

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1140

(Ano XV)

(04/03/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

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. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

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: Bacharelanda 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

QR Code do Volume 1140



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1140, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 334. *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Inconstitucionalidade da taxa judiciária
Kiyoshi Harada, 08

ARTIGOS

O poder de polícia ambiental e a responsabilidade estatal

Laura Timponi Medeiros, 11.

Aprendizagem profissional e sua contribuição na ressocialização de adolescentes em medidas socioeducativas

Vilma Jesus de Oliveira, 27.

Soluções para compor os conflitos oriundos do uso anormal da propriedade no direito de vizinhança

Amanda Nicole Aguiar de Oliveira, 40.

A insustentável pretensão de negar curador ao nascituro

Eduardo Luiz Santos Cabette e Danilo de Almeida Martins, 59.

O uso do verbo to be na comunicação jurídica em língua inglesa

Thiago dos Santos Rocha, 99.

A proteção jurídica do consumidor no âmbito do e-commerce e suas aplicações no município de Santa Fé do Sul – SP

Thais Tonizioli Maschio e Laura Lima Bassoli, 109.

A visão platônica sobre os estrangeiros e os reflexos na sociedade atual com o olhar aos Refugiados

Cibele Goncalves Gallego, 121.

Princípio da intranscendência da pena e a maternidade no contexto prisional

Allan Diego Andrade Santos, 129.

Alienação parental e as dificuldades na convivência familiar

João Pedro Ferreira Rodrigues, 147.

Comentários ao Artigo 7º Do Decreto N.º 8.327/2014: Uma análise histórica e sistêmica da Convenção de Viena Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) sob a perspectiva jurídica e arbitral brasileira

Jorge Hilton Vieira Lima, 155.

O acesso ao canabidiol para uso medicinal à luz dos direitos fundamentais

Thalisson Diego Rizzo, 181.

O direito à segurança social e as plataformas de trabalho digital: crônica de uma morte anunciada?

Bianka Zloccowick Borner de Oliveira, 243.

A dualidade entre a força do direito e as autoridades frente a diferentes núcleos sociais e culturais

Marina Bortoletto Moreno, 266.

Judicialização e efetivação de direitos sexuais e reprodutivos infantojuvenis: reflexões sobre o aborto legal

Camila Costa Reis Rodrigues, 277.

A deficiência visual no direito previdenciário: reflexos da Lei nº 14.126/2021

Amanda de Paula Sérgio Santos, 292.

O cabimento do recurso adesivo nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: Uma análise à luz dos princípios da celeridade, da informalidade, da simplicidade e da economia processual

Vivianne Oliveira de Andrade, 307.

Reflexão sobre a tutela antecipada: da flexibilização do provimento frente à prova inequívoca da verossimilhança da alegação

Thais Karine de Lima Xavier Arruda, 320.

INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA JUDICIÁRIA

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Justo no País em que se coloca o acesso ao Judiciário como direito fundamental cobra-se uma taxa escorchante para o ingresso em juízo, o que faz do Brasil o país que sustenta o Judiciário mais caro do mundo.

Muitos deixam de ingressar em juízo por falta de recursos financeiros em situações que a justiça gratuita não tem aplicação.

De fato, um proprietário de imóvel, que não é uma pessoa pobre economicamente, pode não ter recursos financeiros para arcar com as custas judiciais.

Conheço uma pessoa residente no exterior, credor de valor expressivo que desistiu de ingressar em juízo no Brasil em vista do altíssimo valor que deveria recolher no ajuizamento da ação.

As custas no Brasil geralmente variam de 1º a de 2% incidindo sobre o valor da causa. Não há trava, de sorte que uma causa de valor elevado fica praticamente inviável para as pessoas físicas. No Estado de São Paulo o valor das custas é no mínimo de 5 (cinco) e máximo de 3.000 (três mil) UFESPs – Unidades Fiscais do Estado de São Paulo, segundo o valor de cada UFESP vigente no primeiro dia do mês em que deva ser feito o recolhimento.

Para o exercício de 2023, o valor da UFESP é de R\$ 34,26, tanto na inicial, quanto na apelação. Logo em SP a trava é de R\$ 102.780,00.

De conformidade com os dados levantados pela AASP, o relatório elaborado pelo CNJ, em 2019, aponta o Estado de São Paulo como o 2º Estado com custas judiciais mas caras. É que o teto de 3.000 UFESP não é o teto geral, mas, um teto por ato processual praticado. Se a parte tiver que ingressar com apelação terá que pagar até outras 3.000 UFESP, que somados às custas iniciais de R\$102.780,00, atinge um total de R\$205.560,00, um valor exorbitante ao alcance da possibilidade financeira de poucos. E mais, segundo os

mesmos dados divulgados pela AASP, São Paulo situa-se em primeiro lugar no que se refere à participação das custas nas despesas realizadas pelo Judiciário, ou seja, 46%, contra o percentual que varia entre 9º até 24% em relação aos demais Estados da Federação. A AASP prevê que esse quadro será piorado quando for aprovado o PL nº 752/21, de autoria do TJSP que se acha em tramitação na ALESP.

Outrossim o levantamento feito pelo Migalhas, recentemente, concluiu que as taxas judiciárias no Brasil sofrem uma variação de até 1.200% de um Estado para outro.

Segundo essa pesquisa, o recordista na cobrança de custas exorbitantes é o Estado do Piauí, que cobra R\$ 8.881,99 considerando uma causa de R\$ 100 mil. Apesar disso, no Piauí o valor da trava é bem menor que a de SP. Nas causas acima de R\$ 1.000.000,00, o valor das custas está limitado a R\$ 14.340,84, enquanto em SP é de R\$ 102.780,00)[1]. Esse Estado é seguido de perto por Paraíba (R\$ 6.968,75), Bahia (R\$ 5.916,32) e Goiânia (R\$ 5.786,91).

O Estado de São Paulo ficou em penúltimo lugar com R\$ 1.000,00, ao passo que o Distrito Federal ficou em último lugar com R\$ 674,37.

A mesma pesquisa feita pelo Migalhas revelou que o Distrito Federal tem a maior renda per capita do País, com R\$ 2.513,00, ao passo que o Estado de Alagoas tem a menor renda per capita ao mesmo tempo que cobra a 13ª taxa judiciária mais alta do País.

São Paulo tem a renda per capita de R\$ 1.836,00 e cobra uma taxa de custas iniciais de R\$ 1.000,00, considerando uma causa de R\$ 100 mil reais, portanto, taxa menor que a renda per capita.

Qual a razão de tanta disparidade?

Se a taxa tem finalidade remuneratória dos custos dos serviços prestados, ela não deveria ser fixada de forma proporcional ao valor da causa.

Afinal, o custo da atuação judiciária é o mesmo para julgar uma causa de, digamos, R\$ 1.000,00 ou uma causa de R\$ 200.000,00.

Isso significa que os Estados estão utilizando a taxa judiciária como sucedâneo de imposto inominado que é inconstitucional.

Ora, disfarçar um imposto com o nome de taxa não elimina a eiva de sua inconstitucionalidade.

Urge, pois, que a lei nacional regule essa matéria em nível de norma geral de direito tributário, uniformizando a sua cobrança, bem como de sorte a preservar a natureza jurídica da taxa de serviços, que tem a função de remunerar o custo provável da atuação estatal, e não função arrecadatória como os impostos em geral.

O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL E A RESPONSABILIDADE ESTATAL

LAURA TIMPONI MEDEIROS: Bacharela em Direito – Turma 2018/1 do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves – UNIPTAN e pós-graduanda em Direito e Processo Administrativo - Turma VII 2021/2022 da Universidade Federal do Tocantins – UFT.¹

RESUMO2: Este trabalho tem como tema o poder de polícia ambiental e a responsabilidade estatal no que tange às atribuições da Administração Pública. Desse modo, a pesquisa tem como objetivo principal analisar a responsabilidade estatal, no exercício do poder de polícia, na proteção ao meio ambiente e sua efetividade, sob a ótica dos dispositivos legais existentes. Para a melhor compreensão do tema, foram também definidos os seguintes objetivos específicos: dissertar a respeito da proteção ao meio ambiente determinada pela Constituição Federal; apresentar o conceito de poder de polícia ambiental e o seu campo de atuação de acordo com as normas administrativas e dissertar a respeito as sanções administrativas ligadas ao poder de polícia ambiental. Nessa perspectiva, a metodologia de pesquisa adotada constitui-se por um estudo descritivo e de abordagem qualitativa, baseado em fonte bibliográfica. Os resultados demonstram e reafirmam a importância do exercício do poder de polícia ambiental e a relevante responsabilidade estatal no exercício de suas atribuições, dada a importância constitucional da proteção ao meio ambiente enquanto bem jurídico tutelado para a sociedade e para as gerações futuras.

Palavras-chaves: Poder de Polícia Ambiental. Proteção ao Meio Ambiente. Responsabilidade Estatal.

ABSTRACT: The theme of this work is the power of the environmental police and the state's responsibility with regard to the attributions of the Public Administration. Thus, the main objective of the research is to analyze state responsibility, in the exercise of police power, in the protection of the environment and its effectiveness, from the perspective of existing legal provisions. For a better understanding of the theme, the following specific objectives were also defined: to speak about the protection of the environment determined by the Federal Constitution; present the concept of environmental police power and its field of

1 Contato: lauratmedeiros@hotmail.com

2 Esse artigo científico foi desenvolvido dentro das atividades do Curso de Especialização em Direito e Processo Administrativo - Turma VII 2021/2022 da Universidade Federal do Tocantins - UFT, sob orientação da Prof^a. Me. Juliana de Oliveira Sales.

action in accordance with administrative norms and discuss administrative sanctions linked to environmental police power. From this perspective, the research methodology adopted consists of a descriptive study with a qualitative approach, based on a bibliographic source. The results demonstrate and reaffirm the importance of the exercise of environmental police power and the relevant state responsibility in the exercise of its attributions, given the constitutional importance of protecting the environment as a legal right protected for society and for future generations.

Keywords: Environmental Police Power. Environment Protection. State Responsibility.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE: BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA; 3. O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL: CONCEITOS E ATRIBUIÇÕES; 4. AS SANÇÕES APLICÁVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR MEIO DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A exploração do meio ambiente ocorre na história da humanidade desde os primeiros registros da existência humana, seja para a subsistência e manutenção da vida de forma essencial, até para a exploração e comercialização de recursos minerais.

Contudo, verifica-se que a exploração desenfreada da riqueza extraída do meio ambiente e a ausência de preocupação inicial com a sua preservação, em confronto com os interesses econômicos, trouxeram à tona uma necessidade de proteção legal ao meio ambiente, tendo em vista que este é essencial para a manutenção da vida.

A esse respeito, após a ocorrência de diversos estudos ao redor do mundo, o meio ambiente passou a ser matéria de normas, eventos e conferências que defendem a sua preservação, reafirmando a necessidade de proteção legal, tendo em vista a sua natureza de bem comum de todos, o que acabou influenciando na criação de regulamentos para a sua exploração em diversos países.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira norma constitucional promulgada em nosso país que faz menção ao meio ambiente reconhecendo-o como um bem comum e evidenciando o dever estatal e dos cidadãos em protegê-lo, uma vez que dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos e essencial à qualidade de vida dessa e das futuras gerações.

O exercício do Poder de Polícia, nesse contexto, pode ser compreendido como toda e qualquer atividade desempenhada pela Administração Pública limitando ou disciplinando a conduta individual, em razão de interesse público. Logo, o Poder de Polícia Ambiental trata-se do Poder de que está investido ao estado a fim de regulamentar e

proteger o meio ambiente das possíveis condutas lesivas que possam vir a ser cometidas pelos cidadãos.

Nesse viés, tendo em vista a necessidade do respeito ao princípio da legalidade para ocorrência da atividade estatal, infere-se que o exercício do Poder de Polícia se dá em observância às normas e regulamentos de Direito Ambiental vigentes, razão pela qual se mostra relevante a análise de tais dispositivos para entender a efetividade do instituto jurídico em nosso país e a responsabilização estatal no exercício dessa atividade.

Essa temática e a compreensão da responsabilidade estatal na proteção ao meio ambiente por meio do exercício do Poder de Polícia se demonstram relevantes, dada a importância da proteção a esse bem jurídico tanto para a atual geração como para as futuras, uma vez que a sua preservação é essencial para a qualidade de vida dos seres vivos.

Diante dessa perspectiva, o problema de pesquisa levantado para impulsionar a realização deste trabalho é: “como funciona o Poder de Polícia Ambiental e qual a responsabilidade da Administração Pública na proteção ao meio ambiente?”

Visando responder a esse questionamento, o objetivo geral definido é analisar as atribuições e efetividade do Poder de Polícia Ambiental na proteção ao meio ambiente.

Desse modo, para a melhor elucidação da temática, os objetivos específicos levantados consistem em: dissertar a respeito da proteção ao meio ambiente determinada pela Constituição Federal; apresentar o conceito de Poder de Polícia Ambiental e o seu campo de atuação de acordo com as normas administrativas; e dissertar a respeito das sanções administrativas ligadas ao Poder de Polícia Ambiental.

Sendo assim, a metodologia de pesquisa adotada consiste na realização de um estudo qualitativo e descritivo, no qual apresenta-se o contexto em que se enquadra a proteção ao meio ambiente em nosso ordenamento jurídico, a legislação pertinente e a efetividade do exercício do Poder de Polícia por parte dos entes federados, através de uma análise dedutiva da problemática e com base em fonte bibliográfica de pesquisa.

Diante do exposto, o artigo científico estrutura a fundamentação teórica apresentando inicialmente a proteção constitucional dada ao meio ambiente e os dispositivos legais ligados a essa matéria; em seguida, apresenta o conceito de Poder de Polícia Ambiental e suas atribuições e, além disso, disserta sobre as sanções administrativas previstas para essa atividade estatal.

Por fim, a pesquisa apresenta a análise do instituto e sua efetividade, apurando a responsabilidade estatal na proteção ao meio ambiente diante de todos os conceitos e fundamentos legais apresentados.

2.A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE: BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A Constituição Federal de 1988 dispõe a respeito da tutela ao meio ambiente e confere ao estado as atribuições necessárias para o exercício do Poder de Polícia Ambiental. Nesse sentido, salienta-se que garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado é de suma importância para a sociedade, haja vista a necessidade de sua preservação para a existência humana, já que o homem depende dessa relação com um meio ambiente equilibrado para continuar vivendo (BARBOSA, 2014).

A Constituição Brasileira de 1988 dispõe expressamente 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.

Da análise do dispositivo legal mencionado, identifica-se a existência de importantes aspectos a serem pontuados, quais sejam, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é de todos, existe um dever do estado e da coletividade na proteção do meio ambiente e são necessárias normas visando assegurar a efetividade da preservação desse direito ao ambiente ecologicamente equilibrado por parte do Poder Público.

Tal dispositivo legal, verdadeira norma basilar do Direito Ambiental pátrio, é um marco constitucional que torna o meio ambiente ecologicamente equilibrado tanto uma garantia como um dever do Poder Público em protegê-lo por meio normativo.

Para Silva (2015, p. 118), o advento da Constituição Federal de 1988, representou um marco na história do direito ambiental, vejamos:

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais com a elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente, tema que permeia todo o texto constitucional. A constitucionalização do meio ambiente no Brasil proporcionou um verdadeiro salto qualitativo em relação às normas de proteção ambiental. Os grandes princípios ambientais são içados ao patamar constitucional, assumindo um posto eminente, ao

lado das grandes liberdades públicas e dos direitos fundamentais. A Carta Magna de 1988 inova, portanto, em relação às Constituições anteriores, que apenas abordavam os recursos naturais sob o enfoque utilitarista, e nunca protecionista.

A esse respeito, infere-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe um novo panorama para a proteção ambiental no Brasil, determinando que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos e dever do Poder Público, sendo um direito fundamental.

Fiorillo (2019,p.57), por sua vez, complementa a respeito dos aspectos mencionados no texto constitucional afirmando que é possível se extrair quatro concepções do artigo 225 acerca do direito ambiental previsto: a) todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado refere-se a um bem comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida deste, criando assim, o denominado bem ambiental; c) a Constituição federal determina tanto ao poder público quanto à coletividade o dever de defender este bem ambiental e preservá-lo; d) a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não somente às presentes, mas às gerações futuras.

Para uma análise mais aprofundada do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, nota-se a necessidade de normas complementares a fim de assegurar tal determinação legal, uma vez que diversos fatores tornam complexos a proteção ao meio ambiente, sendo a contraposição aos interesses econômicos, um dos mais determinantes.

Sampaio e Rezende (2020, p.284), analisam o dispositivo constitucional da seguinte forma:

Dada a imprecisão semântica do “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, o legislador e o juiz têm de recorrer aos domínios da técnica e da ciência para disciplinar de modo adequado seu conteúdo. Entretanto, para que seja respeitado o conteúdo essencial desse direito, é preciso que alguns princípios sejam considerados, especialmente porque, quase sempre, a tarefa de concretização envolve um “trade-off” com outros interesses, notadamente de expressão econômica.

Observa-se que, embora o Direito Constitucional reconheça a proteção ambiental como uma garantia constitucional, é necessária a intervenção de outros ramos do direito para assegurá-la. Isso porque, apesar de os doutrinadores entenderem o direito a um meio

ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, sua proteção não foi assegurada de forma eficiente sem a intervenção de normas mais efetivas para esse fim (CUSTODIO E VIEIRA, 2015).

Nessa perspectiva, salienta-se que, ainda no texto constitucional, existe a previsão de condutas e atividades consideradas lesivas, para as quais são aplicadas as sanções previstas na legislação pátria. A esse respeito, dispõe o § 3º do art. 225 da Constituição Federal:

§ 3º 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.

Observando o contexto histórico, nota-se que embora a Constituição Federal de 1988, tenha sido a primeira a tutelar constitucionalmente a proteção ao meio ambiente como direito fundamental, outras legislações já existiam, a fim de proteger o meio ambiente, uma vez que o legislador identificou que o desenvolvimento da economia representava um risco de degradação de áreas florestais e ambientais.

Neste ponto, necessário uma breve contextualização dos principais dispositivos ambientais anteriores à Constituição Federal.

No ano de 1605 surgiu o Regimento do Pau-Brasil, primeira normativa no campo ambiental no Brasil, voltada à proteção e preservação das florestas brasileiras, exigindo licença para exploração da madeira e fixando sanções.

Dispõe o parágrafo 1º do Regimento do Pau-Brasil:

Parágrafo 1o. Primeiramente Hei por bem, e Mando, que nenhuma pessoa possa cortar, nem mandar cortar o dito páo brasil, por si, ou seus escravos ou Feitores seus, sem expressa licença, ou escrito do Provedor mór de Minha Fazenda, de cada uma das Capitânicas, em cujo dstricto estiver a mata, em que se houver de cortar; e o que o contrário fizer encorrerá em pena de morte e confiscação de toda sua fazenda. (Sic)

Em 1797, a criação da Carta Régia trouxe à tona a carência de proteção aos rios, nascentes e encostas, que se tornaram propriedades da Coroa Portuguesa. Posteriormente, em 1799, foi instituído o Regimento de Corte de Madeiras, cujo conteúdo impôs rígidas normas para a derrubada de árvores.

No ano de 1916 foi sancionado o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, que apesar de refletir uma visão patrimonial, trouxe avanços, como a proibição de construções capazes de poluir ou inutilizar água de poço ou fonte alheia: "*art. 584. São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar para o uso ordinário, a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistente*".

O primeiro Código Florestal e o Código das Águas, em 1934, se mostram como um grande avanço na legislação ambiental, impondo restrições à propriedade privada. No ponto, o ainda vigente Código das Águas determina "*art. 98. São expressamente proibidas construções capazes de poluir ou inutilizar para o uso ordinário a água do poço ou nascente alheia, a elas preexistentes*".

Já em 1965 passa a vigorar o novo Código Florestal, que ampliou as políticas de proteção e conservação da flora, tendo como maior novidade o estabelecimento da proteção das áreas de preservação permanente, necessária inovação legislativa após o avanço da pecuária e agricultura.

Os Códigos de Caça, de Pesca e de Mineração, bem como a Lei de Proteção à Fauna surgem no ano de 1967, como uma preocupação com o meio ambiente, passando a ser crime a captura de animais silvestres, a caça profissional, o comércio de espécies da fauna e de produtos originários de sua caça.

Observa-se que tais normais anteriores regulamentavam a natureza para a exploração econômica, estabelecendo como a natureza poderia e deveria ser explorada. Apenas com a PNMA e com a Constituição de fato é que a lógica se inverte, se protege a natureza porque ela tem um valor intrínseco, não porque é economicamente importante, mas porque é biologicamente valorosa, como se vê a seguir.

Em meados de 1980, é editada a Política Nacional do Meio Ambiente visando regulamentar atividades que envolvam a sua preservação, conforme dispõe o art. 2º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser

necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;

VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;

VIII - recuperação de áreas degradadas;

IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;

X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Nesse viés, observa-se que um dos princípios introduzidos pela Política Nacional de Meio Ambiente, iniciada com a entrada em vigor da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, é exatamente a ação do governo na manutenção do equilíbrio ecológico considerando o meio ambiente como um patrimônio público que carece ser protegido pelo interesse coletivo envolvido.

Por fim, no final da década de 80 é promulgada a Constituição de 1988, a primeira a dedicar um capítulo específico ao meio ambiente, com caráter efetivamente protetivo.

Diante do exposto, resta claro que a evolução normativa visando à proteção ambiental ocorreu de acordo com o contexto histórico vivenciado no país.

