias fundamentais que o Brasil assumiu internamente, por meio da Constituição, e externamente, referente aos tratados e convenções internacionais das quais o país está submetido, em virtude desse grave déficit de vagas (BRASIL, 2019).

É o que se extrai, do gráfico a seguir fornecido pelo referido órgão:

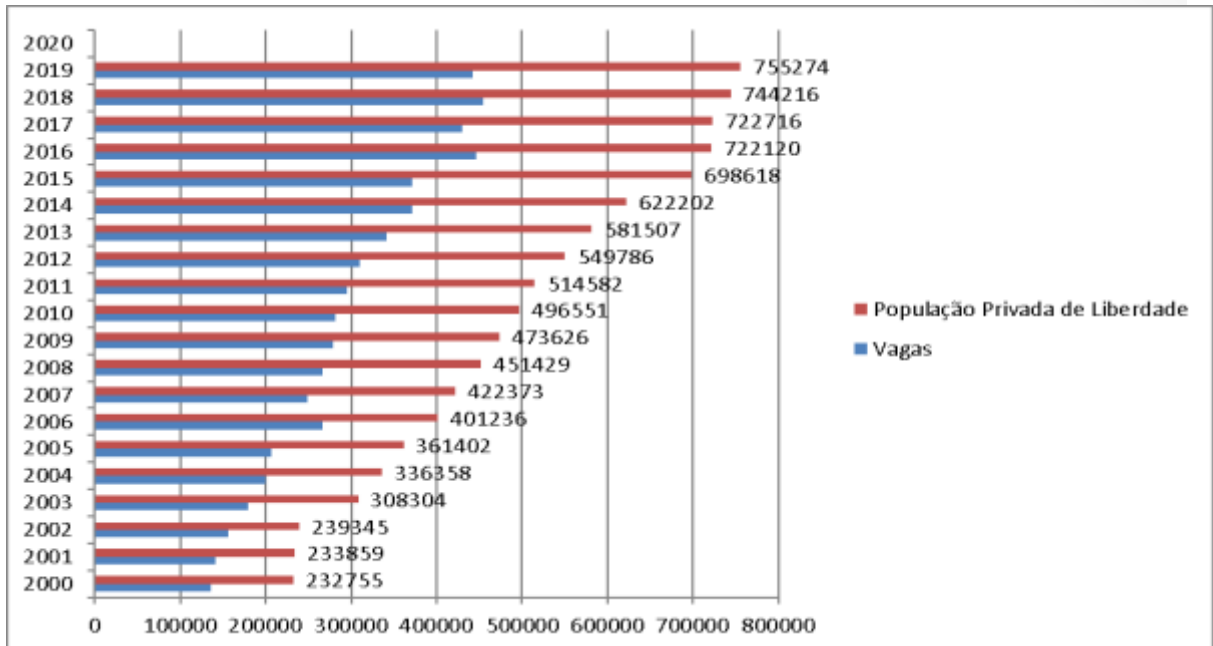
Gráfico 1: *Deficit* por ano



Fonte: INFOPEN (2019)

A taxa de crescimento anual da população prisional brasileira referente aos anos de 2000 a 2019 estão demonstradas no gráfico abaixo:

Gráfico 2: População privada de liberdade e vagas



Fonte: INFOPEN (2019)

O cenário de encarceramento em massa agrava e dificulta a situação dos presos no tocante à saúde mental, do que resulta em ineficácia na implementação de garantias Constitucionais e tratados internacionais.

No ano de 2015, a Organização das Nações Unidas (ONU) elaborou uma atualização das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, criadas em 1955, que foram apelidadas de “Regras de Mandela” (BRASIL, 2015).

Desde a sua primeira redação, a referida disposição traz em seu art. 22 que cada estabelecimento penitenciário deve incluir entre os serviços médicos o serviço de psiquiatria, com tratamento adequado para os que necessitarem. De acordo com a tradução viabilizada pela Câmara dos Deputados, o art. 57 do mesmo diploma adverte: (BRASIL, 2014):

Art. 57. A prisão e outras medidas que resultam na separação de um criminoso do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem à pessoa o direito de autodeterminação, por a privarem da sua liberdade. Logo, o sistema penitenciário não deve, exceto pontualmente por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação.

Ao fazer um recorte sobre a realidade no sistema penitenciário Federal e as consequências desse regime para a saúde mental dos detentos, Cerqueira expôs que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em seu relatório de visita ao Presídio Federal de Campo Grande constatou que praticamente todos os detentos faziam uso de antidepressivos, medicamento amplamente distribuído pela

administração do presídio. Verificou-se ainda que, de acordo com os prontuários médicos e psicológicos, os internos descreviam sintomas de insônia, ansiedade e depressão e que todos eles faziam uso de antidepressivos (CERQUEIRA, 2019).

Ainda em seu artigo, a autora apontou que a Defensoria Pública da União (DPU), entre os anos de 2016 e 2017, produziu vários relatórios acerca dos quatro presídios federais. Nestes relatórios a DPU afirmou, baseada em dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional que 12% dos presos federais já tentaram suicídio, que 60% sofrem de alucinações auditivas, psicose, desorientação e diversos outros fenômenos psicopatológicos (CERQUEIRA, 2019).

A variedade de Leis e Tratados nacionais e internacionais não são suficientes para garantir a efetividade de tais normas, visto a notória falta de operacionalização do sistema. Em razão disso, o ordinário nas celas do sistema carcerário brasileiro passou a ser a insalubridade, superlotação e condições precárias de higienização.

Dessa forma, muito embora exista reconhecimento constitucional da dignidade humana, que abrange, como visto, as pessoas encarceradas, isso não foi suficiente para alterar a situação dos presídios brasileiros. Nesse sentido é o que preleciona Barcellos (2010, p. 41):

Tendo em conta que nem o recurso à ideia de dignidade humana nem as leis ou a jurisdição foram capazes de modificar a situação carcerária até o momento, talvez haja interesse pelo tema uma vez que se percebe que o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência.

A realidade fática das celas brasileiras acarreta um sofrimento psicológico muito mais severo do que o isolamento em si. Os apenados saem do cárcere em pior situação do que quando entraram (GOIS, *et al.*, 2012). Essa situação, como visto, implica violação a direitos e garantias fundamentais dos presos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando os dados apresentados, depreende-se que a superlotação vem sendo um dos maiores obstáculos enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro. O número de presos é aproximadamente duas vezes maior do que a capacidade suportada pelo sistema prisional. Além disso, a função ressocializadora da prisão tornou-se uma mera utopia, pois os indivíduos encarcerados vivem enjaulados em um cenário degradante, sem maiores perspectivas de mudanças. Dessa forma,

conclui-se que o sistema prisional brasileiro possui falhas em diversas áreas, sobretudo, quando visto à luz da efetivação do direito à saúde mental.

No primeiro momento, viu-se que a Constituição Federal prevê expressamente o direito à saúde como direito universal de todos e impõe ao Estado a sua efetivação por meio de políticas sociais e econômicas que deverão respeitar os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Entende-se que o direito à saúde não se limita à ausência de doença física, mas sim à preservação do indivíduo como um todo, em suas esferas físicas, mentais e sociais. O Estado vem adotando um modelo de encarceramento que alimenta ciclos de violência física e psicológica aos apenados, do que resulta desrespeito às garantias constitucionais e princípios reservados a todos os cidadãos.

No segundo momento, constatou-se que existem algumas políticas públicas voltadas especificamente para a proteção do direito à saúde mental dos apenados. Todavia, elas não são suficientes para garantir a efetividade das referidas garantias, tendo em vista a notória falta de operacionalização do sistema penitenciário. Na verdade, a população privada da liberdade foi levada ao esquecimento pela sociedade, e essa invisibilidade é um fator determinante para a carência e ineficiência das políticas sociais existentes.

Em vista do exposto, torna-se pertinente que seja ampliada a apresentação e debate do tema. Assim, deve haver maior fiscalização se as ações governamentais já existentes estão sendo efetivadas. Deve-se discutir sobre o que não está tendo êxito dentro do sistema carcerário, para que as estratégias utilizadas sejam reformadas ou recriadas, a fim de melhorar as condições das penitenciárias e garantir a efetivação dos direitos da população carcerária, fazendo jus ao estabelecido pelas normas e políticas públicas.

As diversas concepções dos autores e os dados aqui trazidos expõem uma realidade complexa e pouco explorada, não se restringindo à área do direito, pois envolvem temas culturais, sociais, políticos, econômicos e psicológicos. A pesquisa teve por finalidade ampliar o conhecimento sobre os direitos da população carcerária, com o objetivo de incluir essa parcela excluída socialmente e garantir que sejam cumpridas as normas e políticas que visam preservar o direito à saúde mental dessas pessoas.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Manual de direito sanitário com enfoque em vigilância em saúde**. Brasília, DF: CONASEMS, 2019. 116p.

BARCELLOS, Ana Paula. Violência Urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Rev. de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p. 40-65, mai. 2010. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>>. Acesso em: 3 mai. 2020.

BARSAGLINI, Reni. Do Plano à Política de saúde no sistema prisional: diferenciais, avanços, limites e desafios. **Physis:Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 1429-1439, out. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312016000401429&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugenio. **Direito penal contemporâneo: questões controversas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 154-194.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

_____. Lei nº 7.210 de 11, de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 15 abr.2020.

_____. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília (DF): Ministério de Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: < [file:///C:/Users/PC/Downloads/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721\(1\).pdf](file:///C:/Users/PC/Downloads/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721(1).pdf)>. Acesso em: 06 mar.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: 347 Brasília, DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 210 páginas, 2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20347%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>>. Acesso em: 1 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: 841526 Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 101 páginas, 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20>

[841526%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true](#)>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília (DF): Ministério de Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/depen-lanca-infopen-com-dados-de-dezembro-de-2019>>. Acesso em: 06 mar.2020.