Cabe acrescentar que, ainda sob o aspecto de proteção florestal, atualmente encontra-se em vigência a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que estabeleceu o atual Código Florestal Brasileiro, cujo objetivo é o desenvolvimento sustentável, tendo como base os princípios previstos nos incisos do § único, do art. 1º da mencionada legislação:

I - afirmação do compromisso soberano do Brasil com a preservação das suas florestas e demais formas de vegetação nativa, bem como da biodiversidade, do solo, dos recursos hídricos e da integridade do sistema climático, para o bem estar das gerações presentes e futuras; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

II - reafirmação da importância da função estratégica da atividade agropecuária e do papel das florestas e demais formas de vegetação nativa na sustentabilidade, no crescimento econômico, na melhoria da qualidade de vida da população brasileira e na presença do País nos mercados nacional e internacional de alimentos e bioenergia; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

III - ação governamental de proteção e uso sustentável de florestas, consagrando o compromisso do País com a compatibilização e harmonização entre o uso produtivo da terra e a preservação da água, do solo e da vegetação; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

IV - responsabilidade comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em colaboração com a sociedade civil, na criação de políticas para a preservação e restauração da vegetação nativa e de suas funções ecológicas e sociais nas áreas urbanas e rurais; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

V - fomento à pesquisa científica e tecnológica na busca da inovação para o uso sustentável do solo e da água, a recuperação e a preservação das florestas e demais formas de vegetação nativa; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

VI - criação e mobilização de incentivos econômicos para fomentar a preservação e a recuperação da vegetação nativa e para promover o desenvolvimento de atividades produtivas sustentáveis. (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

A esse respeito, infere-se que o próprio Código Florestal dispõe a respeito da responsabilidade comum entre os entes federados e da sociedade para a criação de políticas para a preservação e restauração da vegetação, relacionando a necessidade de proteção do meio ambiente com a manutenção das atividades agropecuárias no Brasil com a importância da preservação das florestas e demais vegetações nativas.

Necessário mencionar, por fim, que há uma grande discussão em torno da promulgação do Código Florestal de 2012, vez que foi considerado como um grande retrocesso em vários pontos, alguns colocados em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 e da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 42.

No mais, o STF declarou a inconstitucionalidade de somente dois dispositivos do referido Código e concluiu por determinar a interpretação conforme a Constituição.

Dessa forma, por todo o exposto verifica-se que a legislação ambiental passou e passa por um caminho de avanços e retrocessos, de modo que talvez seja vista com lentes excessivamente otimistas e ignorando a realidade, como por exemplo, rompimentos de barragens, garimpo ilegal, excessivo desmatamento e entre outras degradações ambientais.

3.O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL: CONCEITO E ATRIBUIÇÕES

Para a compreensão do conceito de Poder de Polícia e a aplicabilidade no âmbito ambiental, inicialmente torna-se necessário abarcar a sua aplicabilidade quando se fala em Administração Pública.

A esse respeito, um dos atributos do Poder de Polícia é a discricionariedade, no entanto, sempre vinculado à lei.

Na concepção do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2015), insta salientar que o Estado deve intervir em qualquer setor da sociedade seja pela competência vinculada, seja pelo comportamento discricionário fiel ao implemento da lei. Assim, conceitua o Poder de Polícia como sendo a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos.

Nessa perspectiva, o art. 78 do Código Tributário Nacional apresenta o conceito de Poder de Polícia como uma atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Logo, pode-se dizer que o poder de polícia administrativo se conceitua como a função administrativa que disciplina a liberdade e propriedade dos indivíduos, impondo limites (deveres de não fazer) e encargos (deveres de fazer), de modo preventivo ou repressivo, visando adequar a conduta aos interesses da coletividade.

Di Pietro (2018) ressalta que devido a ser uma atividade típica do Estado, o Poder de Polícia não pode ser delegado, pois somente a Administração Pública tem legitimidade para exercer a função repressiva ou de prevenção nesse aspecto.

No que tange à legalidade, infere-se que o Poder de Polícia, embora seja legítimo do Estado, deve ser pautado por justificativas e normas, visando que os atos exercidos não sejam considerados abusivos e possam ser contestados. Logo, no exercício do Poder de Polícia limitador deve-se observar o princípio da legalidade, sempre pautado pela preservação do bem comum (MEDAUAR,2018).

Pode-se dizer que tal conceito e as atribuições do Poder de Polícia têm evoluído através das práticas do Direito durante a história. Do Poder de Polícia entendido como conceito geral foram surgindo as aplicabilidades específicas dessa função estatal, sempre se pautando na proteção do bem comum. Nesse aspecto, infere-se que a criação de normas de proteção ambiental acarretou na ocorrência do dever de polícia por parte do Poder Público, voltado para a proteção do meio ambiente, uma vez que se trata esse de um bem comum de interesse público.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 809), o poder de polícia pode ser conceituado em sentido amplo como a "*atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos*"; e em sentido estrito como "*as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais*"; *compreende apenas atos de Poder Executivo*".

Além disso, pautados pela vertente do interesse público, pode-se dizer que a responsabilidade para o exercício do Poder de Polícia Ambiental deve recair sobre todos os entes federados, sendo de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme preconiza o art. 23 da Constituição Federal.

Tal dispositivo emprega legitimidade para que todos os entes federativos promovam a proteção ambiental, sendo certo que todos possuem responsabilidade e dever para promover a conservação do meio ambiente diante da importância da tutela ambiental.

4.AS SANÇÕES APLICÁVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR MEIO DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

A discricionariedade estatal em determinar o que cada cidadão pode ou não fazer em matéria ambiental está ligada à legitimidade Constitucional dada aos entes federados para regulamentar e exercer o Poder de Polícia visando proteger o meio ambiente.

Tal legitimidade não pode ser delegada por se tratar de uma atividade típica do Estado que, pautada pelo Princípio da Legalidade, pressupõe a necessidade de criação de leis que venham a cercear as condutas dos legitimados, visando a proteção do interesse coletivo ligado ao meio ambiente (DI PIETRO, 2018).

Essa discricionariedade está também relacionada à oportunidade e à conveniência no exercício do poder de polícia, devendo os entes federados aplicarem sanções administrativas visando essencialmente o interesse público.

A esse respeito, cumpre destacar que quando tratamos de poder de polícia de cunho ambiental, a legislação prevê que possuem competência para exercer e instaurar processos administrativos funcionários de órgãos ambientais ligados ao SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), conforme preveem os artigos 70 a 76 da Lei nº 9605, de 12 de fevereiro de 1998 e o Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008.

Logo, as sanções administrativas previstas para condutas que representam ofensa ao meio ambiente estão elencadas no art. 72 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total de atividades;

X – (VETADO)

XI - restritiva de direitos.

Dessa maneira, verifica-se que a Administração Pública poderá exercer o poder de polícia aplicando as sanções administrativas retromencionadas, sendo necessárias atividades de fiscalização de condutas que possam ser lesivas ao meio ambiente para a efetiva aplicabilidade dessas sanções.

Antunes (2016) esclarece que devido à determinação de competência comum entre os entes federados para exercer o Poder de Polícia Ambiental existem diversos órgãos visando o seu exercício, sendo certo que eles compõem a estrutura do SISNAMA. Nessa perspectiva, salienta-se que o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA) é a autarquia federal que visa formular e implementar políticas públicas ambientais visando a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável (IBAMA, 2022).

A Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, promoveu alterações na Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, ditando que as principais atribuições do IBAMA são: *“I - exercer o poder de polícia ambiental; II - executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; e III - executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente.”*

Desse modo, verifica-se a legitimidade dada pelo legislador para que não só o IBAMA, mas a Polícia Ambiental, ANVISA, CTN-Bio, Ministérios da Saúde e Meio Ambiente, MAPA e outros diversos órgãos possam exercer o Poder de Polícia Ambiental em nosso país.

Visando sanar quaisquer dúvidas do cidadão ao lidar com o órgão fiscalizador ambiental, o legislador editou ainda a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, que regulamenta a competência comum dos entes federados em matéria ambiental, trazendo as normas de cooperação.

Diante do exposto, nota-se que a principal intenção do legislador é a consolidação de um sistema descentralizado para o exercício do poder de polícia ambiental no qual os entes federados podem exercer e legislar a respeito das condutas que representam ofensa ao meio ambiente visando protegê-lo mesmo em confronto com os interesses socioeconômicos, oportunidade em que fica evidente a responsabilidade do Estado em realizar essa atribuição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a trazer em debate a responsabilidade da Administração Pública no exercício do Poder de Polícia Ambiental, através de estudo a respeito da legislação vigente sobre essa matéria.

Desse modo, com o intuito de se realizar uma análise sobre a responsabilidade estatal no exercício das atribuições do Poder de Polícia, dissertou-se sobre a evolução histórica dos dispositivos ambientais, além da previsão constitucional de proteção ao meio ambiente, uma vez que este é reconhecido como bem comum e um direito de todos previsto no art. 225 da Constituição Federal.

Nessa mesma linha de raciocínio foi realizado um levantamento bibliográfico a respeito do conceito e atribuições do Poder de Polícia no âmbito Administrativo, no qual evidenciou-se a legitimidade de todos os entes federados para exercê-lo, bem como a indelegabilidade deste poder, uma vez que se trata de uma das principais funções estatais.

No que tange à legislação vigente, infere-se que tanto a Constituição Federal quanto as legislações especiais a respeito dessa matéria visam proteger o meio ambiente de condutas danosas, razão pela qual o Poder de Polícia é exercido de forma preventiva e repressiva. Desse modo, existe regulamentação, em decorrência do princípio da legalidade, visando a fiscalização e sanção das condutas que gerem ofensa ao direito elencado no art. 225 da Constituição Federal.

Diante de todo o exposto, demonstra-se a importância do exercício do Poder de Polícia Ambiental por parte dos entes Administrativos, uma vez que no exercício dessa função Estatal, a Administração Pública evidencia sua responsabilidade com a preservação do meio ambiente, tratando-o como bem comum constitucionalmente legitimado. Infere-se que o Estado utiliza-se do Poder de Polícia de forma preventiva para que os atos lesivos não sejam concretizados, razão pela qual a discricionariedade do Poder Público deve permitir cada vez mais a criação de normas limitadoras e sancionadoras que sejam criadas tendo como fundamento a prevenção de danos ao meio ambiente e o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

Portanto, conclui-se que a Administração Pública possui uma responsabilidade inesgotável no que tange à proteção do meio ambiente, sendo certo que a fiscalização e criação de novas normas para garantir o Direito Constitucional mencionado deve continuar sendo aprimorada.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2016.

BARBOSA, Wallace Souza. **Contribuição de melhoria como instrumento de concretização do estado de direito ambiental**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) – Universidade Federal de Sergipe, 2014. Disponível em: <https://ri.ufs.br/handle/riufs/4122>. Acesso em: 24 jan. 2022.

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

BRASIL. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643compilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.071%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20JANEIRO%20DE%201916.&text=C%C3%B3digo%20Civil%20dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.&text=Art..os%20princ%C3%ADpios%20e%20conven%C3%A7%C3%B5es%20internacionais. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771.htm. Acesso em: 02 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm Acesso em: 02 jan. 2022.

BRASIL. **Regimento do Pau-Brasil**, de 12 de Dezembro de 1605. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120328-01.pdf Acesso em: 01 jan. 2023.

CUSTODIO, Maraluce Maria; VIEIRA, Eriton Geraldo. **O desenvolvimento sustentável à luz do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERREIRA, Rodrigo Abe Castro. **As alterações promovidas pelo " novo código" florestal nas área de proteção permanente das faixas marginais dos corpos d'águas.** 2016. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/45892> Acesso em: 03 abr.2022.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do processo ambiental.** São Paulo: Saraiva 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2015, pp. 43-53.

SAMPAIO, J. A. L.; REZENDE, E. N. **Meio ambiente: um direito fundamental de segunda categoria.** Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 17, n. 38, p. 273-289, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://domhelder.edu.br/revista/veredas/article/view/1875>. Acesso em: 31 jan. 2022.

SILVA, ROMEU FARIATHOMÉ. **Manual de Direito Ambiental.** Salvador: JUSPODIVM, 2015).

APRENDIZAGEM PROFISSIONAL E SUA CONTRIBUIÇÃO NA RESSOCIALIZAÇÃO DE ADOLESCENTES EM MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

VILMA JESUS DE OLIVEIRA: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. Especialista em Teoria do Estado, relações privadas e processo pelo Centro Universitário da Grande Dourados-UNIGRAN. Servidora Pública do Ministério Público da União desde 2012.³

RESUMO: O artigo tem por objetivo apresentar o estudo da aprendizagem profissional e sua contribuição na ressocialização de adolescentes em medidas socioeducativas no meio fechado. Esse estudo foi desenvolvido através do método hipotético-dedutivo, com a formulação de uma hipótese e a análise da ocorrência do fenômeno abrangido pelo tema. Foram realizados levantamento de fontes secundárias a fim verificar a efetividade das normas de proteção do adolescente em consonância com os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. O estudo considerou como hipóteses a possibilidade de ressocialização de jovens após o cumprimento das medidas socioeducativas por meio da formação profissional, a possibilidade e efetividade de se oferecer a aprendizagem dentro das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas e a elevação da condição de empregabilidade dos adolescentes após o cumprimento das medidas socioeducativas.

Palavras-chave – aprendizagem profissional, medidas socioeducativas, ressocialização, inclusão social.

Sumário: 1 Introdução. 2. Aprendizagem profissional – contexto histórico. 3. Lei 12.594/2012 – SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) e seus vieses com os princípios constitucionais da proteção integral, do trabalho, da educação e da dignidade do adolescente. 4. Aprendizagem como processo de desenvolvimento de competências e ressocialização de vulneráveis. 5. Aprendizagem profissional como política pública para garantir qualificação profissional e acesso ao mundo do trabalho – o caso desenvolvido pelo MPT/PRT24ª Região. 6. Considerações finais. 7. Referências.

INTRODUCAO

³ E-mail: vilmamortari75@gmail.com

A efetividade das ações de aprendizagem junto as unidades de internação que recebem adolescentes para cumprimento de medida socioeducativa requerem pesquisas e estudos mais aprofundados, a fim de responder aos seguintes questionamentos: Como ressocializar jovens em medidas socioeducativas? Como instituir a aprendizagem profissional dentro das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas? Qual a relevância da aprendizagem profissional para a melhoria da condição de empregabilidade dos adolescentes e para sua ressocialização? É possível o uso de recursos financeiros oriundos de multas e dano moral coletivos resultantes da atuação do MPT?

A doutrina defende que a aprendizagem possibilita a ressocialização de jovens após o cumprimento das medidas socioeducativas privativas de liberdade, bem como possibilita a elevação da condição de empregabilidade do adolescente.

Contudo, a efetivação de aprendizagem profissional nos moldes da lei dentro de unidades de cumprimento de medidas socioeducativas é elementar para garantir os direitos constitucionais relacionados à educação e trabalho, sendo motriz para a ressocialização.

Neste artigo o objetivo geral foi verificar a aprendizagem profissional e sua contribuição na ressocialização de adolescentes sujeitos a medidas socioeducativas, e de maneira específica levantar informações históricas sobre o tema, relacionando-o aos princípios constitucionais de proteção integral, o direito a educação e ao trabalho como vieses para a dignidade desses adolescentes, propondo-se, por fim, políticas públicas voltadas ao cumprimento desses direitos.

A educação é de extrema importância na formação e desenvolvimento de qualquer indivíduo na construção de um futuro digno, e no caso de jovens em cumprimento de medida socioeducativa torna-se sinônimo de ressocialização e reinserção.

Ademais, o direito a profissionalização é considerado direito de personalidade pertencente aos adolescentes e jovens, compreendido em cláusula geral de proteção integral de crianças e adolescentes.

Logo, as medidas socioeducativas devem ter caráter pedagógico, promover o fortalecimento de vínculos familiares e a reinserção do adolescente a comunidade.

Através da aprendizagem se busca assegurar condições efetivas de ressocialização, fomentando ações de inserção de jovem no mercado de trabalho, em emprego digno, dando a oportunidade de uma vida melhor.

Para tanto, necessária a união de forças e mecanismos de atuação dos diversos atores sociais, com vistas a solucionar as barreiras de acesso dos adolescentes em medidas socioeducativas em meio fechado.

O presente estudo será apresentado através da subdivisão do tema nos seguintes tópicos: aprendizagem profissional – contexto histórico; a Lei 12.594/2012 que institui o SINASE e seus vieses com os princípios constitucionais da proteção integral do adolescente, do trabalho, da educação e da dignidade; a aprendizagem como processo de desenvolvimento de competências e ressocialização de vulneráveis e a aprendizagem profissional como política pública de qualificação profissional e inserção do adolescente no mundo do trabalho.

2 APRENDIZAGEM PROFISSIONAL – CONTEXTO HISTÓRICO

O primeiro ato internacional em favor dos direitos das crianças, ocorreu com a Declaração de Genebra, em 1924. Em 1966, o Convenio Internacional de Direito Econômico, Social e Cultural ratificou o ato de Genebra e definiu a infância como um estado que requer uma proteção especial, com direitos diferentes daqueles dos adultos.

A convenção das Nações Unidas para os Direitos da Criança, em seu artigo primeiro dispõe que todo indivíduo com idade inferior a 18 anos, salvo em casos especiais, devem ter seus direitos assegurados em lei.

Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), conforme Convenção nº 60, “a aprendizagem é o meio pelo qual o empregador se obriga, mediante contrato, a empregar, um menor, ensinando-lhe ou fazendo com que lhe ensinem metodicamente um ofício, durante período determinado, no qual o aprendiz se obriga a prestar serviços ao empregador”.

No Brasil, a Constituição Federal permite o trabalho a partir dos 16 anos, exceto nos casos de trabalho noturno, perigoso ou insalubre, para as quais a idade mínima é de 18 anos, e, na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos.

A profissionalização do adolescente é direito constitucional assegurado pelo art. 227 da CF/88, sendo que no âmbito infraconstitucional tem previsão nos artigos 424 a 433 da CLT.

A aprendizagem tem sido considerada importante instrumento de profissionalização de adolescentes, na medida que possibilita sua inserção simultânea no mundo do trabalho e em cursos de formação profissional, com a garantia de direitos trabalhistas e previdenciários

No mesmo sentido, a Lei 11.180/2005 franqueia o instituto da aprendizagem a maiores de 14 anos e menores de 24 anos de idade. E a Lei 10.097/2000 prevê cotas obrigatórias para a contratação de adolescentes e jovens aprendizes na quantidade mínima

de 5% e máxima de 15% do número de trabalhadores existentes em cada estabelecimento cujas funções demandam formação profissional. E mais, o Decreto 5598/2005 regulamenta a contratação dos aprendizes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê o direito a aprendizagem, dando-lhe tratamento alinhado ao princípio constitucional da proteção integral, sendo assegurado ao aprendiz o direito à remuneração, salvo condição mais favorável, equivalente ao salário mínimo hora, FGTS, férias, direitos previdenciários e vale transporte.

O contrato de aprendizagem é um contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em regra, não superior a dois anos, em que o empregador se compromete em assegurar ao aprendiz formação técnico-profissional metódica compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico e o aprendiz se compromete a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

O Decreto nº 9.579, de 22 de novembro de 2018, dispõe no seu artigo nº 44, que aprendiz é o maior de quatorze anos e menor de vinte e quatro anos que celebra contrato de aprendizagem, nos termos do art. 428 da CLT.

A aprendizagem tem sido um mecanismo de promoção do trabalho decente e base de trajetória mais promissora aos adolescentes e jovens, em razão de sua própria configuração de trabalho especial.

Nessa acepção, a formação técnico-profissional de adolescentes e jovens amplia as possibilidades de inserção no mercado de trabalho e torna mais promissor o futuro da nova geração.

O programa de aprendizagem garante ao aprendiz o acesso a conteúdos necessários para uma formação técnica geral e ainda, oportunidade de acesso a tecnologias de informação e comunicação, ao domínio das normas de segurança e saúde no trabalho e aos aspectos relacionados a formação do cidadão.

Assim, a aprendizagem se apresenta como um processo de desenvolvimento de competências capaz de recuperar e ressocializar jovens e adolescentes pertencentes aos grupos considerados de risco e/ou vulneráveis, possibilitando uma alteração na trajetória de vida desses adolescentes.

3 LEI 12.594/2012 – SINASE E SEUS VIESES COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO INTEGRAL, DO TRABALHO, DA EDUCAÇÃO E DA DIGNIDADE DO ADOLESCENTE.

A Lei 12.594/12 instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, regulamentando a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente autores de ato infracional.

Ato infracional é aquele praticado por adolescente com idade compreendida entre 12 e 18 anos, equivalente a um crime, mas que por opção legislativa, e por se tratar de pessoa em situação peculiar de desenvolvimento, não pode ser caracterizado como crime propriamente dito, não sendo passível de responsabilização penal, cabendo nesses casos, a aplicação de medidas socioeducativas, cujo viés é pautado na reinserção social, no fortalecimento de vínculos familiares e comunitários e, não na punição.

O SINASE visa atender aos adolescentes em cumprimento das medidas prevendo ações relacionadas a escolarização, a profissionalização, a cultura, a saúde, ao fortalecimento do vínculo familiar e a reinserção na comunidade.

Dessa forma, as medidas devem ser aplicadas em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e da integral proteção, sendo que possui não apenas uma natureza punitiva, coercitiva, mas, principalmente educativa.

Observa-se que a Constituição Federal de 1988, conferiu tratamento especial e privilegiado as crianças e aos adolescentes, abrigando a denominada doutrina da proteção integral e da prioridade absoluta.

Com isso, restou reconhecida a vulnerabilidade dos adolescentes, exigindo-se do Estado políticas específicas de promoção e defesa de seus direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente passou a disciplinar a proteção integral determinando em seu art. 3º, ser dever do Estado assegurar os direitos capazes de facultar o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual.

Busca-se garantir a proteção integral dos adolescentes e a efetivação de seus direitos fundamentais, por meio de um conjunto de ações que visam reinseri-los na vida social, proporcionando, além de outros, uma educação formal e profissional.