_____. Portaria Interministerial nº 1.777, de 09 de setembro de 2003. Ministério da Saúde e da Segurança. **Institui o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário**. Diário Oficial da União, 2003. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2003/pri1777_09_09_2003.html>. Acesso em: 08 abr.2020.

_____. Portaria Interministerial nº01, de 02 de Janeiro de 2014. Ministério da Saúde e da Segurança. **Institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)**. Diário Oficial da União, 2014. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/pri0001_02_01_2014.html>. Acesso em: 08 abr.2020.

_____. Congresso. Câmara dos Deputados. **Dispõe sobre as Regras Mínimas para o tratamento dos reclusos**. 2014. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 20 mai.2020.

_____. Organização das Nações Unidas (ONU). **Dispõem sobre o “lançamento de Regras de Mandela” para o tratamento de prisioneiros no mundo**. 2015. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/onu-lanca-regras-de-mandela-para-o-tratamento-digno-de-prisioneiros-no-mundo/>>. Acesso em:29 mai.2020.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5. ed. Sao Paulo: Atlas, 2015.

COLARES, Lorena; GOMES, J. O. S. O Sistema Penitenciário Brasileiro Frente aos Direitos Humanos Fundamentais. **Rev. Águia**. Minas Gerais: FENORD. p. 180, 2015. Disponível em: <<http://www.fenord.edu.br/revistaaguia/revista2015/?pagina=sumario>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

CERQUEIRA, Paloma Gurgelde Oliveira. Direito humano e fundamental à saúde nos presídios federais Brasileiros e a teoria da transnormatividade. **Brazilian Journal of**

Development, v. 5, n. 1, p. 848-863, 2018. Disponível em: <<http://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/1002/0>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

GOIS, SwyanneMacêdo et al. Para além das grades e punições: uma revisão sistemática sobre a saúde penitenciária. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 5, p. 1235-1246, mai. 2012. Disponível <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000500017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 mai. 2020.

GOMES, Luis Flávio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOFLING, Eloisa de Matos. Estado e políticas (públicas) sociais. **Caderno CEDES**, Campinas, v. 21, n. 55, p. 30-41, nov. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-32622001000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 abr. 2020.

KARAM, Maria Lucia. Psicologia e sistema prisional. **Rev. Epos**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, dez. 2011. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 27 mai. 2020.

LACERDA, Fernando Hideo. Infopen 2017: o Processo Penal de Exceção em números. **Justificando, mentes inquietas pensam direito**, São Paulo, 8 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2017/12/08/infopen-2017-o-processo-penal-de-excecao-em-numeros/#contato>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

LERMEN, Helena Salgueiro et al. Saúde no cárcere: análise das políticas sociais de saúde voltadas à população prisional brasileira. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 905-924, set. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312015000300905&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 abr. 2020.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros Lima. **Direito penal constitucional: a imposicao dos princípios constitucionais penais**. Sao Paulo: Saraiva, 2012.

LISZT, Franz Von. **Tratado de derecho penal**. Trad. por Luis Jiménez de Asúa. ed. 20. ed. alema. 4. ed. Madrid: Editorial Réus, 2007. t. 2, p. 6-9.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NAPOLI, Mark. O Sistema Prisional e o Preconceito Social: uma reflexão sobre o encarceramento no país dos presídios. **Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado**. Minas Gerais: Centro de Ensino Superior de São Gotardo. v.1, n.1, p. 47-55, 2014. ISSN 2446-5658. Disponível em: <<http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional/article/view/153>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEDROSO, Regina Célia. Utopias penitenciárias. **Revista de História**. São Paulo: USP, n. 136, p. 121-137, jun, 1997. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/18816>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

PIMENTA, L. A. A; PAIVA, D. H. S. A Realidade do Sistema Penitenciário Brasileiro Frente aos Direitos Humanos. **Rev. UNIFEG**, Guaxupé - MG, v. 6. n. 1, 2017. ISSN: 2316-6263. Disponível em: <<https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes-ed-antiores.html>>. Acesso em: 4 mar. 2020.

SILVA, M. L. Racismo e os efeitos na saúde mental. In: BATISTA, Luís Eduardo, KALCKMANN, Suzana. **Seminário Saúde da População Negra Estado de São Paulo 2004**. São Paulo: Instituto de Saúde. 2005. p. 129-132. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sec_saude_sp_saudepopnegra.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2020.

TOKUDA, A. M. P. **Psicologia e Sistema Penitenciário: cartografando as atuações da(o)s psicóloga(o)s em uma "instituição total"**. 2016. 376 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia e Sociedade) - Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Assis. 2016.