Defende-se que a educação cria condições para que o adolescente se aproprie dos conhecimentos produzidos pelos homens e com isso torne-se mais humanizado.

Para tanto, a Lei do SINASE segue diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal, pelo ECA e ainda, de documentos internacionais que embasam a promoção e a proteção dos direitos da criança e do adolescente no âmbito do sistema de direitos humanos.

4 APRENDIZAGEM COMO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO DE COMPETÊNCIAS E RESSOCIALIZAÇÃO DE VULNERÁVEIS.

Segundo Padovani (2013) estudos demonstram que a reincidência em atos infracionais não faz parte da maioria dos adolescentes, sendo que muitos adolescentes relatam que a Medida Socioeducativa de internação foi um breque, uma imposição que os retirou do movimento de continuidade em atos infracionais.

O ECA garante ao adolescente autor de ato infracional (art. 112) a possibilidade de superar sua condição de exclusão, através de mecanismos que proporcionam uma formação voltada a valores positivos de participação na vida social, sendo a aprendizagem um veículo propulsor a essa inclusão social.

Defende-se que a aprendizagem profissional deve contribuir para a situação de vulnerabilidade dos jovens em cumprimento de medida socioeducativa, possibilitando a formação educacional e simultaneamente a socialização como uma fonte de transformação da realidade dos adolescentes, integrando aspectos afetivo, intelectual e coletivo.

Segundo Costa e Assis (2006) as atividades, sejam elas educacionais, de lazer ou de profissionalização, devem possibilitar a construção de si, representando uma experiência nova na vida dos adolescentes.

Daí ser possível assegurar que a educação tem, pelo menos potencialmente, a capacidade de contribuir para a construção e reconstrução da pessoa, em especial nas situações em que as oportunidades de desenvolvimento são limitadas, como no caso dos jovens em situação de vulnerabilidade social.

Afirma Gonzales (2006) que o fato mais significativo na prática educativa são os vínculos construídos através da palavra, do diálogo, da prática de ouvir e observar o mundo ao seu redor, acrescido do afeto e respeito entre educandos e educadores.

O princípio do interesse superior da criança e do adolescente, segundo Helia Barbosa, 2013:

está associado ao valor da dignidade humana, ou seja, é a própria dignidade inviolável da criança e do adolescente e tem sentido de norma fundamental, porque ultrapassa os limites do ordenamento jurídico, devendo ser respeitado por todos, pelo caráter erga omnes, isto é, direito oponível a todos.

No mesmo sentido, Amim, 2007 destaca que:

no campo formal a doutrina da proteção integral está perfeitamente delineada. O desafio é torná-la real, efetiva, palpável. A tarefa não é simples. Exige conhecimento aprofundado da nova ordem, sem esquecermos as lições e experiências do passado. Além disso, e principalmente, exige um comprometimento de todos os agentes.

Aponta Mariane Josviak e outros, 2017 que:

a inclusão dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em programa de aprendizagem pode ser um dos meios representativos de marco diferencial para um novo projeto de vida, longe de conflitos com a lei.

Na mesma obra, as autoras destacam que a distinção entre a civilização e a barbárie e entre o ser humano e o mero animal, é a educação. Porque entre o fracasso e o sucesso, existe mais do que o necessário empenho pessoal. Existe a necessidade de que todos e todas tenham as condições materiais mínimas para poder pretender existir, para poder participar do jogo da vida.

Leciona Paulo Freire (2006) que:

É preciso que a educação esteja – em seu conteúdo, em seus programas e em seus métodos – adaptada ao fim que se persegue: permitir ao homem chegar a ser sujeito, construir-se como pessoa, transformar o mundo, estabelecer com os outros homens relações de reciprocidade, fazer a cultura e a historia (...).

Em outras palavras, a educação pela aprendizagem profissional possibilita criar os caminhos que indiquem aos adolescentes em situação de vulnerabilidade social, uma saída da exclusão e da marginalidade, uma oportunidade de vida digna e em comunidade.

5 APRENDIZAGEM PROFISSIONAL COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA GARANTIR QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL E ACESSO AO MUNDO DO TRABALHO – O CASO DESENVOLVIDO PELO MPT/PRT24^a

A Constituição Federal e a LC 75/ dispõem que caberá atuação do Ministério Público nas situações que caracterizam violação ou ameaça a direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Assim, diante da não observância do direito a escolarização e profissionalização de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas e em situação de acolhimento institucional deverá o membro do *Parquet* atuar para garantir sua efetivação.

O art. 124, XI do Estatuto da Criança e do Adolescente e as disposições contidas na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo que visam dar atendimento aos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas mencionam ações relacionadas à educação e profissionalização, dentre outras.

Nesse sentido, a Procuradoria Regional do Trabalho da 24^a Região tem desenvolvido projeto de fomento à aprendizagem e qualificação profissional de jovens e adolescentes em situação de vulnerabilidade ou risco social.

Observa-se que cabe ao Ministério Público do Trabalho envidar esforços no intuito de garantir a observância desses direitos aos adolescentes em situação de acolhimento, desenvolvendo ações que possibilitem o acesso ao mundo do trabalho por meio de programas de aprendizagem, atento a toda complexidade e peculiaridade desses jovens.

Dentre os principais objetivos estratégicos de atuação do Ministério Público do Trabalho encontra-se a articulação de entes públicos, órgãos públicos e entidades da sociedade civil com vistas à implementação de políticas públicas que assegure a efetividade dos direitos fundamentais, sendo o motivador do projeto piloto desenvolvido através de procedimento administrativo sob a coordenação da Procuradora do Trabalho, Dra. Simone Beatriz Assis de Rezende.

O projeto piloto apresenta como objetivos: (a) conscientizar as empresas da relevância do escopo da aprendizagem profissional; (b) aumentar o quantitativo de aprendizes profissionais em nosso país; (c) promover articulação entre o MPT e as demais entidades públicas e privadas, inclusive as formadoras de aprendizes.

Salienta-se que a profissionalização pode ser viabilizada não apenas pelo Sistema S, mas também por entidades que tenham reconhecida capacidade técnica para ministrar cursos de qualificação.

Considerando a singularidade da situação, a aprendizagem para os adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas em meio fechado será possível através de parcerias que possibilitem que empresas montem uma estrutura dentro da unidade em que se cumpra a medida socioeducativa ou em ambiente simulado, quando a atividade assim o exigir, com o devido acompanhamento de seus prepostos.

Em que pese a instauração do procedimento ser desde 2016, apenas no ano de 2018 as medidas foram efetivadas nas Unidades Educacionais de Internação no município de Ponta Porã e Campo Grande-MS.

Em novembro de 2018, houve a formatura da 1ª turma do projeto realizado na UNEI Mitai em Ponta Porã, formando 13 jovens no curso de Ocupações Administrativas.

O curso ocorreu no âmbito do projeto Medida de Aprendizagem, entre março e novembro deste ano, após parceria firmada entre o MPT, o Estado de Mato Grosso do Sul, com interveniência da Secretaria de Justiça e Segurança Pública, e o Ministério do Trabalho, por intermédio da Superintendência Regional do Trabalho.

Além disso, o projeto contou com o apoio do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, com mediação da Coordenadoria da Infância e da Juventude, Ministério Público Estadual, Defensoria Pública Estadual, Centro de Integração Empresa-Escola e empresa Guatós, especializada em prestação de serviços em limpeza e conservação.

Além da formação técnico-profissional, o programa prevê registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social; pagamento de salário mínimo hora, férias e gratificação natalina; e recolhimentos previdenciários e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Para participar do projeto, os adolescentes internos devem estar matriculados e frequentando regularmente a escola.

Em Campo Grande, o curso Ocupações Administrativas teve início em outubro de 2018 na Unei Dom Bosco, contemplando 15 adolescentes. O projeto também abrirá uma nova turma na Unei Laranja Doce em Dourados.

O projeto teve o apoio da Procuradoria Regional do Trabalho da 24ª Região não apenas em relação a coordenação do grupo de entidades, mas também com a destinação de recursos financeiros decorrentes de multas e indenizações instituídas em Termos de Ajuste de Conduta e Acordo Judiciais.

O recurso financeiro foi destinado para estruturar as unidades com equipamentos e materiais necessários à capacitação/formação.

Observa-se que a Constituição prevê a atuação do Ministério Público quando houver interesse de crianças e adolescentes sendo violados, mas no caso em tela, a atuação do MP não se restringiu em exigir a atuação do Estado ou o cumprimento da lei pelas empresas empregadoras, mas atuou direcionando recursos oriundos de multas aplicadas para a implementação de curso de formação dentro da unidade educacional de internação.

Nesse aspecto, o MPT não apenas exerceu seus deveres na defesa dos vulneráveis, mas ainda, possibilitou transparência no uso dos recursos de multas, demonstrando para a sociedade a importância de sua atuação para o desenvolvimento social.

Projetos dessa natureza possibilitam a inserção social do aprendiz e a qualificação e visibilidade social das empresas que contratam esses adolescentes, além disso, cumprem com a cota determinada pelo art. 429 da CLT que prevê a obrigatoriedade de estabelecimentos, à exceção da pequena e microempresa, que tenham pelo menos 7 empregados contratar menores aprendizes.

O projeto apontou como fatores relevantes para o andamento do projeto: existência de salas próprias e adequadas à capacitação teórica e prática; o número adequado de equipe técnica para atender o projeto; o engajamento e comprometimento da equipe socioeducativa, a formação dos adolescentes em cumprimento de medidas, dentre outros.

Conclui-se, portanto, que o projeto coordenado pelo MPT possibilitou por meio de parceria com as instituições aptas e pelo investimento financeiro a melhoria na socialização, organização, formação e inclusão dos adolescentes. E que embora incipiente, esse modelo deve ser incentivado e replicado para outras unidades (UNEI) no Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações de profissionalização de adolescentes autores de ato infracional e sua inclusão no mercado de trabalho visa a redução da vulnerabilidade social dos adolescentes e o aumento de sua autoestima, bem como o resgate de sua cidadania, efetivando o princípio consagrado pela Constituição Federal que é o da prioridade absoluta.

Nesse sentido, a importância de se implantarem atividades que promovam formação e qualificação profissional, bem como a promoção da cidadania e o estabelecimento de projetos de vida constituem possibilidades para que os adolescentes empreendam trajetórias menos excludentes.

A prevenção da reincidência e a ressocialização dos adolescentes submetidos a medidas socioeducativas podem ser desenvolvidas através da educação profissional oferecida nas unidades de internação através de parcerias público-privadas de pessoas físicas e jurídicas interessadas nesta questão social.

Sendo necessário criar espaços para que o adolescente mantenha vínculo com a sociedade, diminuindo seu isolamento e seu distanciamento em relação ao mundo fora da unidade de internação. Incluindo-se, também, atividades que prevejam a participação das famílias e da comunidade.

A construção de um novo projeto de vida pelo adolescente em conflito com a lei demanda a contrapartida do Estado, através de políticas públicas capazes de possibilitar a concretização do exercício pleno da cidadania, envolvendo para tanto, a profissionalização e a inserção desses jovens ao mercado de trabalho.

E fundamental que o Estado reforce as políticas públicas voltadas para os adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas, pois apenas pela educação e orientação e que esses jovens poderão vislumbrar um futuro mais digno.

Destaca-se que a medida que projetos são ofertados a esse público, ampliam-se as oportunidades de resgata-los e fortalecer sua estima enquanto cidadão apto a buscar um lugar no mercado de trabalho.

Além disso, dentro das propostas de políticas públicas há de se incluir a formação continuada dos profissionais que atuam no sistema socioeducativo, por meio de cursos e atualizações que os capacitem para a efetividade dos direitos e garantias constitucionais voltadas aos adolescentes.

Fatores que geraram atrasos no projeto: troca constante de diretores das unidades, baixa escolaridade dos adolescentes, falta de informação antecipada quanto a alteração da medida socioeducativa, tendo ocorrido durante o período de realização do curso, a liberação de jovens, ocasionando assim a não conclusão do curso.

Projetos sociais de inclusão, no formato do desenvolvido pelo MPT devem ser estimulados e apoiados, uma vez que promovem grandes mudanças quanto a ressocialização de adolescentes em conflito com a lei.

Por fim, observa-se que a promoção da educação profissional aos adolescentes privados de liberdade não configura um benefício, mas sim, garantia de direitos fundamentais mínimos existenciais previstos na Constituição e nas diversas legislações correlatas, necessários para a efetiva e sustentável ressocialização e reinserção desses adolescentes a comunidade.

6 REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Doutrina da Proteção Integral e Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente**. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Editora Lumens Júris, Rio de Janeiro, 2009. 3ª edição.

APOLINÁRIO, Fátima Regina Guimarães; LIMA, Francisca Rejane Bezerra. **Entre muros: Educação Profissional como Estratégia de Inserção Social para Adolescentes em Privação de Liberdade**. Conhecer: Debate entre o Público e o Privado, v. 1, n. 3, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis Trabalhistas.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm

BRASIL. **Código Civil (2002).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

BRASIL. **ECA.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm

CLEMENTINO, Josbertini Virginio. **Aprendizagem profissional: a Lei que promove trabalho decente para a juventude e desenvolvimento econômico e social para o Brasil.** Política em Foco. Mercado de trabalho: conjuntura e análise. Brasília: Ipea: MTE. ago. 2013.

COSTA, Cláudia Regina Brandão Sampaio Fernandes da; ASSIS, Simone Gonçalves. **Fatores protetivos a adolescentes em conflito com a lei no contexto socioeducativo.** Psicologia e Sociedade, v. 18, n. 3, p. 74-81, 2006.

FREIRE, Paulo. **Conscientização: Teoria e prática da libertação:** Uma introdução ao pensamento de Paulo Freire. 3ª. ed.; São Paulo: Centauro, 2006.

GONZALEZ, Alberto Brusa. **Experiências socioeducativas bem-sucedidas: subsídios para a discussão de políticas públicas nas unidades de internação socioeducativas (UISE).** In: ILANUD et al. (Orgs.). Justiça, adolescente e ato infracional. São Paulo: ILANUD, 2006.

JOSVIK, Mariane, BLEY, Regina Bergameschi. TRAUZYNSKI, Silvia Cristina. **Aprendizagem profissional e direitos humanos: direito fundamental dos jovens à profissionalização.** São Paulo, LTr, 2017.

LIMA, S. M. **Os aprendizes das ruas e a tríade educação, trabalho e cidadania.** Psicologia, ciência e profissão. v. 1. n. 26. p. 106-117, 2006.

LONGUINHO, Isnar Dantas. **Adolescentes em restrição de liberdade na unidade de internação de Santa Maria e o direito a educação: desafios e perspectivas.** Brasília, 2015. http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14573/1/2015_IsnarDantasLonguinho_tcc.pdf

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – aspectos teóricos e práticos.** 4ª ed. ver. atual. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

CNMP. **Manual de atuação do Ministério Público para implementação de aprendizagem e qualificação profissional para adolescentes em cumprimento de**

medidas socioeducativas e em situação de acolhimento institucional. Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2015.

NAVES, Rubens; GAZONI, Carolina. **Direito ao futuro – desafio para a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes.** Imprensa Oficial SP. 2010.

OLIVEIRA, Oris de. **Trabalho e profissionalização de adolescente.** São Paulo: LTr. 2009.

PADOVANI, Andrea Sandoval. RISTUM, Marilena. **A escola como caminho socioeducativo para adolescentes privados de liberdade.** Educ. Pesqui., São Paulo, v. 39, n. 4, p. 969-984, out./dez. 2013. <http://www.scielo.br/pdf/ep/v39n4/10.pdf>

VIEIRA, Sara Rohling. **Contrato de aprendizagem. A relação entre a legislação, a prática e a fraternidade.** Epub, 2016.

SOLUÇÕES PARA COMPOR OS CONFLITOS ORIUNDOS DO USO ANORMAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO DE VIZINHANÇA

AMANDA NICOLE AGUIAR DE OLIVEIRA:

Advogada OAB/AM 16.807, especialista em Direito Civil e Direito Notarial e Registral, MBA em Gestão de Políticas Públicas Municipais e Finanças e Política Fiscal. 4

RESUMO: As relações humanas passaram por inúmeras evoluções até chegar ao nível atual. Como ser sociável, o ser humano passa por conflitos que surgem no momento que há discordância de pensamentos. Por isso, com o intuito de evitar esses conflitos surge o Direito de Vizinhança com o objetivo de criar regras que ordenem o convívio entre pessoas nas relações de vizinhança, dentro da seara dos direitos reais e que possam ser impostas a todos haja vista a obrigação ser própria da coisa. Todavia, quando já estalado o litígio, principalmente se judicializado é necessário que o diálogo seja passível e aplicado. Assim, com o uso da metodologia de pesquisa de revisão de literatura de natureza qualitativa e caráter descritivo, este estudo tem por objetivo geral apresentar as formas alternativas existentes de composição de litígios diante da alta demanda de casos e superlotação de processo no Poder Judiciário para os casos de uso anormal da propriedade, no Direito de Vizinhança. Obteve como resultado desta pesquisa que a estimulação a pacificação dos conflitos civil, com a possibilidade e informação do uso das formas diferentes a imposição da lei, como a conciliação e a mediação são eficientes para a celeridade e eficácia da prestação jurisdicional do Estado.

PALAVRAS - CHAVE: Direito. Alternativas. Composição. Litígios.

ABSTRACT: Human relations have gone through numerous evolutions to reach the current level. As a sociable being, the human being goes through conflicts that arise when there is a disagreement of thoughts. Therefore, in order to avoid these conflicts, the Law of Neighborhood arises with the objective of creating rules that order the coexistence between people in neighborhood relations, within the scope of real rights and that can be imposed on all, considering the obligation to be thing's own. However, when the dispute has already broken out, especially if it is judicialized, it is necessary that the dialogue be amenable and applied. Thus, with the use of research methodology of literature review of a qualitative and descriptive nature, this study has the general objective of presenting the existing alternative forms of composition of disputes in the face of the high demand of cases and overcrowding of process in the Judiciary for the cases of abnormal use of property, in the Neighborhood Law. As a result of this research, it was obtained that the stimulation and pacification of civil conflicts, with the possibility and information of the use

4 E-mail: Amanda.nicoleaguiar@outlook.com.

of different forms of law enforcement, such as conciliation and mediation, are efficient for the speed and effectiveness of the State's jurisdictional provision.

KEYWORDS: Right. Alternatives. Composition. Disputes.

INTRODUÇÃO

Os seres humanos com o passar do tempo e sua desenvoltura social criaram cidades, bairros e a sua convivência criou a figura do vizinho como alguém que está presente no cotidiano. Mas, como todo ser sociável, conflitos são existentes nessa modalidade de convívio. Atualmente, o uso da propriedade obedece a critérios rígidos que permitem a proteção do direito do outro, mas mesmo assim, problemas e discussões são gerados através da convivência mútua.

Com a evolução do Direito cuja missão é regular as relações humanas, várias searas surgiram e uma delas foi um ramo que cuide exclusivamente das relações oriundas da convivência em determinado local e se difere do casamento, ou seja, a vizinhança. O Direito de Vizinhança surge justamente para regular as dúvidas existentes sobre essa forma de convívio cujas peculiaridades não são abrangidas pelas normas gerais, sendo necessário algo mais específico.

As regras criadas para o uso da propriedade que interferem no desenvolver das relações humanas de vizinhança possuem a finalidade de evitar conflitos entre proprietários e conservar o bom convívio social. Tratando-se, portanto, de obrigação *propter rem*, ou seja, a obrigação que acompanha a coisa sendo exigida a quem passar a ser proprietário do bem o dever de urbanidade. Porém, nem todos respeitam essas regras.

O fato comprovador são as inúmeras discussões submetidas ao Judiciário sobre conflitos oriundos do Direito de Vizinhança. Quando isso acontece, se faz necessário que a figura do Estado atue através de sua jurisdição, impondo a lei. Todavia, é necessário que o diálogo exista entre as partes, sob pena de o Judiciário ser palco para desavenças com o mesmo fato gerador. Neste sentido, indaga-se: Quais são as formas de composição dos conflitos oriundos do uso anormal da propriedade no Direito de vizinhança?

Este estudo tem como objetivo apresentar as formas alternativas existentes de composição de litígios diante da alta demanda de casos e superlotação de processo no Poder Judiciário para os casos de uso anormal da propriedade, no Direito de Vizinhança. Possui, ainda, os seguintes objetivos específicos: Conhecer o Direito de Vizinhança e a caracterização do uso anormal da propriedade, compreender os instrumentos jurídicos civis para composição de conflitos e suas aplicações na atualidade e apresentar soluções alternativas para os conflitos sobre o uso anormal da propriedade no Direito de Vizinhança.

Utilizou-se da metodologia de pesquisa o levantamento de dados, revisão de literatura e estudo doutrinários em artigos científicos, por meio da abordagem de natureza qualitativa e caráter descritivo sobre o tema. Usou-se como método de inclusão o lapso temporal da publicação das obras e estudos de 2015 a 2022 e excluíram-se todos os que não se enquadravam neste tempo delimitado. Com o resultado dos dados, desenvolveram-se respostas para o problema da pesquisa em consonância com os objetivos definidos.

Este estudo está dividido em três itens cujos títulos são: 1. Direito de vizinhança e a caracterização do uso anormal da propriedade. 2. Instrumentos jurídicos para composição de conflitos e suas aplicações. 3. Soluções alternativas para os conflitos sobre o uso anormal da propriedade no direito de vizinhança. Todos os itens foram escritos com uma abordagem sistemática em cotejo com os dados levantados.

No primeiro item se abordará sobre as linhas gerais do Direito de Vizinhança e sua importância para a regulação das relações diferentes ao casamento, apresentando a caracterização do uso anormal da propriedade no ordenamento jurídico nacional e com o uso de estudo doutrinários, demonstrando as sanções existentes para as práticas consequenciais da ação ou omissão anormal.

No segundo item, compreendeu-se sobre os instrumentos jurídicos atuais para a composição de litígios existentes no Poder Judiciário e a sua eficácia demonstrada em números extraídos dos dados fornecidos pelos relatórios do Conselho Nacional de Justiça. Por fim, no terceiro item se apresentará as formas de solução alternativas à imposição legal que surge por meio da prolação da sentença, apresentando, ainda, através de dados a sua eficiência diante da alta demanda.

Assim, ao final, resta concluída com a apresentação de soluções alternativas para a composição dos litígios oriundos do uso anormal da propriedade no Direito de Vizinhança, apontando de forma mais específica como combater a repetição de processos e realizando uma justiça mais consensual que permita o diálogo e a compreensão sobre o problema, para que as partes consigam juntas chegar em uma convivência mais harmoniosa e não necessitar mais da prestação jurisdicional do Estado, por meio do Poder Judiciário.

1. O DIREITO DE VIZINHAÇA E A CARACTERIZAÇÃO DO USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

A Constituição Federal de 1988 inaugurou no ordenamento jurídico nacional a perspectiva social das relações humanas, visando diversos princípios que atuam em conjunto para um olhar mais humanizado cujo objetivo é a garantia dos direitos fundamentais a todos. Com essa nova roupagem, toda a estratificação social é observada sobre o prisma do interesse social e humano.

Neste sentido, todo o ordenamento jurídico passou a optar por criação de legislações que sejam capazes de viabilizar a regulação de todas as relações humanas. O Direito Civil passou a abranger todas as relações que não envolvem ilícitos penais, dentre as quais o convívio mútuo também passou a ser objeto de regulação jurídica, focando na propriedade.

Assim, os ramos do Direito Civil passam a propor a propriedade, como constituinte do rol de direito das coisas de natureza real, limitações realizadas em detrimento do interesse individual visando coibir pelos problemas da convivência humana. Neste sentido, surge a atuação do Direito de vizinhança.

Deve-se ter em mente que o direito à propriedade sofre alterações e restrições ao seu exercício mesmo sendo um direito fundamental. Devido às restrições existentes, as quais são oriundas dos interesses coletivos e até individuais, surge o direito de vizinhança para melhorar as relações daqueles que dividem espaços urbanos e até rurais. Gonçalves (2019, p. 348) nos orienta:

As regras que constituem o direito de vizinhança destinam-se a evitar conflitos de interesses entre proprietários de prédios contíguos. Têm sempre em mira a necessidade de conciliar o exercício do direito de propriedade com as relações de vizinhança, uma vez que sempre é possível o avento de conflitos entre os confinantes (GONÇALVES, 2019, p. 348)

Logo, conforme o autor supracitado, não se confunde este ramo do direito civil com as demais regras como servidões e até os limites dados através da usucapião. É, portanto, um ramo próprio cujo propósito de existência permite conceber a imposição limites delineando na boa convivência social, para que as pessoas possam visualizar o bem-estar coletivo.

O ordenamento jurídico brasileiro autoriza cessar qualquer interferência que esteja afetando o sossego, a saúde e a segurança. Assim, não existe mais a ideia de que o uso da propriedade possa ser realizado de forma individual. O que se configura como pilar de atuação do direito de vizinhança com o resultado final de redução dos conflitos entre vizinhos. Tal temática é de suma importância que Carvalho (2021, p. 10) assevera:

A mudança de paradigmas no trato das obrigações de indenizar, especialmente com a ampliação de hipóteses de ressarcimento independente da culpa, contudo, não chega ao ponto de impor, como no caso das relações de vizinhança, que uma atividade lícita seja limitada diante do incomodo causado. O enfoque do estudo

jurídico das relações vizinhança é muito mais o de evitar líder do que solucioná-las, embora este último caso também mereça apreciação (CARVALHO, 2021, p. 10).

Conforme esta perspectiva, a propriedade passa a ser acompanhada de não apenas enfoques econômicos, mas, também, de enfoque social. Com isso, as relações de vizinhança passaram a ser classificadas como obrigações que acompanham a coisa, não sendo algo exclusivo de seus proprietários, mas da própria existência do bem sendo extensiva a obrigação de quem a detém.

Assim, todas as práticas que criem embaraço aos pilares da boa convivência se classificam como uso anormal da propriedade e, conseqüentemente, será cessado. Afirma sobre isso Carvalho (2021, p. 36) que:

O uso anormal é aquele que provoca interferência prejudicial à segurança, ao sossego ou à saúde dos habitantes, sem que haja um benefício para a coletividade. A ideia parte de conceitos legais indeterminados, cujas diretrizes de aplicação levam em conta a natureza da utilização, a localização do prédio, as normas de zoneamento e o limite de tolerabilidade (CARVALHO, 2021, p 36).

O uso anormal da propriedade pode ser caracterizado como toda conduta contrária a lei ou que crie situações elencadas afetando a saúde, o sossego e a segurança. Os atos que causam interferências podem ser classificados em três espécies de atos: ilegais, abusivos e lesivos. Consideram-se ilegais como todos os que obrigam a composição do dano, ou seja, garantem a o direito à indenização, obrigando o ressarcimento ao prejuízo causado a outrem contrariando a lei.

Já os atos abusivos são aqueles que causam prejuízo ao vizinho mesmo que o causador esteja nos limites na sua propriedade. São geralmente barulhos excessivos que acabam atingindo o sossego da propriedade vizinha. Gonçalves (2019, p. 350) alerta que “os atos praticados com o propósito deliberado de prejudicar o vizinho, senão também aqueles em que o titular exerce o seu direito de modo irregular, em desacordo com sua finalidade social” e assim interferem no sossego alheio.

Os atos lesivos podem ser conceituados como aqueles que causam dano ao vizinho mesmo que o agente não esteja usando sua propriedade de forma anormal, ou, ainda, a atividade tenha sido até autorizada, mas que cause algum tipo de interferência na propriedade vizinha. Um exemplo prático desse tipo de interferência são as indústrias cuja atividade produz fuligem, a qual acaba invadindo as propriedades vizinhas poluindo o ambiente mesmo sendo legalmente permitida.

Os atos ilegais e abusivos são abrangidos pelo que dispõe no artigo 1277 do Código Civil, sobre o uso anormal da propriedade cuja importância do dispositivo merece destaque. Ressalva-se a preponderância do interesse público sobre o privado, exigindo que aqueles que dão causas precisam ressarcir os atingidos através de uma indenização cabal. Não é apenas conferido ao proprietário o direito a indenização, mas também ao mero possuidor – seja através de um contrato de comodato ou uso real de superfície – cesse as interferências ilegais e/ou abusivas.

Para se medir os limites da normalidade ou anormalidade do uso da propriedade se deve verificar a extensão do dano ou do incômodo causado, examinar a zona onde corre o conflito, bem como os usos e costumes daquela região e considerar a anterioridade da posse. No tocante a verificação da extensão do dano, é importante salientar que a lei civil confere ao vizinho que possa impedir o incômodo em excesso, todavia não se pode interferir causando o silêncio total.

De semelhante modo, é necessário que se examine a zona onde ocorra o conflito seja analisada em conjunto com os usos e costumes locais para que se averigue o que venha a ser o uso anormal daquelas propriedades, estipulando os limites que não podem ser ultrapassados, pois da mesma forma que os atos que sejam ilegais ou abusivos devem ser cessados não se é tolerado que haja a interferência desnecessária na propriedade causadora. A essa situação a doutrina explica como teoria da interferência prejudicial, afirma Carvalho (2021, p. 45) que:

A teoria da interferência prejudicial é a teoria atualmente adotada no nosso ordenamento jurídico, no artigo 1277 do Código Civil, através de uma cláusula geral, que permite a aplicação do princípio para casos originais, os quais acabam surgindo com a evolução das atividades na sociedade. Em outras palavras, se o ato decorre do normal exercício do direito de propriedade, ainda que ele cause efeitos no imóvel vizinho, ele não pode ser tido como interferente (CARVALHO, 2021, p. 45).

Diante dessa teoria se faz necessário compreender que as relações de vizinhança passam por distinções sobre diversos pontos, como por exemplo a extensão do dano causado, o uso e costume do local onde se situa o imóvel, a relação entre os proprietários e a dimensão da responsabilidade conferida a cada tipo de atividade.

O conflito de vizinhança se origina na interferência prejudicial provocada por ato não necessário de quem detém o poder da coisa e cria obstáculos sobre a execução livre e plena de propriedade vizinha, turbando, assim, a saúde, o sossego e a segurança de outros. Carvalho (2021, p. 56) complementa:

Como corolários desse conceito temos que: a) a interferência deve ser prejudicial, ou seja, se houver interferências, mas se ela não for negativa, não há conflito; b) o ato deve ser desnecessário, daí caracterizando o uso anormal, porque atos necessários decorrem do próprio e regular exercício do direito de propriedade; c) o ato pode ser praticado ou atingir também quem não seja proprietário, mas que exerça sobre um dos imóveis envolvidos posse ou mera detenção; d) os bens jurídicos tutelados são a saúde, o sossego ou a segurança das pessoas (CARVALHO, 2021, p. 56).

Portanto, a caracterização do uso anormal da propriedade precisa preencher requisitos que demonstrem seu potencial lesivo em relação a outros, pois, em sentido contrário, será uma interferência ilegal, fraudando a boa convivência e se tornando um ato passível de responsabilização pelo ordenamento jurídico nacional. É importante ressaltar que o ordenamento jurídico nacional, em seu Código Civil prevê a aplicação de penas para aqueles que causam danos a outrem, de modo a reparar todas as interferências prejudiciais.

Com isso, aquele que causar, por meio de um ato ilícito definido nas linhas gerais dos artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002, passará a ficar obrigado a reparar o dano causado. Assim, todo uso que viola o princípio da função social da propriedade é uma concretização do uso anormal da propriedade, causando danos que serão imputados aos seus responsáveis e estes, por sua vez, nos termos do ordenamento civil, ficarão obrigados a restituir o dano.

O proprietário ou possuidor, portanto, tem o direito de acionar o Poder Estatal através da sua prestação jurisdicional para fazer cessar todas as interferências prejudiciais à segurança, o sossego e à saúde que são provocadas pela utilização da propriedade vizinha. Tal ato de exigir é complementado pelo artigo 1280 do Código Civil de 2002 sob a prerrogativa que "proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameaça ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente".

Assim, o uso anormal da propriedade é combatido pela legislação civil ao passo que se demonstra os impactos lesivos a convivência humana, dentre a qual cria dificuldades insuportáveis a vivência mútua, relacionados aos princípios funcionais da sociedade brasileira, nos termos dos direitos fundamentais exigidos pela Constituição Federal de 1988.

2. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS E SUAS APLICAÇÕES

A convivência humana mútua gera conflitos de diversas esferas, a citar como questões ideológicas, religiosas entre outras formas de divergências. O ser humano, por ser racional naturalmente vive em discussões e ponderamentos que são capazes de criar conflitos entre si. Por essa razão, o conflito não deixa de existir, o que cabe ao Poder Público é atuar na mitigação dos impactos que esses conflitos causam na vida das pessoas em sociedade. Conforme Ribas (2022, p. 29)

A personalidade do individuo é desenvolvida pela influência de sua herança biopsíquica e de sua herança social. Essa confluência produz seres singulares, o que enriquece o campo social por meio da heterogeneidade social, que pode gerar antagonismos e, conseqüente, a instabilidade, o rompimento de vínculos e outras modificações nas relações sociais, decorrentes dos conflitos (RIBAS, 2022, p. 29).

O conflito é uma forma de aprendizagem humana, pois em sua vertente biopsicológica é algo inerente ao ser humano e corrobora para as experiências individuais. Todavia, o quesito limite é extrapolado quando se tem uma grave ameaça ou lesão ao direito de outros, o que necessita da interferência estatal. Por essa razão é necessário que se busque por algo que amenize as formas negativas de impactos que os conflitos trazem as pessoas. Afirma, ainda, Ribas (2022, p. 32):

As especificidades individuais produzem demandas que resultarão nas discussões travadas na esfera pública, de modo que os antagonistas são indispensáveis para o jogo democrático. Em uma democracia "agonística", o consenso não pode ser "artificial", pois deve resultar do conflito entre indivíduos, grupos e seus representantes (RIBAS, 2022, p. 32).

Neste sentido, a sociedade buscou por formas de solução ao impasse que os conflitos geram, passando por uma análise do problema e destinação de uma ordem que realize o consenso de todos os que estão em um litígio. Foi com essa ideia que o Poder Judiciário surge como meio de solução de conflitos, tratando em suas linhas de atuação a discussão com produção de provas e análise da situação uma resolução plausível que atenda os comandos da lei e respeite os direitos e garantias individuais de ameaças e lesões a direitos.

Assim, o Poder Judiciário se tornou o mais comum método de resolução de conflitos no Brasil. Todos os conflitos usam os palcos do Judiciário na busca da resolução através da jurisdição que lhe foi dada. Mas como se sabe com o tempo o Poder Judiciário não conseguiu mais ofertar qualidade aos seus usuários e passou a demorar em cumprir seu

papel. Processos simples levaram anos para ter uma sentença, e, conseqüentemente, a execução do direito do vencedor.

O acesso a justiça, considerado como um direito fundamental que deve ser ofertado a todos passou a sofrer limitações e dificuldades principalmente quando se analisado sob a ótica do princípio da celeridade processual e a duração razoável do processo, itens essenciais e básicos explícitos na Constituição Federal de 1988. O Poder Judiciário, por meio do monopólio da jurisdição, não conseguiu mais dirimir com agilidade e eficiência a superlotação de casos que avocam a sua atuação.

Todavia, métodos alternativos – sejam eles dentro ou fora do Poder Judiciário – surgiram para que houvesse uma maior celeridade processual nos conflitos que apareciam e que cumprisse com os termos constitucionais sobre o assunto que consta no artigo 5º, LXXVII, da Constituição Federal de 1988, como uma solução para os casos de lotação e alta demanda aos conflitos existentes. Corrobora com esse entendimento SALLES (pág. 17, 2019):

O monopólio da jurisdição pelo Estado corresponde a um modelo político consolidado durante o século XIX, que entrou em decadência nas últimas décadas do século XX. Com o aumento populacional, as sociedades se estruturaram em escala de massa, concentraram-se em grandes centros urbanos, tornaram-se vorazes consumidores de bens e serviços e hoje se relacionam em redes, amparados por sofisticados recursos tecnológicos. A transformação social projeta-se para a quantia e o perfil das disputas de interesses e passa a exigir adequados métodos para resolvê-las (SALLES, 2019, p. 17)

Neste sentido, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça criou a Resolução 125 que instituiu a política nacional voltada à pacificação. Foi através dessa Resolução que instrumentos como a conciliação e mediação foram inseridos aos procedimentos judiciais, sendo reclassificados segundo a matéria. Locais como as CEJUSC surgiram como centros de triagem e foi dada legitimidade para os acordos celebrados permitindo que o diálogo seja o protagonista na resolução dos conflitos.

Diante disso, houve uma melhora na condução dos processos logo a celeridade começou a fazer efeito esvaziando as filas de trabalho do sistema do Judiciário. Com esses avanços, o próprio Código de Processo Civil de 2015 começou a englobar em seus princípios a justiça consensual cujo objetivo é a primazia do dialogo e do acordo entre as partes, sem a imposição legal de uma sentença, mas prevenindo que novos processos sobre a mesma matéria possam ocorrer. Segundo Didier (2017, p. 305):

Compreende-se que a solução negociada não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução de litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. O propósito evidente é tentar dar início a uma transformação cultural – da cultura da sentença para a cultura da paz (DIDIER, 2017, p. 305).

Com essa atuação eficaz na promoção da cultura da paz em autocomposições, tem-se com a entrada em vigor da Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça a implementação da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos, os quais reclassificam a ordem de entrada e a tramitação processual dos litígios submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Conforme Didier (2017, p. 306):

Esta Resolução, por exemplo: a) institui a Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse (art. 1º); b) define o papel do Conselho Nacional de Justiça como organizador desta política pública no âmbito do Poder Judiciário (art. 4º); c) impõe a criação, pelos tribunais dos centros de solução de conflitos e cidadania (art. 7º); d) regulamenta a atuação do mediador e do conciliador (art. 12), inclusive criando o seu Código de ética (anexo II da Resolução); e) imputa aos tribunais o dever de criar, manter e dar publicidade ao banco de estatísticas de seus centros de solução de conflitos e cidadania (art. 13); f) define o currículo mínimo para o curso de capacitação dos mediadores e conciliadores (DIDER, 2017, p. 306).

Neste cenário, pode-se conceituar três instrumentos alternativos para a resolução de conflitos: a conciliação, a mediação e a arbitragem. Podemos compreender a conciliação como um método de autocomposição bilateral que consiste na intervenção de um terceiro imparcial que escuta a situação e auxilia as partes analisando o problema e permitindo que haja a resolução do conflito para todos os envolvidos no conflito; o conciliador pode até sugerir possíveis formas de acordo para solucionar o conflito. Tartuce (2019, p. 204-205) afirma que:

A conciliação pode ser realizada antes da instauração do processo ou pode se verificar durante seu curso. Nos últimos tempos vem sendo

estimulada a conciliação prévia dos conflitos, para evitar o crescimento no número de demandas e finalizar ações sem a necessária participação estatal; para tanto, vêm atuando setores de conciliação em tribunais de justiça e câmaras extrajudiciais de autocomposição. [...] Para o Poder Judiciário a resposta, obviamente, tende a ser vista como positiva: promover os meios consensuais é uma forma menos custosa e mais célere de gerir o conflito do que investir no complexo aparato necessário à abordagem contenciosa do mérito das demandas (TARTUCE, 2019, p. 204-205).

Por sua vez, trata-se a mediação de um método autocompositivo bilateral que consiste na intervenção de um terceiro também imparcial, mas que não sugere uma solução apenas instrui a condução pacífica do diálogo para que as próprias partes sejam as protagonistas no processo. Outra particularidade é que este método é usado com pessoas que já possuem um vínculo, como em casos que envolvam direito de família e a reflexão do problema pelas partes faz com as mesmas cumpram espontaneamente a obrigação ali assumida. Essa distinção prática e diferencial também é ratificada pelo artigo 165 do Código de Processo Civil:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Assim, em um ponto diferencial, as partes envolvidas e o respectivo litígio em análise serão filtrados pelas filas de trabalho do Poder Judiciário e levadas ao método de

autocomposição mais adequado ao caso, e, se lograr êxito na composição amigável, o termo de acordo já terá validade com a homologação do juiz da vara em que tramita, melhorando a eficiência e qualidade no tratamento dos casos e na sua celeridade.

A arbitragem, por sua, trata-se de um processo próprio regido em um local fora do Poder Judiciário. De acordo com DIDIER JR. (2017, p. 192), a arbitragem é “uma técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e imparcial”. É um meio alternativo de solução mediante a intervenção de uma terceira pessoa neutra, escolhida em comum acordo entre as partes, especialista no objeto do litígio e que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis.

A cultura da paz, estimulada pela criação da Resolução 125 do CNJ, traz para o ordenamento jurídico nacional uma forma de atuação rápida e eficaz, onde as partes em comum acordo conseguem chegar a um consenso, evitando que tal litígio retorne ao Poder Judiciário. Antes, se era muito comum a possibilidade de se ter uma sentença na qual não se era respeitada e processos “repetidos” retornavam principalmente quando se fala em conflitos de vizinhança.

Com a política da pacificação esses meios alternativos de resolução de conflitos passam a atuar de forma mais ativa, sendo até obrigatório que as partes apresentem se querem ou não, de forma justificada, a audiência para se tentar um acordo pelo uso de algum desses métodos. Não há apenas melhoria para as partes, mas também para aqueles que auxiliam a justiça. Afirma Salles (2019, p. 5- 6)

A resolução consensual de disputas desenvolvida de modo articulado à jurisdição estatal torna necessária alguma reorganização das estruturas judiciárias – o CPC também normatizou. Além de regulamentação profissional de mediadores e conciliadores, com regras para sua certificação e cadastramento, os centros judiciários de solução consensual de conflitos, os CEJUSCS da Resolução n. 125/2010, passaram a compor, com as varas e os cartórios a unidade básica do Poder Judiciário nacional (SALLES, 2019, p. 5-6).

Assim, com essas alternativas dadas, os conflitos oriundos do direito de vizinhança podem ser solucionados de forma eficaz. As partes envolvidas conseguem finalmente conversar sobre o problema que as afligem e não posterga a situação, estipulando soluções que possam ser colocadas em prática logo em seguida a conversa retornando ao ambiente do conflito de uma forma diferente.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da atualização dos bancos de dados estatísticos conforme impõe a Resolução 125, apresenta o Relatório Justiça em Números

(2021, p. 194-195), que em sua edição de 2021 demonstra o uso dos métodos de solução alternativas de conflitos para o Poder Judiciário:

Na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de 15,8%, sendo de 17,7% na Justiça Estadual e de 11,6% na Justiça Federal. Nos juizados especiais a conciliação é um pouco maior que na justiça comum, que alcança 12,5% na Justiça Estadual e apenas 2,2% na Justiça Federal. No primeiro grau, a conciliação foi de 11,7% considerando todos os segmentos de Justiça. As sentenças homologatórias de acordo no segundo grau representaram, em 2020, apenas 0,6% do Índice de conciliação de total de processos julgados. O tribunal com maior índice de acordos no segundo grau é o TRT24, com 6,1% . Porém, isso se justifica pelo fato de que a conciliação é, via de regra, enfatizada em primeiro grau. Quando se chega em segundo grau, já se restaram frustradas todas as tentativas de conciliação de primeiro grau, sendo o reduzido número consequência do fluxo procedimental (CNJ – RELATÓRIO JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2021, p. 194-195).