CONCEITO E FUNÇÃO DA NORMA JURÍDICA SEGUNDO UMA CONCEPÇÃO RETÓRICA

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA: Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO^[1]

Resumo: O objetivo do artigo é analisar o conceito e função da norma jurídica segundo uma concepção retórica. Utiliza-se fundamentação teórica com base na hermenêutica jurídica. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cujo método empregado é o dedutivo. É dedutivo porque é um processo de análise da informação que utiliza livros e artigos científicos para obter uma conclusão a respeito do problema. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas na área de Direito, mais precisamente na área de hermenêutica e introdução ao estudo do direito.

Palavras-Chave: Norma Jurídica. Retórica. Hermenêutica.

Abstract: The objective of the article is to analyze the concept and function of the legal norm according to a rhetorical conception. Theoretical basis is used based on legal hermeneutics. It is a descriptive research, the deductive method used. It is deductive because it is an information analysis process that uses books and scientific articles to reach a conclusion about the problem. The work was carried out through bibliographic research in the area of Law, more precisely in the area of hermeneutics and introduction to the study of law.

Keywords: Legal Standard. Rhetoric. Hermeneutics.

1. Introdução

A construção de “uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo” tem sido alvo do trabalho filosófico do Doutor João Maurício Adeodato, Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Ele se propõe a ressuscitar uma disciplina milenar, esquecida devido ao “progresso” da sociedade e à evolução da ciência. Como consequência do esquecimento da retórica como disciplina de fundamental importância para a Filosofia do Direito e para a Doutrina Jurídica, criou-se, na sociedade contemporânea,

uma Doutrina Jurídica de “transcrição”, cujos autores repetem ideias dos principais teóricos; não contribuindo, assim, para o aprofundamento do conhecimento jurídico.

Faz-se mister, então, uma breve conceituação de Filosofia do Direito e Retórica para que se entenda melhor o problema.

A Filosofia do Direito consiste em investigações filosóficas sobre a realidade jurídica e temas a ela relacionados, como: justiça, validade e legitimidade das normas, liberdade, propriedade, ética, função social do Direito etc. Esses temas e tópicos desdobram-se em questionamentos ainda maiores, como: é direito o que está escrito na lei ou o que os juízes dizem o que é de direito? É legítima a lei rejeitada por seus destinatários (reflexões sobre a norma jurídica)? Quais são os princípios cujos tribunais e constituições se baseiam (reflexão sobre o direito subjetivo)?

Diria Moncada (195, p. 1) que:

A Filosofia do direito não é uma disciplina jurídica ao lado de outras; não é sequer, rigorosamente, uma disciplina jurídica. É uma atividade mental ou ramo da Filosofia que se ocupa do direito; é uma parte, um capítulo particular, se quisermos assim chamar-lhe, da Filosofia. Há uma Filosofia do direito, como há uma Filosofia da arte, outra da religião, outras das ciências, etc., mas só quando ao estudo destes objetos se imprimir uma determinada orientação e eles forem contemplados por nós sob certo aspecto; como há, inclusivamente, uma Filosofia de todas as diferentes manifestações da vida, da atividade e do pensamento humano e de todas as coisas.

A Retórica, “arte da boa fala”, junto com a dialética e a lógica, faz parte da Filosofia, pois se baseia em um estudo estruturado sobre a elaboração do discurso e sua exposição. Relaciona-se também à Filosofia do Direito e ao próprio Direito, já que, a “Arte da Argumentação” visa convencer/persuadir os juristas sobre determinado assunto. Segundo Sousa (2001, p. 50):

[...] a argumentação (ou retórica) - enquanto processo discursivo de influência - deita mão de todos os recursos persuasivos disponíveis e o raciocínio lógico ou quase lógico, a sugestão e até a sedução, não são senão diferentes e interligados modos dela se manifestar. (...) nem a persuasão se mostra incompatível com a dimensão ético-filosófica da comunicação, nem o imperativo da discutibilidade crítica condena, a priori, o recurso ao elemento persuasivo. A

comunicação afirma-se pela eficácia com que cumpre os seus objectivos. Sem eficácia, não passa de um simulacro. Sem persuasão, não se cumpre.

A filosofia retórica, porém, apresenta contradições; quais sejam: opõe-se à verdade ao mesmo tempo em que a pleiteia. A verdade retórica é relativa, constituindo-se como um acordo entre as partes sobre o valor da verdade; por isso é influenciável, autorreferente e volúvel.

Por causa dessas contradições, muitos preconceitos são propagados entre os doutrinadores. Pensa-se que retórica é apenas uma decoração (algo para deixar o discurso mais belo), que consiste apenas em induções e que a postura retórica não se encaixa dentro do conceito de filosofia. Murcho (2012) coloca que:

a retórica de que em geral se fala é a arte de enganar; é a arte de usar todos os dispositivos possíveis para influenciar o auditório, apelando para os seus instintos mais baixos, ou para argumentos que parecem razoáveis mas não o são (as falácias).