Com isso, diante dos números apresentados, é possível verificar que não se tem uma solução final para o problema da tramitação processual e a celeridade dos processos que chegam ao Poder Judiciário, mas com o uso dos métodos de solução alternativos a sentença, promovida pela Resolução 125/2010 do CNJ, tem-se que há uma nova movimentação processual na estrutura judiciária, impactando diretamente a melhoria da prestação dos serviços judiciais.

Isso significa um avanço destacado sobre a situação da atenção dada aos processos, demonstrando que o Poder Judiciário, como ator da prestação jurisdicional do Estado, é atuante e sensível a cada tipo de litígio que lhe é submetido. Para tanto, ainda há a necessidade de melhorias e estímulo aos métodos, mas com seu desenvolvimento já se tem resultados positivos que permitem que conflitos sejam analisados e juridicamente resolvidos sem que haja a imposição legal pela prolatação de uma sentença fria. Há uma justiça humanizada.

3. SOLUÇÕES ALTERNATIVAS PARA OS CONFLITOS SOBRE O USO ANORMAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO DE VIZINHANÇA

Após a análise dos pontos acima expostos, deve-se compreender que há várias propostas de soluções para esses conflitos oriundos do uso anormal da propriedade no direito de vizinhança. Mas, precisa-se compreender a extensão dos atos de vizinhança para entender até onde é possível se chegar o dano. Gonçalves (2019, p. 354) assevera:

Assinale-se que o vocábulo vizinhança não se restringe à propriedade confinante, possuindo em direito significado mais largo do que na linguagem comum. Estende-se até onde o ato praticado em um prédio possa propagar-se nocivamente, alcançando via de regra não só os confinantes como também outros prédios próximos (GONÇALVES, 2019, p. 354)

Logo, compreende-se que não são apenas os imóveis limítrofes que podem ser objeto de litígio mais também aqueles que praticam o ato ao ponto de atingir os que não são contíguos. Por isso, os conflitos oriundos das ações ilegais, abusivas ou lesivos são também atingidos pelas regras do direito de vizinhança mesmo que os imóveis relacionados não estejam compartilhando espaços próximos.

Para solucionar os conflitos é necessária a percepção das seguintes possibilidades: Se o incômodo é normal, tolerável, não deve ser reprimido – neste caso a reclamação da vítima deve ser atendida na medida em que o incômodo se torna intolerável. Se o dano for intolerável, cabe ao juiz analisar que sejam determinados os limites normais e auferir as condições relatadas ultrapassam esses limites, segue-se neste ponto o que preceitua o artigo 1.279 do Código Civil vigente.

Também deve ser levado em consideração os casos que não é possível reduzir o incômodo a níveis suportáveis, para tal o juiz deve determinar a cessação da atividade empregando medidas cabíveis para tal. Quando não se é determinada a cessação da atividade, para fazer com que chegue a graus toleráveis o incômodo, será imposta ao causador a indenização cabal em face as vítimas nos termos do artigo 1277 do Código Civil vigente.

Essas probabilidades devem ser levantadas em juízo, mas cabe ressaltar que através da cultura de pacificação instituída pela Resolução 125 do CNJ antes de uma instrução processual com o Juiz, os conflitantes são levados as salas de conciliação e mediação para possíveis acordos através dos diálogos sobre o conflito. É comum, por exemplo, em casos que se enquadrem na Lei de Juizados Especiais que as partes sejam atendidas por conciliadores e que este, por sua vez, levante as hipóteses já faladas acima para que as próprias partes consigam visualizar a origem do problema e espontaneamente consigam chegar a uma solução.

Diante disso, apenas em casos negativos quanto ao acordo – que possui força de título executivo judicial – segue o rito processual. Em muitos casos, quando levado em conta a complexidade do caso, as partes lesadas entram com processo no rito ordinário através da ação cominatória. Gonçalves (2019, p. 355) diz:

A ação apropriada para a tutela dos direitos mencionados é a cominatória, na qual se imporá ao réu a obrigação de se abster da prática dos atos prejudiciais ao vizinho, ou a de tomar as medidas adequadas para a redução do incômodo, sob pena de pagamento de multa diária, com base nos artigos 536, §4º, e 537 do Código de Processo Civil de 2015. Pode a ação ser movida pelo proprietário, pelo compromissário comprador titular de direito real ou pelo possuidor. Se há dano consumado, cabível a ação de ressarcimento de danos. (GONÇALVES, 2019, p. 355)

Essa ação é inclusive é citada como instrumento de tutela dos direitos lesados no Poder Judiciário. Mas vale ressaltar que através desta ação, o causador do dano é responsabilizado através de decisões tomadas pelo Juiz, o que inclusive pode ser através de decisões de liminar ou a própria sentença. Diante disso, o Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul em sede de apelação cível compreendeu:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE VIZINHANÇA. AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO. DIREITO DE VIZINHANÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REPARAÇÃO DE DANOS. O proprietário ou possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam quando provocadas pela utilização de propriedade vizinha, como se depreende do art. 1277 do Código Civil; e obter reparação pelos danos que vier a sofrer, na esteira dos art. 186 e art. 927 do Código Civil. Assim, com todos os arcaouços probatórios necessários o conflito pode ser resolvido através dos instrumentos alternativos à imposição da lei, como a conciliação e a mediação, ou até mesmo a arbitragem. É necessário que a cultura do diálogo permaneça a ponto de se evitar que os mesmos problemas, com as mesmas partes possam retornar ao Poder Judiciário ou até mesmo fora dele. (Apelação Cível, n.º 70082139916, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Moreno Pomar, Julgado em 30-08-2019)

Portanto, o instrumento utilizado para que se faça valer o direito lesado e a devida sanção, além de prevenir que novas lesões ocorram a vítima, é a ação cominatória interposta no Poder Judiciário, em primeiro instância na comarca onde ocorreu o fato. Não exclui o uso dos Juizados Especiais Cíveis para essas ações, desde que os requisitos de propositura – valor da ação e acompanhamento de patrono – sejam devidamente preenchidos.

Em aspectos atualizados, as audiências de composição civil passaram a ser realizadas até em meios eletrônicos. O acesso a justiça para solução de litígios adentrou a seara digital, rompendo com os obstáculos físicos para realização do diálogo, possibilitando que as partes consigam alinhadas aos avanços tecnológicos que a justiça da paz se concretize no cotidiano. Afirmo Franco (2021, p. 65):

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe como novidade a possibilidade de a audiência de conciliação e mediação ser realizada por meio eletrônico, conforme artigo 334, §7º. Essa previsão legal possibilitou a realização de audiências durante a pandemia da COVID-19, que impôs o isolamento e restringiu o funcionamento de repartições públicas no Brasil durante o ano de 2020. O não comparecimento injustificado das partes nas audiências de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da Justiça. Em tal hipótese será cobrada multa de até 2% o valor da causa (FRANCO, 2021, p. 65).

Assim, o princípio norteador que tange as relações do direito de vizinhança assevera que o possuidor ou proprietário desfrute de sua propriedade de forma a não interferir na vida cotidiana de outros, por meio do respeito ao sossego, a segurança e a saúde daqueles que estão ao seu lado. Todavia, quando a convivência ultrapassa essas limitações, o litígio está formado necessitando de uma atuação rápida e eficaz para que se cessem os danos existentes desta relação.

Com isso, os meios de resolução de conflitos alternativos a imposição de sentença é eficaz a dirimir esses litígios, isso porque são conflitos que muitas vezes não necessitam de uma análise complexa com uso de profissionais especializados, mas sim, decorrentes à má administração do bem que causa danos ou incomodo as propriedades vizinhas.

Na implantação da justiça da paz, os acordos realizados em sede de audiências de composição civil, sejam elas de conciliação ou mediação, considerados acordos de boa convivência com imposição de multas por descumprimento de alguma das cláusulas, são eficientes na regulação e restauração da relação entre as partes.

O uso dos métodos alternativos a sentença, dentro do processo judiciário, oportuniza as partes a possibilidade flexível de estar um processo repensado em criar a abertura do diálogo, podendo este ser adentrado por qualquer tipo de ação civil em busca da reparação do dano ou cessar o incômodo ultrapassado pela prática da propriedade vizinha. A título de conhecimento há várias ações ordinárias, como ação cominatória, dano infecto e até a ação de nunciação de obra nova.

Não importa a forma de entrada do processo, com o advento da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o diálogo será oportunizado as partes para que estas possam chegar a uma melhor posição e solução ao problema levado ao Poder Judiciário, gerando assim menos transtornos para quem voltará a conviver.

CONCLUSÃO

Com os métodos de solução de conflitos inseridos no ordenamento jurídico, a imposição da lei através de uma sentença judicial pode ser mais flexível. Devido a isto, os conflitos oriundos do direito de vizinhança passam a ser observados sob o prisma do retorno a convivência. Não é apenas um número de processo que chega ao Poder Judiciário e sim uma história marcada por um litígio e por esta razão não se pode repetir apenas a aplicação da lei a um caso concreto, é preciso mais.

Analisar e permitir que as partes possam ponderar sobre o conflito é o caminho mais eficaz quando se busca soluções sobre conflitos de vizinhança, pois após a audiência – seja ela realizada em qualquer dos ritos judiciais – as partes retornarão para o convívio mútuo e, caso não se seja resolvido o problema, retornarão com as mesmas queixas. Por isso, não se deve ser replicadores de problemas, mas sim pacificadores cuja função é viabilizar o bem-estar social para todos.

Assegurar que os instrumentos de pacificação social, através dos métodos de conciliação e mediação sejam cada vez mais usados é além de tudo cooperar para uma sociedade melhor como cidadãos. Muitas vezes o problema não é complexo, mas devido à falta de diálogo se torna algo muito mais difícil de lidar quanto sua origem, prejudicando que a conversa se sobressaia sobre o problema.

É necessário que não apenas em processos judiciais se permita essa conversa, mas que se leve em consideração todos os pontos necessários de convívio, que as partes consigam desde cedo entender que seus direitos começam onde os direitos alheios terminam. Para isso, os meios de solução alternativas a imposição legal se demonstra eficazes à medida que permitem que as partes resolvam de forma amigável e justa para ambas suas desavenças.

Neste estudo em seu primeiro item obteve como resultado o conhecimento do direito de vizinhança como parte do ramo do direito civil que regula as relações humanas adversas do casamento com a imposição de regras e sanções aqueles que violam a segurança, o sossego e a saúde das propriedades vizinhas e limítrofes, caracterizando o uso anormal da propriedade.

Com isso, foi-se possível observar que não é qualquer tipo de incômodo que é capaz de ser considerado como caracterização do uso anormal da propriedade. Isso significa

dizer que o viver em coletividade impõe ao morador que tolere determinados incômodos advindos da propriedade vizinha, desde que não extrapolem o limite do razoável. E, na hipótese de uso da propriedade ultrapassar os limites da normalidade, ou seja, quando o incômodo estiver dentro dos limites da tolerância, teremos um uso normal da propriedade que devem ser suportados.

No segundo item, tem-se como resultado a compreensão sobre os instrumentos jurídicos para a composição de conflitos e suas aplicações com o advento da Resolução 125/2010 criada pelo Conselho Nacional de Justiça que traz mudanças no tratamento dos casos que chegam ao Poder Judiciário para a prestação jurisdicional do Estado.

No último item, foi-se realizada a subsunção dos métodos de resolução pacificados ao uso anormal da propriedade, demonstrando que estes são eficazes ao passo que se permite o diálogo, apontando que este é melhor que a imposição da letra da lei, tornando o resultado do processo flexível e oportunizando as partes o processo de construção da cultura da paz diante dos acordos de composição civil.

Assim, obteve como resultado final desta pesquisa que a estimulação a pacificação dos conflitos civil, com a possibilidade e informação do uso das formas diferentes a imposição da lei, como a conciliação e a mediação são eficientes para a celeridade e eficácia da prestação jurisdicional do Estado. Sendo, ainda, um tema atual e relevante haja vista que o direito de vizinhança ainda é recorrente e os atos danosos oriundo do uso anormal da propriedade são recorrentes.

Portanto, o presente estudo buscou apresentar métodos alternativos a lei para solução de conflitos de vizinhança que se tornaram tão comum no Brasil, demonstrando como o direito a propriedade pode ser afetado e as possibilidades de compor os litígios para que se tenha sempre a solução que beneficia ambas as partes com o intuito de se evitar que novos conflitos surtem e assim princípios como a celeridade processual – oriundos da Constituição Federal – possam realmente ser aplicada a condução de processos no Poder Judiciário.

Por fim, resta respondido o problema de pesquisa de como e quais são as formas de composição dos conflitos oriundos do uso anormal da propriedade no Direito de vizinhança, com a apresentação e análise, por meio de estudos doutrinários, dados e levantamento de jurisprudências, acerca da conciliação, mediação e até arbitragem como meio de solução de conflitos alternativos a imposição sancionatória da lei. O que foi positivamente confirmada de que estes métodos são eficientes para os casos de uso anormal da propriedade.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Mônica. **Relações de Vizinhança: considerações jurídicas propositivas**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>> acesso em 31/12/2022, às 11:25hs.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

FRANCO, Luciana Pereira. **Os meios alternativos de solução de conflitos são vantajosos para todos os envolvidos?: Uma análise da institucionalização da mediação e da conciliação no Brasil**. São Paulo: Editora Dialética, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva Educações, 2019.

RIBAS, Lídia. **Acesso à Justiça: mecanismos de solução de conflitos e sustentabilidade responsiva**. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Conciliação e Poder Judiciário**. 2019. Disponível em <www.fernandatartuce.com.br> acesso em 27/08/2021 às 16:15h.

TJ-RS-AC: 70082139916, RS. Relator: João Moreno Pomar, Data de Julgamento: 30/08/2019. Décima Oitava Câmara Cível, data de publicação 05/09/2019.

A INSUSTENTÁVEL PRETENSÃO DE NEGAR CURADOR AO NASCITURO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios.

DANILO DE ALMEIDA MARTINS⁵

(coautor)

1-A PRETENSÃO

Em mais um caso de aborto não punível em razão de gravidez originada de estupro, envolvendo agora uma menor de 12 anos no Estado do Piauí, surge nova controvérsia.

A corriqueira nomeação de Curador Especial ao nascituro nesses procedimentos é posta em xeque pela Deputada Federal Sâmia Bomfim. Alega a parlamentar, em pedido dirigido ao CNJ, inexistir base legal para representação de fetos em juízo, bem como não serem eles “sujeitos de direito” a não ser após o nascimento. A Deputada pretende que o Conselho Nacional de Justiça crie “uma diretriz que proíba a nomeação de curadores para defender fetos em casos de **crianças e adolescentes grávidas após estupro**” (grifo no original).⁶ Ainda segundo a parlamentar:

“A nomeação de uma defensora no caso, (...), cria uma ‘colisão de direitos’ entre alguém que legalmente não os tem e de **uma criança vítima de estupro, a quem o Código Penal assegura a possibilidade de interromper a gravidez**” (grifo no original).

7

⁵ Defensor Público Federal, Pós-graduado na Escola Superior do Ministério Público Federal na área do Processo Civil.

⁶ VASQUES, Lucas. Juíza nomeia Defensora Pública para proteger feto de menina grávida pela 2ª. vez por estupro. Disponível em <https://revistaforum.com.br/direitos/2023/1/31/juiza-nomeia-defensora-publica-para-proteger-feto-de-menina-gravida-pela-2-vez-por-estupro-130809.html>, acesso em 06.02.2023.

⁷ Op. Cit.

2-UM ABISMO DE CONTRADIÇÕES E IGNORÂNCIAS FÁTICAS, ÉTICAS E JURÍDICAS

Nietzsche já disse em seus aforismos que “se olhas demoradamente um abismo, o abismo olha para dentro de ti”.⁸

Acontece que muitas vezes, mesmo sem o saber, é impossível a algumas pessoas olhar para o abismo a não ser em frente a um espelho, já que o abismo insondável se acha nelas mesmas.

A pretensão da parlamentar acima exposta revela exatamente isso, ou seja, que suas ideias, ademais compartilhadas por muitos, são um profundo abismo de vazio e paradoxos, absolutamente insustentáveis seja sob o ângulo fático, ético ou jurídico.

Quando se refere a uma “colisão de direitos” para afirmar que na realidade se trata de uma falsa colisão porque o nascituro não teria direitos, tal proposição é tão problemática que se torna até difícil de ser contraditada. Vamos tentar:

Para que a proposição seja admissível deve-se pressupor que o nascituro não tem quaisquer direitos, o que é falso. Outra pressuposição é a de que num procedimento de autorização de aborto impunível já é indiscutível o direito da gestante ao aborto, o que, por obviedade também é falso. Ora, se assim fosse não seria necessário procedimento algum para a realização do aborto, afinal este é praticado por médico e no hospital e não por juízes, promotores, advogados ou defensores públicos no Fórum. Significa dizer que a partir do momento em que há um procedimento judicial para que, após a devida e fundamentada decisão, se autorize *ou não* o aborto, há necessariamente uma “colisão de direitos” a ser ali solvida. Há uma ameaça de lesão a direitos que, por força do Princípio Constitucional da “Inafastabilidade da Jurisdição” não pode ser subtraída da dialética jurisdicional com os corolários do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. É disposto no artigo 5º., inciso XXXV, CF:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

E, no mínimo, há que discutir se realmente o caso se trata de um abortamento impunível e, especialmente, se já não se trata de uma gravidez que não comporta a prática do aborto por normas técnicas já que ultrapassado o limiar entre uma vida intrauterina inviável fora do útero e uma vida humana já em condições de parto e sobrevivência, além da questão de que abortos tardios são ainda mais arriscados para a saúde e a vida da própria gestante. As normas técnicas e as recomendações médicas apontam, nesse ponto, para o período de 20 semanas com possível alongamento até, no máximo, 22 semanas. É isso que indica o texto revisado pelo Prof. Dr. Jefferson Drezzet Ferreira, que congrega as

⁸ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do Bem e do Mal: prelúdio de uma filosofia do futuro*. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 93.

posições do “Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo”, da “Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo” e da própria “Defensoria Pública do Estado de São Paulo”, com divulgação em página do “Ministério Público do Estado de São Paulo”:

“Nos casos de violência sexual, o aborto é permitido até a 20ª semana de gestação, podendo ser estendido até 22 semanas, desde que o feto tenha menos de 500 gramas”. 9

Note-se que por essa mesma motivação o pedido da Deputada é também mal endereçado. Nem mesmo a “lei” pode afastar a Jurisdição e o devido processo legal impostos constitucionalmente. Poderia então alguma “diretriz” do CNJ? É claro que não. Na verdade, a pretensão da parlamentar nem mesmo por ela diretamente poderia ser exercida, ou seja, ela não poderia apresentar um projeto de lei cujo conteúdo fosse sua intenção porque tal projeto de lei seria inconstitucional. Dessa forma, acaba a parlamentar tentando um caminho absolutamente tortuoso, fomentando um ilegítimo ativismo judicial violador da Separação dos Poderes em franco prejuízo ao nosso já tão combatido Poder Legislativo. É algo terrificante assistir uma parlamentar insuflar o ativismo judicial ilegítimo e inconstitucional. Já se viu falar em corporativismo quando um membro de um órgão, poder, profissão etc., exagera na defesa de seus pares e prerrogativas, mas o que se vê aqui é um estarrecedor *corporativismo reverso*, no qual um membro de um Poder incentiva, possivelmente ignorando o que faz, o solapar das prerrogativas do legislativo a que pertence.

É algo paradoxal e até perturbador presenciar pessoas que afirmam que um nascituro “não tem direitos” (sic) num mundo em que se defendem *direitos dos animais*. Em nosso Congresso Nacional já se discute o tema, pretendendo-se atribuir a condição de sujeito de direito a animais. O Projeto de Lei 6.054/19 (antigo PL 6799/13) cria um regime jurídico especial para os animais, possibilitando sua representação em juízo. 10

O referido projeto altera o artigo 82 do Código Civil para afastar a condição de “coisas móveis”, ou melhor, “semoventes” dos animais domésticos e silvestres. Além disso,

9 FERREIRA, Jefferson Drezzet (rev.). Direitos Reprodutivos: “Aborto Legal”. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Aborto_Legal.pdf, acesso em 06.02.2023.

10 SOUZA, Murilo, CHALUB, Ana. Ativistas e criadores divergem sobre projeto que transforma animais em sujeitos de direito. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/817294-ativistas-e-criadores-divergem-sobre-projeto-que-transforma-animais-em-sujeitos-de-direito%E2%80%A8/>, acesso em 06.02.2023. Cf. PROJETO de Lei no Congresso. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1198509&filename=PL%206054/2019%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%206799/2013\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1198509&filename=PL%206054/2019%20(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%206799/2013)), acesso em 06.02.2023.

em seu artigo 3º., estabelece que “os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica sui generis, sendo **sujeitos de direitos** despersonalizados, **dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa**” (grifo nosso). 11

Ademais, é preciso lembrar que vige no Brasil o Decreto 24.645 de 1934 cujo artigo 2º., § 3º., já permite que os animais sejam “assistidos” em juízo pelo Ministério Público e pelos membros das sociedades protetoras dos animais. Pode-se até dizer que o termo “assistidos” não é adequado e que o que se opera, conforme expõe Ackel Filho, é uma “representação atípica”, considerando a “natureza peculiar do sujeito” que exige uma “operação de substituição processual”. 12

E certamente tal projeto e a condição dos animais como “sujeitos” conta com o apoio da Deputada Sâmia Bomfim, que, ao mesmo tempo, nega quaisquer direitos ao nascituro, já que em sua campanha eleitoral uma das plataformas principais sempre foi a “defesa dos direitos animais”. Na rede social Twitter encontra-se propaganda eleitoral da citada política com o título: “Em defesa dos direitos animais: vote Sâmia 5000”. E mais, há ali um vídeo onde a atual parlamentar afirma que “respeita **todos os seres vivos**, inclusive os animais” (grifo nosso). 13 E neste ponto surge novo paradoxo: Como é possível respeitar “todos os seres vivos”, incluindo animais e não respeitar minimamente um nascituro humano? Observe-se que por mais debates que possam existir sobre a questão do aborto, duas coisas são indiscutíveis: um nascituro é um ser vivo e um nascituro é um ser vivo da espécie humana. Nem o abortista mais ferrenho é capaz de contrastar essas afirmações apodíticas.

Essa espécie de contradição ética com o resultado de uma zoologização e/ou reificação do homem na medida em que se antropomorfiza os animais, não é novidade histórica. Já praticamente profetizava Chesterton na década de 1930 que “onde quer que haja adoração de animais, ali existirá sacrifício humano”. 14

Fato é que quando esse fenômeno se nos apresenta tão cruamente é impossível não lembrar do desvelo e dedicação dos nazistas para com a proteção animal, enquanto,

11 Cf. PROJETO de Lei no Congresso. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1198509&filename=PL%206054/2019%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%206799/2013\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1198509&filename=PL%206054/2019%20(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%206799/2013)), acesso em 06.02.2023.

12 ACKEL FILHO, Diomar. *Direito dos Animais*. São Paulo: Themis, 2001, p. 117.

13 BOMFIM, Sâmia. Em defesa dos direitos animais: vote Sâmia 5000. Disponível em <https://twitter.com/samiabomfim/status/1570878016758190085?lang=bg>, acesso em 06.02.2023.

14 CHESTERTON, G. K. *The Uses of Diversity*. London: Methuen & Co. Ltd., 1932, p. 3. No original:

“Wherever there is Animal Worship there is Human Sacrifice”. Também disponível na internet em archive.org : <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.182988/page/n7/mode/2up>, acesso em 06.02.2023.

concomitantemente, perpetravam um dos mais bárbaros genocídios humanos, tratando homens e mulheres como insetos.

Citando inicialmente um trecho de um discurso de Hitler (“Im neuen Reich darf es keine Tierquälerei mehr geben” – “No novo *Reich* não haverá mais lugar para a crueldade contra os animais”), Ferry demonstra que a legislação nacional – socialista foi a pioneira na quebra do paradigma antropocêntrico das leis ecológicas. 15

Nessa toada, entre a zoologização e reificação dos homens e a antropomorfização dos animais, surgem teóricos eugenistas nos Estados Unidos, como a pioneira advogada do aborto, Margareth Sanger, que falava em eliminar “ervas daninhas humanas”. 16 E no seguimento, ao lado do culto aos animais, exsurge o já mencionado “Reich Eugenista de Hitler”, no bojo do qual, antes da chamada “solução final”, consistente na eliminação física direta das pessoas em geral, se utilizou sobremaneira de técnicas de “engenharia racial” como a esterilização e o aborto. 17

Diante desse quadro é perceptível o quão deletério pode ser o fato de que uma pessoa tenha e defenda ideias, mas não saiba de onde elas se originam. E isso é muito comum. Quando se pede a alguém a origem de suas ideias é corriqueiro que a pessoa passe a argumentar em favor delas, mas o que foi indagado não foram as razões, mas as origens remotas e próximas dessas ideias. Na maior parte dos casos as pessoas não têm a mínima noção de onde vieram aqueles fantasmas que habitam suas mentes.

Retornando para o aspecto jurídico da questão é interessante notar que a parlamentar menciona que a simples nomeação de um curador ao nascituro consistiria em “violência psicológica e institucional” contra a mulher.

Levando essa alegação às suas totais consequências, então a nomeação de defensor ou mesmo a sua constituição por qualquer acusado em Processo Penal seria uma espécie de “violência psicológica e institucional” contra as vítimas de crimes, aquilo que se costuma denominar na Vitimologia de “vitimização secundária”, que provém das respostas inadequadas formais e informais obtidas pela vítima, as quais acabam produzindo novos danos para além daquele já sofrido com a prática criminosa. 18 Nessa toada não será

15 FERRY, Luc. *A Nova Ordem Ecológica*. Trad. Luís de Barros. Porto: ASA, 1993, p. 140 – 152.

16 BLACK, Edwin. *A Guerra Contra os Fracos*. Trad. Tuca Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003, p. 231.

17 Op. Cit., p. 449 – 509.

18 BERISTÁIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 103.

difícil chegar à conclusão de que o direito de defesa deveria ser abolido em nome do bem – estar das vítimas (“argumentum ad absurdum”).

No caso em estudo a questão torna-se ainda mais bizarra porque já existe toda uma discussão quanto à penalização do nascituro inocente pela conduta criminosa de terceiro, o que viola a “responsabilidade subjetiva” e o ‘Princípio da Intranscendência das Penas”, que não podem atingir diretamente terceiros inocentes.

Destaque-se, por oportuno, o entendimento de Frederico Marques, o qual, alicerçado no escólio crítico de Leonídio Ribeiro, não comunga do corriqueiro acatamento da permissão do aborto sentimental, apresentando-o como uma ofensa à dignidade da vida humana intrauterina, a qual não poderia ceder espaço a fatores psicológicos da gestante e ao argumento baseado na origem da gravidez ligada à conduta criminosa do estuprador, fatores estes que em nada deveriam atingir a relevância da proteção a ser conferida à vida humana inocente. Afinal, em nosso ordenamento, a pena de morte não pode ser infligida nem mesmo ao estuprador, mas seria aplicada ao mais inocente dos seres, o que configura um absurdo contrassenso na suposta defesa inarredável do bem jurídico vida humana. 19

Mas, a parlamentar quer muito mais. Quer ela criar, por via oblíqua à Lei e à Constituição, por meio de uma “diretriz” do CNJ, um processo em que um inocente sem voz e sem ação é condenado à pena de morte por conduta criminosa alheia e ainda sem qualquer direito de defesa.

E tudo que se tem para sustentar tal absurdidade é a alegação de que o ser humano intrauterino “não tem direitos”, não é “sujeito de direitos”.

Parece que há esquecimento de conceitos básicos do Direito Civil:

O Código Civil estabelece em seu artigo 1º. que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Entretanto, é preciso distinguir a capacidade de gozo da capacidade de exercício. Para o gozo de direitos qualquer pessoa está habilitada, mas para o exercício direto destes há limitações legalmente impostas com o fito de estabelecer relações intersubjetivas marcadas por uma igualdade material. Um negócio jurídico não poderia ser tratado da mesma forma quando os contratantes são duas pessoas mentalmente sãs e maiores de 18 anos e quando se trata de um maior são e de um menor impúbere.

O sujeito de direito tem capacidade de gozo e em alguns casos a capacidade de exercício é limitada, ele precisa de representação ou ao menos orientação, isso não como

19 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Volume IV. Campinas: Millennium, 1999, p. 218 – 219.

uma espécie de violação da sua dignidade como ser humano, mas exatamente para preservar e proteger pessoas marcadas pela hipossuficiência.

Portanto, quando nos deparamos com pessoas que não podem exercer diretamente seus direitos não podemos confundir tal situação com aquela de quem não é “sujeito de direitos” ou que não tem direito algum em face do ordenamento jurídico. E no caso enfocado não estamos tratando de direitos patrimoniais, mas do mais importante direito inerente a qualquer “ser humano”, o direito à vida.

É preciso perquirir como o nascituro é tratado no Direito Convencional Internacional e na legislação interna nacional constitucional e ordinária. E isso já o fizemos em obra pretérita, cujas principais teses aqui se reproduz: 20

a) CONSTITUIÇÃO FEDERAL E TRATADOS INTERNACIONAIS

O primeiro “Direito Fundamental” garantido a todos, sem qualquer espécie de distinção, é o direito à *vida*, conforme consta do artigo 5º., “caput”, CF.

Essa precedência da garantia do direito à *vida* tem óbvia razão de ser. É que sem a vida o ser humano não é capaz de gozar de qualquer outro direito imaginável. A vida é o direito primário e pressuposto para que outros direitos possam existir e, especialmente, serem exercidos.

Não há dúvidas de que esse direito à vida tutelado pela norma constitucional é o direito à *vida humana*. A norma é explícita ao estabelecer que esse direito à vida é garantido em igualdade, “sem distinção de qualquer natureza”. Ora, se a *vida humana* é tutelada sem qualquer distinção possível, conseqüentemente todo “ser” humano, tão somente por esta característica, deve ter sua vida protegida, sendo inviável que seja ceifada precocemente. Se a vida é pressuposto de todo e qualquer outro direito, sua preservação durante o desenvolvimento intrauterino garante não somente a vida de um indiscutível “ser” humano, mas também o acesso desse ser ao *nascimento* e, daí em diante, ao gozo e exercício de toda uma série de direitos aos quais também jamais teria acesso acaso lhe fosse vedada a saída do ventre materno com vida e o ingresso no mundo e nas relações interpessoais. Assim sendo, a tese de que o nascituro não é sujeito de direito é insustentável, no mínimo quanto ao direito à vida.

Como já destacado neste texto é indiscutível que há vida e vida humana:

20 CABETTE, Eduardo. *Judicialização do Aborto – O Direito em Caminhos Tortos*. Florianópolis: ID Editora, 2020, p. 61 – 112.

O *status* humano é questão genética e científica muito bem estabelecida. Ninguém no meio acadêmico sério, ainda que fosse o mais radical abortista instruído, levantaria a hipótese de um feto não ser humano. É humano no sentido ontológico e genético a partir do momento da concepção. O que está em discussão é quais humanos podemos matar e quais não podemos. Fetos humanos não se tornam tatus ou samambaias, eles se desenvolvem em pessoas adultas, crianças, idosos, e todas essas categorias são categorias de seres humanos. 21

Diante da história da ciência e da religião é impossível que alguém siga crendo na mentira de que a condição humana do conceito é uma espécie de credo místico. Bem ao contrário, fato é que a Igreja Católica, por exemplo, antes dos conhecimentos propiciados pela embriologia e pela genética, discutia a questão da chamada "animação", de forma que antes da *infusão da alma* no corpo concebido não haveria ainda ser humano e o aborto seria uma questão indiferente ou adiafórica.

Conforma narra Guillebaud:

Entre os cristãos, contrariamente ao que se crê, "a discussão durou séculos, e ainda continua. Os pensadores se dividiam entre os defensores da animação precoce e os defensores da animação tardia. As autoridades da Igreja jamais decidiram terminantemente entre as duas teses". Uma divergência que opõe principalmente os padres gregos – como Gregório de Nissa –, partidários da animação precoce (no momento da concepção), e os padres latinos, partidários da animação tardia. Para Santo Tomás, que se inspira em Aristóteles nesse ponto, a animação acontece ao cabo de quarenta dias para os meninos e noventa dias para as meninas. Os padres latinos foram aprovados no século XVI pelo magistério romano". 22

Na verdade, a defesa da vida humana em todos os seus estágios passa a ser parte integrante do contexto dos documentos da Igreja Católica 23 com o advento do esclarecimento da biologia e mais especificamente da embriologia e da genética, quanto

21 ANGOTTI NETO, Hélio. *Disbioética Volume III: O extermínio do amanhã*. Brasília: Monergismo, 2018, p. 62 – 63.

22 GUILLEBAUD, Jean-Claude. *O Princípio de Humanidade*. Trad. Ivo Storniolo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008, p. 150.

23 RAUSCH, Thomas P. *Catholicism in the Third Millennium*. 2ª ed. Collegeville: Liturgical Press, 2003, p. 150.

à constatação de uma vida propriamente humana e individualizada a partir da concepção. Daí que conste hoje, por exemplo, no Catecismo da Igreja Católica o seguinte:

O direito inalienável à vida de cada ser humano, desde a sua concepção, é um elemento constitutivo da sociedade civil e da sua legislação. Quando o Estado não coloca a sua força ao serviço dos direitos de todos e em particular dos mais fracos, e entre eles dos concebidos ainda não nascidos, passam a ser minados os próprios fundamentos do Estado de direito. 24

Portanto, ao contrário do falacioso discurso abortista, não se trata no tema em discussão, de alguma ingerência ou opressão da Religião sobre a Ciência, rechaçando o conhecimento. Trata-se, em verdade, da Religião esclarecida em suas concepções pelo progresso da razão científica.

A interpretação do artigo 5º., “caput”, CF, portanto, se deve fazer, não com sustento em algum dogma religioso, mas com base na lógica da *máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais* de acordo com o sentido amplo de proteção da *vida humana*. A letra da Lei Maior é claramente oposta a uma noção gradualista do ser humano, já que impede expressamente “distinções de qualquer natureza”, passando a mensagem de uma proteção integral da *vida humana*, sendo o requisito para essa tutela apenas a *humanidade do ser*, nada mais.

A *máxima efetividade* é reconhecida como um *princípio interpretativo das normas constitucionais* pela melhor doutrina. O mestre lusitano Canotilho assim expõe:

Este princípio, também designado por **princípio da eficiência** ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma),

24 CATECISMO da Igreja Católica – Compêndio. Disponível em http://www.vatican.va/archive/compendium_ccc/documents/archive_2005_compendium-ccc_po.html, acesso em 06.02.2023. Consulte-se ainda a esclarecedora matéria de Jurandir Dias, que informa que já em 1827, com o uso de rudimentares microscópios, Karl Ernest von Baer constatou a existência de vida humana nos primeiros momentos da concepção. Dias ainda arrola uma enorme série de manifestações retiradas de estudos médico – científicos, confirmando essa realidade hoje praticamente indiscutível. Cf. DIAS, Jurandir. Médicos e Cientistas comprovam: a vida humana começa no momento da concepção. Disponível em <https://ipco.org.br/medicos-e-cientistas-comprovam-a-vida-humana-comeca-no-momento-da-concepcao/>, acesso em 06.02.2023.

é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). 25

Observe-se que o mestre português ainda menciona a situação de dúvida, que deve apontar para a solução que empreste maior efetividade às normas constitucionais. Entretanto, no caso da proteção integral da vida humana em todas as suas etapas, não parece que a Constituição brasileira tenha sido marcada por uma redação duvidosa. Ao reverso, é bastante claro e evidente que sua proteção da vida não admite “distinções de qualquer natureza”, graduações ou discriminações que ponham fora de seu âmbito protetivo algum “ser” humano.

Em terras brasileiras, Sarlet explica que o Princípio da Máxima Efetividade exige do intérprete que adote uma interpretação e aplicação da norma que enseje a plena realização do direito fundamental envolvido. 26 Essa busca de uma efetividade máxima implica também que na atribuição do direito a alguém não se prejudique outrem; há que harmonizar o sistema. A situação ideal se dá quando a máxima efetividade de um direito fundamental é atingida sem que para isso se prejudique a situação jurídica de outros envolvidos. 27 Neste ponto é necessário reconhecer que a alegação de que a mulher seria prejudicada pelo reconhecimento do direito à vida do nascituro não procede seja em termos de proporcionalidade, seja em termos de conteúdo. A vida da mulher não está em discussão nesses casos, ainda que se mencionem as mortes ocorridas em procedimentos abortivos. Ora, essas mortes seguiriam acontecendo porque *não existe aborto seguro*. E, para além disso, a prática do aborto, salvo nos casos não consentidos, é uma opção da mulher, cabendo a ela a autotutela do seu bem jurídico vida. Por outro lado, o conceito não tem como se autotutelar. A desigualdade das situações é gritante, a pretensa equalização é afrontosa da proporcionalidade de forma escandalosa. Por conseguinte, há que perceber que, assim sendo, o próprio conteúdo da discussão e dos direitos pleiteados é diverso. No caso do nascituro está em jogo a *vida humana*, no caso da mulher sua *liberdade decisória* para cujo exercício se pretende exercer um suposto direito de eliminação de uma *vida humana* concebida e tutelada constitucionalmente. Portanto, não é a proteção integral e não gradual da vida humana que pode prejudicar um suposto

25 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1124.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda. 2008, p. 286.

27 MARMELESTEIN, George. *Análise econômica dos direitos fundamentais*. Fortaleza: 2007. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2007/12/14/analise-economica-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em 06.02.2023.

“direito” das mulheres a uma escolha, é essa escolha que prejudica a tutela da *vida humana* pelo disposto no artigo 5º, “caput”, CF, ferindo o Princípio da Máxima Efetividade.

Não é sem razão que o doutrinador e atual Ministro do STF, Alexandre de Moraes, assim se manifestou sobre o tema em obra de sua autoria, com sustento ainda no escólio de Bittar:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré – requisito à existência de todos os demais direitos.

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina (grifo nosso). 28

Evidencia-se que o grito de guerra ou a frase feita “meu corpo, minhas regras” (sic), como sói acontecer com essa espécie de expressão, nada mais é do que produto de um profundo desconhecimento, uma ignorância ética, filosófica e científica. Ignorância essa que, em sua obscuridade, não permite que o ignorante tenha consciência da própria falha, do próprio vício e a repita de forma acrítica como um mantra hipnótico. Afinal, jamais se pode afirmar com base na realidade dos fatos (científicos e ontológicos) que se trata do corpo da mulher e não de um ser humano individualizado. Os gritos histéricos desse

28 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 62. Vide também o autor citado por Moraes: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.) *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 41.

mantra tão comum refletem essa profunda ignorância que chega a atribuir obscurantismo exatamente àqueles que estão sustentados nas luzes da razão e da ciência mais moderna.

Mas, não é somente na Constituição Federal Brasileira que se encontram motivos para a evidência da proteção integral da vida humana em todas as suas fases.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil é signatário são expressos e cristalinos quanto à tutela da vida humana desde a concepção.

Tendo em vista o disposto no artigo 4º, II, CF, que se refere à “prevalência dos direitos humanos”, bem como o conteúdo do artigo 5º, §§ 2º. e 3º., CF, as normativas internacionais constantes nesses tratados e convenções ganham enorme destaque, embora, inusitadamente, fiquem quase sempre alijadas do debate jurídico quando se trata da questão da pretensa legalização do aborto ou discussões acerca dos direitos dos nascituros.

Por parte dos defensores da vida humana intrauterina se trata de uma omissão imperdoável, um erro na estratégia dialética em busca da solução verdadeira dessa discussão (eventualmente provocado pela ignorância). Já no que tange aos abortistas, a causa do silêncio pode ser motivada também eventualmente pela ignorância pura e simples ou, com maior probabilidade, devido à utilização de um recurso erístico falacioso, conhecido como “amostragem” ou “argumento de escolha”. Este consiste, como esclarece Loiola, “em estabelecer um argumento a partir da seleção cuidadosa apenas das evidências que suportem aquela alegação”. 29

A respeito da importância das convenções e tratados internacionais de Direitos Humanos na ordem jurídica interna brasileira, vale a exposição do texto de Piovesan:

Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Este princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. **A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas no engajamento do país no**

29 LOIOLA, Alessandro. *O Manual Secreto das Falácias Esquerdistas*. São José dos Campos: ManhoodBrasil Edições, 2020, p. 56. Observe-se, porém, que os truques descritos pelo autor não são, obviamente, exclusivos de pessoas da esquerda política ou mesmo referentes a temas políticos. Esses truques erísticos podem ser usados por qualquer um em qualquer tipo de discussão. A obra específica, como revela seu título, foca em exemplos que foram oriundos dos discursos da esquerda política, mas certamente não tem, nem a obra, nem muito menos este autor, o intento de reduzir o procedimento erístico desonesto apenas a esse ramo político e nem mesmo apenas à área da política.

processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas implica na busca da plena integração de tais regras à ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, no compromisso em adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos. Este processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

Vale dizer, surge a necessidade de interpretar os antigos conceitos de soberania estatal e não intervenção, à luz de princípios inovadores da ordem constitucional e, dentre eles, destaque-se o princípio da prevalência dos direitos humanos. Estes são os novos valores incorporados pelo texto de 1988 e que compõem a tônica do constitucionalismo contemporâneo.

Se para o Estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se conseqüentemente admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Os direitos humanos, nesta concepção, surgem para a Carta de 1988 como tema global.

Cabe ainda considerar que o princípio da prevalência dos direitos humanos contribuiu substantivamente para o sucesso da ratificação, pelo Estado brasileiro, de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Como pondera o então Ministro Celso Lafer: "O princípio da prevalência dos direitos humanos foi um argumento constitucional politicamente importante para obter no Congresso a tramitação da Convenção Americana dos Direitos Humanos – o Pacto

de San José. Foi em função dessa tramitação que logrei depositar na sede da OEA, nos últimos dias de minha gestão (25.09.92), o instrumento correspondente de adesão do Brasil a este significativo Pacto” (grifo nosso). 30

Pois é exatamente um desses pactos internacionais acima mencionados, qual seja, o “Pacto de São José da Costa Rica” ou “Convenção Americana de Direitos Humanos”, que consagra a proteção da vida humana desde a concepção de forma expressa em seu artigo 4º., número 1. E isso torna novamente impossível a proposição de que os nascituros não são sujeitos de direitos e não têm direito algum até o nascimento.

Conforme se viu a normativa internacional passa a integrar a ordem jurídica brasileira com exigência de concreção e não só formalmente. Como é possível proteger a vida humana desde a concepção, cumprindo o pacto, pretendendo liberar a prática do aborto? Ou considerando o nascituro carente de quaisquer direitos, como uma espécie de “coisa” indigna de qualquer consideração? Isso seria o mesmo que criar um novo “Princípio” ao qual se poderia denominar de “Minimização da Eficácia dos Direitos Fundamentais”, exatamente na contramão do que ensina a melhor dogmática jurídica. Em 1992 o Brasil avançou na proteção da vida humana com a ratificação do pacto. Em 2023 pelo descarado descumprimento do pacto se pretende desproteger a vida humana intrauterina em nome de um voluntarismo caprichoso de alguns setores sociais minoritários. Cabe aqui até mesmo trazer à baila o chamado “Princípio da Proibição de Retrocesso”.