Mas, mais do que isso, a retórica constitui-se um importante instrumento de sedução e convencimento, seja no texto oral ou escrito. Além disso, usar retórica é ter uma atitude filosófica porque a retórica se inicia com várias definições sobre o objeto de estudo e sobre a qual escolhemos como mais importante (Russel, 1962, p. 11 - 12):

Uma definição normalmente induz a pensar que o definiens merece uma atenciosa consideração. Por isso uma colecção de definições inclui a nossa escolha (choice) dos argumentos e o nosso juízo sobre o que é considerado mais importante.

Dessa forma, a ideia de uma verdade absoluta sobre todas as coisas é um devaneio. O que ocorre são convenções sobre a verdade e sobre conceitos. Esses pactos são tentativas de se controlar o futuro, embora sejam, muitas vezes, descumpridos. São descumpridos constantemente porque as verdades, sendo relativas, impõem um relato mais verdadeiro do que outro; logo, uma pessoa será mais beneficiada, causando desconforto na outra. A debilidade desses acordos é demonstrada dessa forma.

2. O Apoio nas Perspectivas Científicas Não-Ontológicas

Teorias baseadas no senso comum afirmam que o cérebro percebe o mundo de forma empírica, através de percepções. Dessa forma, todas as percepções

sensoriais seriam iguais, pois, todos veriam iguais cores, iguais formas, iguais texturas; aquele que visse de forma diferente, estaria tendo uma ilusão/decepção perceptiva. Porém, novas pesquisas mostram que o cérebro modifica o ambiente em que estamos; o ambiente passa a ser um dado “construído”, existindo dessa maneira, múltiplas percepções; a realidade e o mundo passam a ser, então, diferentes. Os estímulos provenientes do mundo são transformados em percepções, que chegam ao cérebro na forma de sinapses (sinais bioelétricos) – única forma utilizada pelo cérebro para interpretar o mundo (os sinais hormonais também devem ser transformados em sinais bioelétricos). O cérebro não consegue perceber os órgãos dos sentidos, consegue apenas interpretar as mensagens enviadas por esses órgãos, por exemplo: as impressões visuais decodificadas pelo córtex ínfero-posterior são independentes da imagem real, que nada tem a ver com o seu local de estímulo. O cérebro, dessa forma, constrói sua própria realidade.

Tomando-se como ponto de referência o cérebro humano, a grande variedade de percepções observadas pela experiência sensorial passa a ser evidente, já que os estímulos sensoriais chegam ao cérebro de maneira inespecífica. Devido ao elevado número de possibilidades, torna-se impossível prever a reação cerebral causada por impulsos sensoriais. Por isso, o cérebro não é “aberto ao mundo”, ele é um sistema fechado, interpretando, apenas, as sinapses; não sabendo de onde vêm os significados ou origens desses sinais.

O cérebro percebe o mundo, adaptando-o, para adequar nossas vidas a ele. Cria-se, dessa forma, “ilusões”, que não necessariamente ocorrem em casos programados ou extremos; cita-se o exemplo de que quando vemos determinadas marcas de produtos de “*fast food*”, associamos a marca à comida e ficamos com vontade de consumi-la. Essas ilusões ocorrem todos os dias, constantemente.

O ato/processo de aprendizagem humano (cognição) pode ser dividido em vários setores; dentre eles, existem três áreas intimamente relacionadas ao processo de percepção do mundo: a área do pensamento – incluindo aí as emoções e a imaginação; a área das experiências corporais – como dor, calor e frio; e a área de como o cérebro percebe o mundo circundante e os objetos. Mesmo sendo sutil a linha que separa esses três setores, geralmente conseguimos distingui-los com certa precisão. De acordo com Cury (2008, p. 9 - 22):

A primeira área é mais profunda, refere-se aos fenômenos inconscientes que atuam em milésimos de segundos no resgate e na organização das informações da memória e consequentemente na construção de pensamentos e emoções. Essa produção é registrada milhares de vezes por dia pelo

fenômeno RAM (registro automático da memória), construindo a plataforma que forma o EU, que é a expressão máxima da consciência crítica e capacidade de escolha. Tudo o que percebemos, sentimos, pensamos, experimentamos, tornam-se tijolos na construção dessa plataforma de formação do Eu.

A segunda área se refere ao corpo das complexas variáveis que influenciam em pequenas frações de segundos os fenômenos que leem a memória e produzem os pensamentos, imagens mentais, ideias e fantasias. Entre essas variáveis destaco “como estou” (estado emocional e motivacional), “quem sou” (a história existencial arquivada nas janelas da memória), “onde estou” (ambiente social), “quem sou geneticamente” (natureza genética e a matriz metabólica cerebral) e o “como atuo como gestor da psique” (o Eu diretor do roteiro de nossa história).