Em obra coordenada por Flávia Piovesan encontram-se vários exemplos de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da proteção do “Direito à Vida”, nos termos do artigo 4º., n. 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, donde se pode colher reforço à conclusão de que a proteção à vida, conferida pela nossa ordem constitucional interna, em consonância com o Pacto de São José da Costa Rica, não pode ser interpretada de maneira restritiva ou pretensamente gradualista, mas ampla, abrangendo todas as fases de uma vida humana. Apenas a título exemplificativo, veja-se:

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. **En razón del carácter fundamental del derecho a la vida,**

30 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 63 – 65.

no son admisibles enfoques restrictivos del mismo (grifo nosso).
31

Mas, não é somente de referências à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se pode concluir por uma interpretação ampla do disposto no artigo 4º., I do Pacto de São José da Costa Rica. No bojo do diploma normativo serão encontradas razões de natureza positiva (legal) para a mesma conclusão.

Eventualmente alguém poderia tentar limitar o alcance da proteção da vida desde a concepção porque no artigo 4º., I em estudo existe a expressão “em geral”, o que emprestaria certa relatividade à tutela do conceito. Em primeiro lugar, tal relativização nunca poderia alcançar a simples liberação da prática abortiva baseada em um voluntarismo ou capricho puro e simples e muito menos na desconsideração do nascituro como sujeito de direito à vida. A vida humana jamais poderia ser colocada abaixo da vontade de alguém e este, claramente, não é o intento do diploma internacional. A única interpretação de relativização possível é aquela que aponta para certos casos – limite, como, por exemplo, existe na lei brasileira o aborto terapêutico ou necessário (artigo 128, I, CP), quando imprescindível para salvar a vida da gestante, na condição de “ultima ratio”, após realizados todos os esforços possíveis para o salvamento de ambas as vidas humanas em xeque. Não se olvida que há também o aborto sentimental, no caso de gravidez oriunda de estupro. Mas, isso não significa que o direito à vida do conceito simplesmente desaparece e é totalmente desconsiderado na tomada de decisão para a autorização de um aborto nessas condições, de modo que sequer um curador da vida humana intrauterina, incapaz de se defender por si ou mesmo de se manifestar, deva ser nomeado. Pior, que se proíba essa nomeação e essa defesa por meio de uma “diretriz” que vai contra a lei e a Constituição.

Além dessa óbvia ponderação, uma interpretação sistemática do pacto demonstra que a proteção da vida humana é ampla e atinge todas as suas fases indistintamente, tal qual faz nossa Constituição Federal ao vedar, na proteção da vida humana “distinções de qualquer natureza”.

O artigo 4º., I em estudo deve ser interpretado em conjunto com os artigos 1º. e 3º. do mesmo diploma internacional. A proteção é dada à “pessoa humana”, de modo que é importante compreender o que é “pessoa humana”, segundo o pacto.

31 PIOVESAN, Flávia (coord.). *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ, 2008, p. 1166.

O artigo 3º. estabelece que “toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”. E o artigo 1º., n. 2, descreve o que é “pessoa”:

“Para os efeitos dessa Convenção, pessoa é todo ser humano”.

Ora, é impossível negar que o conceito é um “ser” humano, seja ontologicamente, seja biológica ou geneticamente.

Outro dispositivo do Pacto de São José da Costa Rica é de interesse nessa sistemática coerente de proteção global da vida humana.

O artigo 4º., número II apresenta limitações à aplicação da pena de morte, propugnando sua abolição. Mas, nos países que ainda a não tiverem eliminado, deve ficar reservada somente a crimes muito graves, não podendo ser banalizada. E uma das limitações impostas expressamente à execução da pena de morte está no número IV, parte final, do mesmo artigo 4º. Ali é vedada a aplicação da pena de morte, onde ainda persista, à “mulher em estado de gravidez”. Nada mais nítido de que a proteção se volta ao nascituro, que não foi condenado à morte e sim sua genitora. Assegura-se o *direito de nascer a um inocente que deve ter acesso a todos os demais direitos humanos, não podendo ser prejudicado pela conduta criminosa de sua genitora*. Há aqui nítida aplicação do “Princípio da Intranscendência, *Personalidade* ou *Pessoalidade* da Pena”, a qual não pode passar da *pessoa* do criminoso(a) para outra *pessoa* inocente (artigo 5º., XLV, CF).

Vale ainda mencionar que em outra convenção internacional ratificada pelo Brasil, a “Convenção sobre os Direitos da Criança” (1989), é estatuído, em seu preâmbulo, que

Tendo em mente que, como indicado na declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, **incluindo proteção jurídica antes e depois do nascimento** (grifo nosso).

E mais, no artigo 24 da “Convenção sobre os Direitos da Criança” é assegurado o “direito à saúde”. Nesse contexto, no número 2, letra “d” do mesmo artigo é determinada a devida “assistência **pré – natal** e pós – natal”. Quando o dispositivo em comento trata dessa assistência, indica que deve ser assegurada às mães, mas é mais do que claro e evidente que se a convenção se refere às *crianças*, a proteção é certamente voltada *para a criança em desenvolvimento no útero*, o que, a seu turno, resulta que a Convenção assume uma concepção de *criança* bastante abrangente, de modo a alcançar o nascituro. O dispositivo do artigo 24, n. 2, letra “d” deve ser interpretado em conjunto com aquilo que consta no Preâmbulo da Convenção, conforme anteriormente exposto, ou seja, que a proteção *jurídica* da *criança* se dá *antes* e depois do nascimento.

A linguagem constitucional interna e dos diplomas internacionais não permite que truques eufemísticos ³² tenham a capacidade de alterar a realidade de que aquilo que se encontra em gestação numa mulher grávida é um ser humano, uma pessoa e, mais, uma criança frágil e absolutamente indefesa.

Também não é possível ignorar que *o nascituro é um paciente* do médico e demais profissionais de saúde envolvidos, tanto quanto a mãe. Existe, inclusive, uma área específica chamada “Medicina Fetal”.

A medicina fetal, também conhecida como perinatologia, é um ramo da obstetrícia e ginecologia que se concentra no gerenciamento das preocupações com a saúde da mãe e/ou do feto antes, durante e logo após a gravidez. ³³

Como aduz o médico Angotti Neto:

Um detalhe pragmático que muitos também optam por esquecer: **o feto é considerado paciente**. Se para uns médicos, o feto merece cuidado, incluindo anestesia em procedimentos cirúrgicos de altíssima complexidade no útero materno, como podemos concordar que outros médicos considerem o feto apenas um monte de carne indesejável a ser expelido? ³⁴

A proteção devida ao nascituro exsurge cristalinamente de uma interpretação sistemática do Pacto de São José da Costa Rica e da Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como da nossa Carta Magna, não existindo campo algum para a legalização e muito menos para a banalização do tema do aborto.

Tendo em vista um paradigma em voga no mais atual contexto dogmático do Direito Constitucional e do Direito Internacional, qual seja, o denominado “Transconstitucionalismo”, é praticamente incompreensível que as normativas

³² É comum que defensores do aborto se refiram à conduta como “interrupção voluntária da gravidez”, não falando em morte do feto ou mesmo abortamento. Também costumam chamar a criança em desenvolvimento no útero pelos mais variados nomes, tais como “produto da concepção”, tudo isso para abrandar a violência cruel e covarde que é inerente às práticas abortivas.

³³ O QUE é Medicina Fetal? Quando um especialista é necessário para acompanhar a gravidez? Disponível em <https://eigierdiagnosticos.com.br/blog/sem-categoria/o-que-e-medicina-fetal/>, acesso em 06.02.2023.

³⁴ ANGOTTI NETO, Hélio. *Disbioética Volume III: o extermínio do amanhã*. Brasília: Monergismo, 2018, p. 52.

internacionais em comento não ocupem nas discussões sobre o aborto, sob o prisma jurídico, uma posição de protagonismo.

Neves introduz o conceito de “Transconstitucionalismo” em obra de mesmo título, apontando para o fato de que

cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para sua solução. Isso implica uma relação **transversal** permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. 35

Com absoluta certeza, o referencial antropológico do estatuto do ser humano é um desses problemas de interesse *transversal* que devem preocupar todos os países, pessoas e instituições sob enfoques variados (científico, ético, filosófico, social, jurídico). A dessacralização e o desencantamento do mundo e do homem vêm impondo uma rota de animalização, subanimalização, quando não de reificação do homem. Seja por que meios forem, é preciso cuidar para evitar que um dia já não saibamos qual valor há em um ser humano ou mesmo se tem algum valor. Pessoas como Tristram Engelhardt já consideram que dentre os seres humanos alguns ainda não são e outros não são mais “pessoas” em sua plenitude. Surge nesse quadro uma categoria inglória de “não – pessoas”, abrangendo não somente ovos humanos, embriões ou fetos, mas também bebês, idosos inválidos e outras categorias a serem um dia assim rotuladas, sabe-se lá por que espécie de critérios subjetivos arbitrários. 36 Outros, como Singer, já não enxergam diferença entre homens, macacos, porcos ou ratos e dão preferência ética à vida de um macaco adulto com relação à de um bebê humano. 37

Guillebaud nos recorda, apropriadamente, a manifestação de Patrick Verspieren em debate ocorrido no “Centre Rachi” em novembro de 1995:

A História nos ensina que o estatuto que se atribui ao embrião reflete aquele que se concede ao homem. O embrião transformado em coisa? Isso não é de bom augúrio. “Faltar com o respeito pelo embrião, por causa da ausência de suas capacidades, é se colocar no

35 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 21.

36 ENGELHARDT, Tristram H. *The Foundation of Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 1986, “*passim*”.

37 SINGER, Peter. *Ética Prática*. Trad. Jeferson Luz Camargo. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, “*passim*”. SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Trad. Marly Winckler. São Paulo: Lugano, 2004, “*passim*”.

caminho da falta de respeito em relação ao ‘homem sem qualidades’”. 38

Esse problema não é de interesse exclusivo brasileiro, é de interesse da Humanidade, inclusive da Humanidade do futuro e, por isso, o tratamento internacional conferido ao tema com a devida precaução pelo Pacto de São José da Costa Rica e pela Convenção sobre os Direitos da Criança, deve ser considerado um importantíssimo marco positivo na salvação do que ainda nos resta da humanidade do homem.

A força normativa dos pactos se une ao tratamento constitucional interno da proteção ao direito à vida humana, conferindo incontestável legitimidade ao alcance amplo e jamais limitado ou restrito do que se entenda por vida digna de tutela.

b) A QUESTÃO SOB O ENFOQUE DO DIREITO CIVIL

Migrando para o regulamento do tema debatido no âmbito da legislação interna ordinária, compete abordar os aspectos jurídicos relativos ao campo do Direito Civil, o que, em geral, tem sido pouco explorado. Essa escassez de discussão dos temas de Direito Civil quando se trata do aborto não significa que essa área tenha pequena importância, significa apenas que os debatedores cometem o equívoco de concentrarem-se basicamente na questão penal.

Em abordagem de excelência sobre o tema, Júlio César Ballerini Silva 39 se mostra atônito com a concentração quase exclusiva das discussões sobre o aborto na questão do direito da mulher ao próprio corpo e no aspecto penal. Já deixando bastante clara a relevância da questão na seara civil, bem como a evidência nesse campo de que o nascituro não é uma parte do corpo da mulher, aponta o Enunciado n. 1 das “Jornadas de Direito de Família”, cuja transcrição se impõe:

“Enunciado n. 1: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura”.

Neste ponto toca-se no chamado “Direito Funerário”, havendo uma série de normativas que estabelecem o direito de sepultamento do natimorto.

38 GUILLEBAUD, Jean-Claude. *O Princípio de Humanidade*. Trad. Ivo Storniolo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008, p. 159.

39 SILVA, Júlio César Ballerini. O Aborto numa abordagem de Direito Civil: questões que têm passado “a lareira” na discussão penal do tema. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/69063/o-aborto-uma-abordagem-de-direito-civil>, acesso em 06.02.2023.

A tragédia “Antígona” de Sófocles 40 é o mito inaugural da doutrina do direito ao sepultamento como integrante dos direitos da personalidade (“jus sepulchri”). 41

O Ministério da Saúde, no documento denominado “A Declaração de Óbito”, datado de 2009, estabelece que “no óbito fetal, se a gestação teve duração igual ou superior a 20 semanas, ou o feto com peso igual ou superior a 500 gramas, ou estatura igual ou superior a 25 centímetros” deve ser obrigatoriamente emitida a Declaração de Óbito para fins de sepultamento. No entanto, a regulação respectiva ainda permite a emissão facultativa da Declaração de Óbito sempre que a família desejar fazer o sepultamento do feto, ainda que fora dos padrões métricos acima delineados. Na mesma senda encontra-se a Resolução CFM 1.779/05, item 2. Finalmente, no mesmo sentido encontra-se o “Manual de Vigilância do Óbito Infantil e Fetal e do Comitê de Prevenção do Óbito Infantil e Fetal” emitido pelo Ministério da Saúde também em 2009, subtítulo 4.1. 42

Ballerini chama a atenção para o fato de que os “direitos da personalidade” são adquiridos independentemente do nascimento com vida nos termos do regramento civil. **Dessa forma o nascituro já é titular do direito à vida.** Não fosse assim não haveria cabimento para os chamados “alimentos gravídicos”, os quais seriam passíveis de repetição de indébito, acaso o conceito fosse natimorto. Afinal, os alimentos gravídicos são conferidos ao nascituro e não à mãe.

O debate jurídico não pode passar ao largo do que é prescrito pelo artigo 2º. , do Código Civil Brasileiro:

“A personalidade civil das pessoas começa do nascimento com vida; **mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**” (grifo nosso).

A respeito da situação jurídica do nascituro, existem três grandes teorias: 43

a) Teoria Natalista – para ela a personalidade civil surgiria somente a partir do nascimento com vida.

40 SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Donald S. Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999, “passim”.

41 Cf. SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 193. E também: BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade. De Acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 85.

42 CONSTANTINO, Clóvis Francisco. Critérios para a emissão ou não da Declaração de Óbito Fetal. Disponível em <https://jundiai.sp.gov.br/saude/wp-content/uploads/sites/17/2014/09/Crit%C3%A9rios-pra-emiss%C3%A3o-ou-n%C3%A3o-de-declara%C3%A7%C3%A3o-de-%C3%B3bito-fetal.pdf> , acesso em 06.02.2023.

43 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. Volume 1. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 117.

b) Teoria da Personalidade Condicional – o nascituro seria uma “pessoa condicional”, já que a aquisição da personalidade fica na pendência de evento futuro e incerto, uma espécie de “condição suspensiva”, que é o nascimento com vida. Ao fim e ao cabo, essa teoria é apenas um “desdobramento da teoria Natalista”, vez que acaba somente reconhecendo a personalidade após o nascimento com vida.

c) Teoria Conceptionista – a personalidade já existe mesmo antes do nascimento, desde a concepção, com a ressalva dos direitos patrimoniais, relativos à herança, legado e doações, os quais dependem do nascimento com vida.

Nada mais evidente do que o fato de que a “Teoria Conceptionista”, ao contrário das demais, está em plena consonância com o regramento constitucional e convencional do tema dos direitos do nascituro, conforme já exposto neste trabalho.

A interpretação do artigo 2º, CC, há que ser realizada, obedecendo uma subordinação vertical à Constituição Federal e aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Não é por menos que mais moderna doutrina civilista tem abrigado a “Teoria Conceptionista”. Vale transcrever as lições de Gonçalves: 44

A moderna doutrina civilista, sob a influência do direito francês, esposa a tese de que o **nascituro** já tem personalidade jurídica **desde a concepção**. No direito contemporâneo, defende a teoria conceptionista, dentre outros, Silmara J. A. Chinelato e Almeida, Professora da Universidade de São Paulo, nestes termos: “Mesmo que ao nascituro fosse reconhecido apenas um *status* ou um direito, ainda assim seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, porque **não há direito ou *status* sem sujeito**, nem há sujeito de direito que tenha completa e integral capacidade jurídica (de direito ou de fato), que se refere sempre a *certos e determinados* direitos *particularmente considerados* (...). Com propriedade afirma Francisco Amaral: ‘Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa’ (...). A personalidade do nascituro **não é condicional**; apenas *certos efeitos de certos* direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os **direitos patrimoniais materiais**, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento

44 Op. Cit., p. 119.

com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a”. 45

A constatação de que a proteção de **certos direitos** do nascituro encontra, na legislação atual, pronto atendimento **antes mesmo do nascimento** leva-nos a aceitar as argutas ponderações de Maria Helena Diniz sobre a aquisição da personalidade desde a concepção apenas para a titularidade de **direitos da personalidade**, sem conteúdo patrimonial, a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos **patrimoniais** estariam sujeitos ao nascimento com vida, ou seja, sob condição suspensiva. 46

O Enunciado 1, aprovado na I Jornada de Direito Civil realizada em Brasília pelo Conselho da Justiça Federal, proclama: “A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”. Tal conclusão, reconhecendo a proteção de direitos extrapatrimoniais não apenas ao nascituro mas também ao **natimorto**, contraria a tese Natalista, para a qual este não desfruta de nenhum direito (grifos no original).

A Teoria Concepcionista não somente está de acordo com o que prescrevem a Constituição Federal e os Tratados Internacionais sobre o nascituro, como se harmoniza com modernas concepções acerca dos direitos dos deficientes, inclusive mentais. É visível que apenas os direitos patrimoniais dependem do nascimento com vida e não os chamados “*direitos existenciais*”. Esse é também o norte dado para os limites da curatela e da assistência dos deficientes conforme prescreve a Lei 13.146/15, promulgada em cumprimento à normativa internacional da “Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência”. Na dicção de Fiuza, em comentário relativo aos deficientes:

O objetivo da Lei é, evidentemente, o de preservar, ao máximo, na medida do possível, a autonomia do deficiente, respeitadas as limitações do caso concreto. A regra de que a curatela só atinja relações patrimoniais deve ser interpretada segundo esse contexto, isto é, sempre que possível, o curador não deverá interferir nas relações existenciais, a fim de preservar a autonomia e a dignidade do curatelado. Entretanto, relações existenciais que tenham efeitos

45 Vide também o texto original da autora citada por Gonçalves: ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168 – 169.

46 Vide também o texto original de Maria Helena Diniz, citado por Gonçalves: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 1. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180.

patrimoniais estariam dentro do campo de atuação do curador, e, em alguns casos, dependendo da gravidade da deficiência, mesmo as que não tenham efeitos patrimoniais, para se evitar prejuízos materiais, e para que sejam preservados o interesse e a dignidade do deficiente incapaz. 47

Seja em relação ao nascituro, seja ao deficiente são preservados os “direitos existenciais” e mantida intacta a “personalidade”. O intuito é a proteção ampla desses hipossuficientes e exatamente o impedimento de que sejam um dia “objeto” de ingerências no nível de sua condição de “pessoa” e de seu *status* “existencial”. Trocando em miúdos, é preciso assegurar a essas *pessoas* um estatuto de respeito que não permita sua eliminação sob qualquer pretexto ou seu alijamento da comunidade humana. A História já nos ensinou lições valiosas a respeito de como essas reificações, quando permitidas e até legitimadas, são destrutivas da humanidade do homem e, em última análise, do próprio homem.

Ademais, a defesa dos direitos do nascituro é condizente com a comprovação científica de que o conceito é já uma *vida humana individualizada*, de maneira que seu nascimento constitui nada mais que um prolongamento de um processo de desenvolvimento de um ser ontologicamente dotado de uma identidade específica.

Afinal, como bem assevera Diniz, com fulcro no escólio de Lejeune:

A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico – temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração no código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único. Jérôme Lejeune, geneticista francês e autoridade mundial em biologia genética, asseverou: “Não quero repetir o óbvio mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano já estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato”. 48

47 FIUZA, César. *Direito Civil*. 18ª. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 169.

48 DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 27.

Conforme também a lição de Barbosa Moreira, citada por Ives Gandra Martins:

Desde logo, **parece ocioso frisar que o nascituro tem vida. Que nos conste, ninguém jamais objetou à propriedade da expressão “vida intrauterina”**. Escrevia ainda o mestre (...) Pontes de Miranda: “protege-se o feto, *como ser vivo*, como se protege o humano já nascido”. Cuida-se, é óbvio, de um tipo de vida diferente daquele a que dá acesso o parto; mas, em todo o caso, vida. Quando o artigo 2º., primeira parte, se refere ao “nascimento com vida”, o que há de novo é o prolongamento – seja embora por pouquíssimo tempo – da vida (que já existia), agora sob outra forma, após a saída do feto do corpo da mulher” (grifo nosso, itálicos do original). 49

Ademais, a legislação civil ordinária brasileira, em imagem especular às normas internacionais de proteção ao nascituro e à criança já expostas, assegura, por meio do disposto no artigo 8º., do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) o direito à “atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral”. Embora novamente a norma se refira à concessão desses atendimentos à mulher, por obviedade, até pela natureza do diploma legal onde se encontra, tem por objetivo assegurar não somente a saúde da parturiente, mas certamente da criança nascente ou em gestação. Ocorre que sem assegurar o direito de nascer ao ser humano é inviável assegurar-lhe a fruição ou o exercício de quaisquer outros direitos subsequentes. Como bem argumenta e indaga Diniz:

A vida é igual para todos os seres humanos. Como, então, se poderia falar em aborto? Se a vida humana é um bem indisponível, se dela não pode dispor livremente nem mesmo seu titular para consentir validamente que outrem o mate, pois esse consenso não terá o poder de afastar a punição, como admitir o aborto, em que a vítima é incapaz de defender-se, não podendo clamar por seus direitos? Como acatar o aborto, que acoberta, em si, seu verdadeiro conceito jurídico: assassinato de um ser humano inocente e indefeso? Se a vida ocupa o mais alto lugar da hierarquia de valores, se toda vida humana goza da mesma inviolabilidade constitucional, como seria possível a edição de uma lei contra ela? A descriminalização do aborto não seria uma incoerência no sistema jurídico? **Quem admitir o direito ao aborto deveria indicar o princípio jurídico do qual ele derivaria, ou seja, demonstrar científica e juridicamente qual princípio albergaria valor superior ao da vida humana, que**

49 MARTINS, Ives Gandra. *A Vida dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999, p. 119.

permitiria sua retirada do primeiro lugar na escala de valores? A vida extrauterina teria um valor maior do que a intrauterina? Se não se levantasse a voz para a defesa da vida de um ser humano inocente, não soaria falso tudo que se dissesse sobre direitos humanos desrespeitados? Se não houver respeito à vida de um ser humano indefeso e inocente, por que iria alguém respeitar o direito a um lar, a um trabalho, a alimentos, à honra, à imagem etc.? Como se poderá falar em direitos humanos se não houver preocupação com a coerência lógica, espezinhando o direito de nascer (grifo nosso)? 50

E essas judiciosas ponderações de Diniz têm pleno cabimento mesmo no caso do aborto sentimental, no que diz respeito à impossibilidade de negar direitos ao conceito, de negar sua condição de “sujeito de direitos” e uma mínima proteção no processo que dará origem à ordem de eliminação de sua vida.