[...]

A terceira grande área da inteligência se refere aos resultados das duas primeiras áreas. Nessa área se encontram os comportamentos perceptíveis, capazes de serem analisados, avaliados, aferidos. Nessa área se evidencia a rapidez de raciocínio, o grau de memorização, a capacidade de assimilação de informações, o nível de maturidade nos focos de tensão, bem como os patamares de tolerância, inclusão, solidariedade, generosidade, altruísmo, segurança, timidez e empreendedorismo.

Quando muitas pessoas começam a agir da mesma maneira, e essa atitude passa a ser aceita por todos, essa conduta começa a ser considerada “normal”; seria considerada loucura se apenas uma pessoa a fizesse. Psicopatas passam a considerar suas ações tão legitimadas quanto as ações das outras pessoas. As observações quanto as ações/attitudes tem de ser feitas de um ponto de vista externo para que se possa separar o “normal” do “anormal”. Entre o cérebro humano e o mundo exterior existe algo que os separa. Essa separação é feita pela linguagem. O cérebro humano e o próprio ser humano, porém, não conseguem perceber essa mediação, pois percebemos o mundo como um dado empírico. É nisso que consiste a autorreferência da retórica: não haver um ponto de referência objetivo e externo em relação à linguagem.

A realidade constitui-se, dessa forma, como a descrição aparentemente mais verdadeira da realidade. E possui o poder aquele que tem autoridade moral para modificar, ou legitimar, essa descrição (esse tipo de poder é chamado de “poder da razão”). Todos temos algum poder, pois ter poder é, de certa maneira, controlar ou exercer o mínimo de influência sobre a sociedade ou uma parcela dela. Contudo, se todos temos poder, então todos nos influenciaremos mutuamente o tempo todo. Para melhor entendermos o sistema social, diferenciamos as pessoas entre aquelas que têm mais poder e aquelas que têm menos poder; aquelas podendo pactuar com estas de forma que as prejudique. Por causa disso, a Filosofia Retórica intercede/atua em favor da extinção do poder. Ela pretende que o mínimo de poder seja acumulado pelas pessoas.

3. Conceito Retórico de Norma Jurídica

Ocorre na linguagem o fenômeno do abismo gnosiológico. Os fatos são únicos, irrepetíveis e incognoscíveis. A linguagem falha ao tentar descrevê-los, nem com todas as palavras do mundo se pode descrever um fenômeno tal como ele é. A linguagem gera ambiguidades, vagezas e lacunas nos sentidos, nas palavras e nos conceitos. Além disso, existe a porosidade, que se dá quando um conceito muda, evolui, adquire outro significado.

Partindo desse ponto de vista, não é correto dizer que o conceito de norma deve estar de acordo com a conceituação da Escola da Exegese francesa, ou de acordo com a conceituação da Escola do Direito Livre. O conceito de norma, assim como o conceito de qualquer outro significante, adquire outros sentidos de acordo com a época, o lugar e a pessoa que a conceitua.

A Filosofia do Direito, assim como a semiótica e a Retórica, se preocupa com a conceituação de norma jurídica. Esta, a partir de certo momento, passou a ser quase um sinônimo de “Direito”. Dessa forma, é preciso definir norma jurídica quando se define Direito; não exatamente respondendo “o que é” norma jurídica, mas sim verificando quais são os diversos usos que ela pode assumir de acordo com a concepção de cada jurista.

Para a Escola da Exegese francesa (Legalista), Norma Jurídica é sinônimo de Lei (existe aí a univocidade da linguagem). Quem cria o “direito” neste caso é o Legislador – o juiz, julgador, nunca cria o direito -, sendo a interpretação sempre literal.

Por outro lado, a Escola Histórica e também a Escola do Direito Livre (chamadas de Realistas), dizem que a Lei é só um texto, é apenas uma das formas de expressão linguística da Norma Jurídica (é o significante da Norma). O julgador (não só os juízes

serão julgadores), nesse caso, sempre criará a Norma, que surge durante a decisão e tem garantia após a decisão ser legitimada. A Lei passa a ser uma forma de justificar a decisão, e não uma forma de encontrá-la. Para as Escolas Sociológicas (Realistas), o que vale em uma Norma é sua efetividade (não só sua validade). Para essa corrente jurídica, portanto, o Direito Estatal passa a reconhecer o Direito Alternativo; pois este possui efetividade, enquanto que o aquele possui apenas validade.

É necessário também que se diferencie Norma Jurídica de Norma Não-Jurídica. A Norma Jurídica possui características inatas, são elas:

a) Bilateralidade ou Alteridade

Não há direito para uma das partes sem que exista direito para outra. A Norma Jurídica regula a conduta de um ou mais sujeitos em relação à conduta de outro ou outros indivíduos. Esta característica deve ser entendida em seu sentido axiológico, pois em seu sentido ôntico, todas as formas de condutas humanas são bilaterais, pois a bilateralidade requer a participação de dois ou mais indivíduos.

Gusmão (1986, p. 105) define essa característica da seguinte forma:

As normas jurídicas disciplinadoras de condutas são bilaterais, sendo, portanto, a bilateralidade sua nota específica. Geralmente, sua *forma* típica é imperativa, geral e abstrata. Compõe-se, em regra, de preceito e sanção. Na norma penal é perfeita essa estrutura, pois consta do "preceito", que define o crime, e da "sanção", que estabelece a pena. Já em outras, as sanções podem se encontrar em outra parte da lei ou em outra lei.

Cretella Jr. (1984, p. 35), por sua vez, coloca dessa forma:

Quando se diz, portanto, que a bilateralidade é conotação típica da norma jurídica, o vocábulo bilateral designa o sentido da relação, o traço axiológico, valorativo, deontológico que ocorre e não o mero aspecto da intersubjetividade social, que está presente também no mundo do relacionamento ético.

b) Heteronomia

Esta é a possibilidade de a norma se impor sobre seus destinatários independente da vontade destes, podendo até ser contra o querer dos destinatários.

A norma jurídica representa o querer da autoridade da qual teve origem, ou seja, do Poder Legislativo. Segundo Betioli (2001, p. 89):

[...] uma vez que são elaboradas por terceiros, as normas de direito podem coincidir ou não com as convicções que temos sobre o assunto. No entanto somos obrigados a obedecê-las, devemos agir de conformidade com seus mandamentos. E para o direito basta a adequação exterior do nosso ato à sua regra, sem a adesão interna.

Com outras palavras, ao direito é indiferente a adesão interior dos sujeitos ao conteúdo das suas normas; ele quer ser cumprido com a vontade, sem a vontade ou até mesmo contra a vontade do obrigado. Nem todos, por exemplo, pagam o imposto de renda de boa vontade; no entanto, o direito não exige que, ao pagá-lo, se o faça com um sorriso nos lábios; a ele basta que o pagamento seja feito como ordenado: na época prevista, de acordo com a alíquota estabelecida etc.

Isso significa que as normas jurídicas são impostas, valem objetivamente, independente da opinião e do querer dos seus destinatários. Na lição de Reale (1984:49), é essa "validade objetiva e transpessoal das regras jurídicas, às quais é indiferente a adesão interior dos sujeitos ao seu conteúdo, que se denomina "heteronomia" do direito (do grego *heteros* = outro, e *nomos* = lei); significa sujeição ao querer alheio, a leis exteriores.

c) Coercibilidade

A coercibilidade de uma norma é consequência de sua heteronomia. Se uma norma não depende da vontade de quem a ela se submete, então ela deve ser empregada compulsoriamente (se não cumprida). A Norma Jurídica é imposta pelo Estado, e se não cumprida, este pode empregar uma pressão psicológica conhecida como *vis compulsiva*, ou até mesmo empregar a violência: *vis corporalis* ou *vis materialis* (Betioli, 2001, p. 90).

O direito, à diferença das demais normas éticas, surge aparelhado com a força para se fazer cumprir, impondo-se quando necessário. Caso não observemos voluntariamente o que ele determina, corremos o risco de ser compelidos, "forçados", pelos agentes do Estado, a cumprir o que é

determinado por suas regras. Há, pois, um elemento distintivo do direito: a força organizada em defesa do seu cumprimento.

d) Imperatividade

Toda norma de conduta é imperativa, pois todas contém um mandamento. A Norma Jurídica é um imperativo atributivo. É imperativo porque ordena, impõe uma conduta ou proíbe uma ação; e é atributivo porque confere algum direito a alguém. Toda Norma Jurídica contém um preceito e uma sanção (Betiolí, 2001, p. 88).

O direito essencialmente é imperativo, porque sua norma traduz um comando, uma ordem, uma imposição para fazer ou deixar de fazer alguma coisa. A regra do direito cria, pois, uma obrigação jurídica, um dever jurídico, cuja observância é urgida pela sociedade. Não se trata, portanto, de mera descrição ou mero aconselhamento. As normas jurídicas não foram enunciadas para ser contempladas, mas sim para ser cumpridas, prevendo-se concomitantemente a consequência do seu não cumprimento, no que consiste o seu caráter preceptivo ou imperativo.

As normas não serão jurídicas quando não atenderem a esses requisitos, ou seja, serão normas não-jurídicas as normas religiosas, morais, políticas etc.

Faz parte dos objetivos das normas o controle do futuro, a redução da complexidade futura, entendendo-se por complexidade todas as possibilidades que o Direito considera possíveis. A Norma, por isso, é um dever-ser; ela diz o que deve acontecer no futuro e quais as consequências caso alguém se desvie do comando da Norma. A sua legitimação se dá antecipadamente; dessa forma, quando a sanção for aplicada, o destinatário da Norma terá de aceitá-la (aceitar tanto a Norma quanto a sanção, não podendo se escusar por não conhecê-las).

4. Conclusão: Função Social da Norma Jurídica

A incerteza sobre o futuro e a complexa rede de possibilidades que esse tem deixa o homem inquieto. A Norma atribui para si então a função de "controle" do futuro, dos conflitos futuros e o controle do comportamento "normal" do homem. O sistema normativo tem um bom desempenho porque encara as possibilidades como algo cuja existência pode ser constatada de modo indiscutível e que irá realmente ocorrer.

As Leis e as Normas lidam com possibilidades reais e atuais, pois uma Lei que normatiza um evento impossível é uma Lei que não serve para nada; além disso, as Leis que normatizam comportamentos que não são mais comuns (do séc. passado, por exemplo) são Leis obsoletas.

O ser humano é o único animal que tem consciência de si próprio, de sua própria existência. É o único que sabe que morrerá, e esse saber causa angústia e desconforto. Daí surge a Filosofia (com o Existencialismo e outras correntes), a Psicologia, a Psicanálise; disciplinas que foram criadas para tentar consolar o ser humano e dar um sentido a sua vida/existência. A promessa faz parte desse consolo, pois com ela podemos "controlar" o futuro, ou pelo menos, comportamentos futuros. Contudo, a capacidade de prometer se liga a outras duas capacidades: perdoar e mentir. De nada funciona a promessa para eventos passados, então, para o ser humano ficar em harmonia com essa extensão temporal. A faculdade de mentir opõe-se a faculdade de cumprir a promessa. Para Adeodato (2011, p. 44), "*a promessa estabiliza o futuro e remedia a imprevisibilidade da ação; o perdão estabiliza o passado e remedia a irreversibilidade dos atos humanos; e a possibilidade da mentira cria a necessidade da promessa.*" A promessa e a Norma surgem então para diminuir a quantidade de possibilidades de ação, contudo cada escolha que fizermos abrirá mais possibilidades, e, com o surgimento de mais possibilidades, criaremos mais promessas e mais Normas (transformando este, em um trabalho infindo).

A complexidade do futuro angustia o homem, este, então, trabalha para diminuir essa complexidade. A ética e a religião trabalham para diminuir essa complexidade futura; entretanto, em sociedades menos diferenciadas, elas perdem espaço. O subsistema jurídico acaba por tomar para si toda a responsabilidade dessa normatização do futuro. A normatização baseia-se na linguagem, que é codificada pelo amor, pelo dinheiro, pela amizade e outras formas de comunicação, sendo o direito uma delas. O jurista, para exercer seu trabalho com competência e ética, precisa conhecer todo esse sistema. A Filosofia Jurídica e a Retórica Jurídica oferecem as ferramentas necessárias ao jurista para que ele entenda esse sistema.

Referências Bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. *UMA TEORIA RETÓRICA DA NORMA JURÍDICA E DO DIREITO SUBJETIVO*. São Paulo: Noeses, 2011.

BATISTA, Rosângela de Fátima Jacó e COSTA, José Pereira da. *INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO*. Juazeiro: Ed. e Gráfica Franciscana, 2006.

BETIOLI, Antonio Bento. *INTRODUÇÃO AO DIREITO*. 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. *INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO*. Rio de Janeiro. Companhia Editora Forense. 1984.

CURY, Augusto. *O CÓDIGO DA INTELIGÊNCIA*. 4ª Reimpressão. Rio de Janeiro. Ediouro. 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO*. 11ª Edição. Rio de Janeiro. Companhia Editora Forense. 1986.

LEGUIZAMON, Hector. *FILOSOFIA: ORIGENS, CONCEITOS, ESCOLAS E PENSADORES*. São Paulo. Escala Educacional. 2008.

MONCADA, Cabral. *FILOSOFIA DO DIREITO E DO ESTADO*. Vol. I. Parte Histórica, São Paulo. Livraria Acadêmica Saraiva S/A Editora. 1950.

MURCHO, Desidério. *A ARGUMENTAÇÃO NA COMUNICAÇÃO EMPRESARIAL*. Disponível em: <http://critica.no.sapo.pt/fil_comunicacaoempresarial.html>. Acesso em: 26 de março 2020.

PLEBE, A. e Emamuele, P. MANUAL DE RETÓRICA. S. Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 48-50.

RUSSEL, B. e Whitehead, A.. PRINCIPIA MATHEMATICA, Cambridge, 1962, pp 11-12.

SALDANHA, Nelson. *FILOSOFIA DO DIREITO*. Rio de Janeiro. Renovar, 1998.

SOUSA, Américo de. *A PERSUASÃO*. Covilhã. Editora Universidade da Beira Interior. 2001.

NOTAS:

[1]Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, Professora de Direito Constitucional e Hermenêutica da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco – AEVSF, advogada.