Sem o respeito ao ser humano concebido intraútero, indefeso e inocente, qualquer discurso sobre a defesa da vida e da dignidade humana é oco, incoerente, falseado e, em última análise, hipócrita. Nem mesmo é possível falar em direito à saúde da mulher, dignidade da mulher, liberdade da mulher, afinal a mulher é um ser humano e há, inclusive, por obviedade, fetos masculinos e femininos.

E retornando aos ensinamentos de Maria Helena Diniz:

Urge que a humanidade progrida, caminhando na direção de princípios que permitam ao homem ser cada vez mais homem, vendo respeitado o seu direito fundamental, intocável e inalienável à vida e, conseqüentemente, o seu *direito de nascer* (grifo no original). 51

Outro aspecto pouco mencionado é que o nascituro tem capacidade passiva tributária, nos termos do artigo 126, I, do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), “in verbis”:

“Art. 126. A capacidade tributária passiva independe:

I – da capacidade civil das pessoas naturais”.

50 DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26.

51 Op. Cit., p. 29. A autora faz referência a vários outros estudiosos com o mesmo pensamento. Vide, por exemplo: ESCOLANO, José Gea. *Sim ou Não ao Aborto?* São Paulo: Loyola, 1992, p. 18.

Conforme leciona Ricardo Alexandre, “capacidade tributária passiva é a aptidão para ser sujeito passivo da relação jurídico – tributária”. Para essa aptidão são “irrelevantes as regras sobre capacidade do direito civil”. 52

Ora, sendo a capacidade tributária passiva nada mais do que a capacidade de pagar tributos, seria, no mínimo, monstruoso que o nascituro pagasse impostos e não tivesse direito à proteção de bens jurídicos, inclusive o mais importante deles, que é o direito à vida. Ao reverso, pagaria tributos a um Estado que se aparelha legal e operacionalmente para ceifar-lhe a vida de forma prematura, sem chance de qualquer defesa e em obediência a uma simples vontade alheia.

Como poderia o feto ser “**sujeito** passivo” de obrigação tributária e não poder ser “sujeito de direito”, conforme pretende alegar a parlamentar mencionada neste texto? Como ficaria a interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro?

Eloquente a afirmação dos tributaristas Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo quanto ao fato de que “somente as coisas, os animais e os mortos não têm capacidade tributária passiva”. 53 Eloquente e esclarecedora quanto ao *status* conferido pela legislação tributária ao nascituro, já que dotado de capacidade passiva tributária. Sendo assim, não é ele coisa ou animal, bem como é um ser vivo (não poderia ser um morto ou não dotado de vida, sob pena de não ter capacidade tributária passiva) e, como já visto, enquanto “ser” somente pode configurar-se como um “ser humano”. Afinal, de uma mulher grávida nunca se viram nascerem jabuticabas, rinocerontes ou coelhos!

Em arremate, por sua importância e pela qualidade e originalidade da argumentação, bem como sua sustentação dogmática, há que tomar a liberdade de transcrever as impressões de Alcântara e Sales acerca da devida interpretação a ser dada ao artigo 2º., do Código Civil pátrio:

Pretende-se a apresentação de uma nova forma de se interpretar o dispositivo, não suscitada pelos doutrinadores consultados. Ressalva-se a ausência de contorcionismos, subterfúgios ou sofisticações no raciocínio realizado. Sua singularidade, ao revés, resulta da clareza, naturalidade e completude na exposição das razões e na conexão entre elas.

Dividir-se-á a construção em dois blocos para melhor elucidação do fim para o qual se propõe: I) reflexão da 1ª parte do art.2º; II) reflexão

52 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 10ª. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 305.

53 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Manual de Direito Tributário*. 4ª ed. Niterói: Impetus, p. 208.

da 2ª parte do art.2º. Após, reconectando-as, concluir-se-á a proposição.

A primeira parte do artigo dispõe que: “A personalidade da pessoa começa do nascimento com vida [...]”. Ao legislador afirmar isso, assume a precedência da atribuição de pessoa antes do nascimento. Para tanto, basta se retirar o complemento nominal “da pessoa” para visualizar a mudança de interpretação: “a personalidade começa do nascimento com vida”. Se o nascimento é fato jurídico a partir do qual se adquire personalidade, ou seja, torna-se pessoa para a Ciência Jurídica, prescindível seria a expressão “da pessoa”. Se assim o fez o legislador, é forçoso o reconhecimento de pessoa antes do nascimento com vida; caso contrário, haveria redundância no dispositivo legal, hipótese inadmissível, em apego a boa técnica, segundo a qual não há palavras inúteis no texto normativo (...).

Aquilata-se a interpretação pelo significado que o intérprete der a cada palavra presente ao longo do comando normativo.

Neste sentido, Carlos Maximiliano (...): [...] as expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva [...].

Uma comparação do Código Civil Brasileiro com o Código Civil Português, Espanhol, Alemão e Italiano, robustece a premissa suscitada: reconhecimento da personalidade antes do nascimento. A razão da afirmação se consubstancia na ausência do complemento nominal “da pessoa” depois do substantivo “personalidade”. Eis-los: art.66 do Código Civil Português: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”; artículo 30 o Código Civil Espanhol: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.”; o §1º do Código Civil Alemão - Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): “The legal capacity of a human being

begins on the completion of birth". Por fim, o art. 1º do Código Civil Italiano: "La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita". Firma-se, então, o entendimento de que há personalidade antes do nascimento. Há um empecilho, todavia, para a completude do raciocínio: se se adquire personalidade civil após o nascimento com vida, o nascituro gozaria, por ser pessoa, de personalidade? E ainda: se lhe atribuir o gênero personalidade, qual espécie seria, uma vez que a lei condiciona a aquisição da personalidade civil ao nascimento com vida?

O art.1º do Código Civil admite a capacidade de direitos e obrigações a toda pessoa. Logo em seguida, o art.2º estabelece a aquisição da personalidade civil da pessoa no nascimento com vida. O advérbio "toda", presente no art.1º, indica a conferência da capacidade de direitos e obrigações para toda pessoa, ou seja, tanto os neonatos quanto os nascituros, utilizando-se do raciocínio feito anteriormente a respeito do art.2º.

Maria Helena Diniz (...) conceitua pessoa nos seguintes termos: Para a doutrina tradicional "pessoa" é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial" Se pessoa e sujeito de direito são equivalentes. Então o nascituro é sujeito de direitos. Possui, desta forma, personalidade, pois personalidade jurídica é requisito indispensável para ser sujeito de direito (...). De igual modo, pronuncia-se Clóvis Bevilacqua (...): "a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações". Adriano de Cupis (...), entretanto, vê-la em menor extensão. Para o autor, não se infere da personalidade jurídica a condição de se ter direitos e contrair obrigações: [...] a personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica. Miguel Reale (...), por sua vez, acentua o fato de apenas o homem ser sujeito de direitos e deveres, separando-o dos animais e coisas: "Todo homem, mas tão somente o homem, é capaz de direitos

e obrigações. Não pode ser sujeito de direitos uma coisa, nem tampouco um animal irracional”. Sua visão dicotômica torna forçosa a afirmação de que o “ser humano” deve possuir personalidade; caso contrário, ser-lhe-ia qualificado como objeto ou animal.

Conclui-se, a par disso, que: I) a personalidade é atributo da pessoa; II) todo ser humano possui personalidade jurídica. Logo, se a personalidade civil inicia-se do nascimento com vida, o nascituro goza de personalidade jurídica, cujos direitos e deveres serão exercidos nos limites de sua condição de ser humano em desenvolvimento.

Superado o primeiro bloco, passa-se ao seguinte. A segunda parte do artigo dispõe que: “[...] mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Sua função é estabelecer o marco a partir do qual o nascituro, dotado de personalidade por ser pessoa, terá direitos, qual seja, da concepção. Por já ser considerado pessoa, o nascituro, desde a concepção, possui direitos.

O novo enfoque consubstancia-se na admissão de personalidade ao nascituro antes do nascimento com vida diante da significância da expressão “da pessoa”, por a lei já prever personalidade ao nascituro. O novo prisma anuncia mais um argumento favorável à teoria concepcionista, uma vez que se depreende a atribuição da personalidade ao nascituro desde a concepção da interpretação do dispositivo em sua plenitude. 54

Não é somente na doutrina que se encontra essa noção segundo a qual o nascituro é pessoa porque dotado de personalidade a partir da concepção (inteligência do artigo 2º., CC), bem como, conseqüentemente, figura como sujeito de direitos e deveres ou obrigações (retome-se a questão da capacidade tributária). O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já reconhece esse *status* do nascituro na ordem civil.

Vejamos o seguinte *decisum*:

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO

54 ALCÂNTARA, Régis Luiz Jordão de, SALES, Ramiro Gonçalves. Atribuição de dignidade ao nascituro: um novo olhar sobre a aquisição da personalidade civil. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a5cdd4aa0048b187>, acesso em 06.02.2023.

PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.

1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, **o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.**

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); **a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008);** no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da

personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. **Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.**

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido. (REsp 1415727/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 29/09/2014) (grifos nossos).

O julgado supra, que marca a posição do E. STJ em defesa da “Teoria Concepcionista” abriga várias lições que foram expostas no decorrer dessa abordagem da condição do nascituro e seu *status quo* no âmbito do Direito Civil.

Conclui-se que na esteira da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais relativos ao tema, o ordenamento jurídico civil ordinário brasileiro não permite concluir que o nascituro seja uma coisa ou algo, mas uma pessoa humana ou alguém, abrigada pelo reconhecimento da *dignidade* inerente a toda pessoa humana e, portanto, tendo posta em abrigo sua vida. O Direito Civil brasileiro também não deixa brechas para eventual legitimação da prática abortiva, que significaria tratar o nascituro como uma coisa a ser removida por mera manifestação de vontade de uma pessoa.

c) A QUESTÃO SOB O ENFOQUE PENAL

Não resta dúvida de que o Brasil adere a uma posição intermédia, chamada comumente de “Proibitiva – Relativa” com relação à prática do aborto. Isso quer dizer que, em regra, o abortamento não é permitido no Brasil e é crime (inteligência dos artigos 124 a 126, CP). Não obstante, há casos em que o aborto não é punível de acordo com o artigo 128, I e II, CP. São os casos do “Aborto Terapêutico ou Necessário”, para salvar a vida da gestante e do “Aborto Sentimental, Humanitário ou Ético”, para os casos de gravidez resultante de estupro.

Neste texto se trata de casos de aborto em situação de gravidez resultante de estupro. Não se discute a positivação da impunidade do aborto nessas circunstâncias. O

que se discute é que a prática do aborto se dê sem a menor consideração aos direitos do nascituro, o que, como já demonstrado, não encontra sustentação no ordenamento jurídico brasileiro sob o prisma constitucional, convencional e legal ordinário.

3-A DEFESA DO NASCITURO E A IMPRESCINDIBILIDADE DA CURADORIA ESPECIAL POR NOMEAÇÃO OU "EX OFFICIO" PELA DEFENSORIA PÚBLICA

Demonstrada cabalmente a inviabilidade das pretensões e dos argumentos da Deputada Federal Sâmia Bomfim, resta expor a importância e o regimento legal da curadoria especial exercida pela Defensoria Pública, principalmente em casos de abortamento.

A Defensoria Pública é um dos órgãos constitucionalmente previstos como essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (art. 134, CF/88).

Conforme consta no artigo 3º da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que a rege e a organiza, são objetivos da Defensoria Pública (I) a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; (II) a afirmação do Estado Democrático de Direito; (III) a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e (IV) a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

O artigo 4º da Lei Complementar elenca as funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (I) prestar orientação jurídica e **exercer a defesa dos necessitados**, em todos os graus; (II) **promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados**, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (inc. X); (III) exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de **outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado** (inc. XI).

Em função destes dispositivos e de outros princípios constitucionalmente assegurados, os Nascituros - que por essência, são vulneráveis -, devem ser tutelados pela Defensoria Pública, principalmente se levarmos em consideração que o ordenamento jurídico obriga o exercício da Curadoria Especial em conformidade com o art. 4º, inciso XVI da LC 80/94, que estabelece ser função institucional deste órgão.

Com efeito, nos termos preconizados pelo Art. 2º do Código Civil, os direitos do Nascituro devem ser assegurados desde a concepção e o **direito à defesa**, consubstanciado em sua representação processual por meio da Curadoria Especial deve ser observado por este órgão que é o responsável por cuidar dos mais vulneráveis. 55

O Legislador, ao editar as Leis Complementares nº 80 e 132, conferiu ao Defensor Público uma ação **proativa** na defesa dos vulneráveis e não a postura inerte de somente atuar quando “nomeado” pelo Juiz.

Na velha concepção do CPC de 1973, somente se concebia a atuação do curador especial após sua nomeação pelo Juiz, ideia esta que, como se sabe, não obedece à melhor técnica, conforme maciço entendimento doutrinário e jurisprudencial.

De fato, com a edição da Lei Complementar nº 80/94, em seu artigo 4º, inciso XVI, é função institucional da Defensoria Pública atuar como curador especial no processo e este instituto é de caráter eminentemente **protetivo**. Com efeito, devido à sua conformação legal e constitucional atual (mormente com o advento da Lei Complementar nº 132/2009) a Defensoria Pública não defende apenas pessoas ou grupos vulneráveis, mas, igualmente, **valores constitucionalmente assegurados**. 56

É por essa razão que a curadoria especial está a cargo da Defensoria Pública e esta não deve, nem mesmo, ser considerada como uma função atípica. Amélia Soares da Rocha bem ressalta isso, asseverando que **tal função não escapa da natureza da instituição**. 57

Este, também, é o entendimento de nossos tribunais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. RÉU REVEL CITADO POR EDITAL. **CURADOR ESPECIAL**. NOMEAÇÃO. **DEFENSORIA PÚBLICA** NA COMARCA. FUNÇÃO INSTITUCIONAL. Havendo **Defensoria Pública** devidamente instituída na Comarca, cumpre seja nomeado Defensor **Público** para atuar como **curador especial**, e não de advogado particular. **Função institucional**. Art. 4º, XVI, da Lei Compl. n.º 80 /94. Precedentes do

55 GUARDIÃ DOS VULNERÁVEIS: STJ admite Defensoria Pública como custos vulnerabilis em recurso repetitivo. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/stj-admite-defensoria-custos-vulnerabilis-repetitivo>, acesso em 06.02.2023.

56 KIRCHNER, Felipe; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. In: ROSENBLATT, Ana *et al.* *Manual de mediação para a Defensoria Pública*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014, p. 41–42.

57 ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 146-147.

TJRS. AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70051407419 , Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 05/10/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. ENSINO PARTICULAR. FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CRUZ ALTA. AÇÃO MONITÓRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FACULDADE DO JUIZ. PROVA PERICIAL. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. DESNECESSIDADE. CAUSA DEBENDI QUE RESTOU CLARAMENTE EXPRESSA NOS AUTOS. DEFESA QUE ADEQUADAMENTE EXERCEU SEU DIREITO IMPUGNANDO OS ENCARGOS CONTRATUAIS. RÉU CITADO POR EDITAL. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. DEFENSORIA PÚBLICA. **FUNÇÃO INSTITUCIONAL TÍPICA E EXCLUSIVA.** ANTECIPAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO FADEP. DESCABIMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDA. Apelação desprovida.

(TJ-RS - AC: 70047645601 RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Data de Julgamento: 14/06/2012, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/06/2012)

Em razão disso, trata-se de **função privativa** 58 da Defensoria Pública, vez que expressamente prevista no aludido artigo 4º, inciso XVI, da Lei Complementar nº 80/1994, de modo que a atuação da Defensoria Pública como curadora especial decorre tão somente em razão da tutela dos interesses de pessoas cuja situação de vulnerabilidade possa impedi-los de ter plena ciência de seus direitos ou de exercer adequadamente a defesa de seus direitos em juízo. 59

Consideradas estas premissas, atemo-nos ao que dispõe o artigo 72, do CPC:

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I - incapaz, se não tiver representante legal **ou se os interesses deste colidirem com os daquele**, enquanto durar a incapacidade;

58 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 206.

59 ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Franklyn Roger Alves (org.). *O CPC 2015 e a Perspectiva da Defensoria Pública*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 130.

II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Parágrafo único. **A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública**, nos termos da lei.

Como se vê, a hipótese prevista no inciso I se adequa perfeitamente aos casos de abortamento, pois resta óbvio que há colidência de interesses deste com o de sua representante legal. Por motivos diversos (que não cabe aqui julgarmos), a gestante deseja pôr fim à vida de seu filho. Ele, como todo ser vivo, quer sua manutenção. Os interesses jurídicos estão em clara oposição. E, a conclusão de que o nascituro quer manter sua vida decorre não de uma idiosincrasia qualquer, mas da constatação filosófica e fática de um dos instintos mais arraigados no vivente, qual seja, o de autoconservação, aquele que leva as criaturas a uma tendência quase invencível de “perseverar no ser”. 60

Do exposto, conforme explicita Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva, *“restando identificada no processo a ocorrência de situação que reclame a presença da curadoria, não se mostra necessário que o juiz profira decisão nomeando a Defensoria Pública como curadora especial; a nomeação nesse caso é despicienda e descabida”*. 61 Afinal, se o Juiz pudesse nomear Defensor Público, poderia, também, destituí-lo, o que resultaria em inaceitável ingerência do Poder Judiciário naquele Órgão. Outrossim, inviável por conformar-se “contra legem” qualquer ingerência do CNJ para pretender proibir a Defensoria Pública de atuar, exercendo suas funções legais e constitucionais.

Assim é que se deve compreender a função da curadoria especial do Nascituro pela Defensoria Pública. Presente qualquer ameaça à vida do feto, este tem o **direito de defesa** assegurado quando há a atuação de um Defensor Público em seu favor, revelando que a Defensoria Pública do Estado do Piauí agiu corretamente ao nomear um de seus membros para defender os interesses do nascituro neste caso que vem sendo objeto de várias críticas infundadas.

Por fim, devemos registrar que as particularidades do caso fizeram com que a Defensoria Pública do Estado do Piauí redobrasse os cuidados e a atenção dispensada aos atores envolvidos na questão, já que as vulnerabilidades da gestante e do nascituro foram igualmente tratadas pela instituição, que nomeou defensores Públicos diferentes para

60 JONAS, Hans. *O princípio vida. Fundamentos para uma biologia filosófica*. Trad. Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 107.

61 ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Franklyn Roger Alves (org.). *O CPC 2015 e a Perspectiva da Defensoria Pública*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 131.

representarem seus interesses, em estrita observância ao que dispõe a Lei Complementar que rege o órgão. 62

4-CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho procurou-se estudar a questão controversa da pretensão da Deputada Federal, Sâmia Bomfim de ingerir-se junto ao Conselho Nacional de Justiça a fim de obter uma “diretriz” que proíba a atuação da Defensoria Pública em prol dos nascituros em procedimentos para autorização judicial de aborto sentimental.

A alegação da parlamentar seria a de que os nascituros não são “sujeitos de direitos”, o que restou amplamente comprovado como um enorme equívoco fático, ético e jurídico diante do ordenamento brasileiro e mesmo internacional. Ademais, ficou claro que a Defensoria Pública detém atribuição própria que não pode ser violada pelo CNJ ou por qualquer outro órgão, já que decorrente de leis e normas constitucionais.

Esperemos que o E. Conselho Nacional de Justiça não ceda a pressões midiáticas e políticas, permitindo seu uso ativista em afronta às normas legais ordinárias, à Constituição Federal e às Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil.

5-REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. *Direito dos Animais*. São Paulo: Themis, 2001.

ALCÂNTARA, Régis Luiz Jordão de, SALES, Ramiro Gonçalves. Atribuição de dignidade ao nascituro: um novo olhar sobre a aquisição da personalidade civil. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a5cdd4aa0048b187>, acesso em 06.02.2023.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 10^a. ed. São Paulo: Método, 2016.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Manual de Direito Tributário*. 4^a ed. Niterói: Impetus.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

62 Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos:

(...)

V – a atuação de Defensores Públicos distintos, quando verificada a existência de interesses antagônicos ou colidentes entre destinatários de suas funções.

ANGOTTI NETO, Hélio. *Disbioética Volume III: O extermínio do amanhã*. Brasília: Monergismo, 2018.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade. De Acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BERISTÁIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BLACK, Edwin. *A Guerra Contra os Fracos*. Trad. Tuca Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003.

BOMFIM, Sâmia. Em defesa dos direitos animais: vote Sâmia 5000. Disponível em <https://twitter.com/samiabomfim/status/1570878016758190085?lang=bg> , acesso em 06.02.2023.

CABETTE, Eduardo. *Judicialização do Aborto – O Direito em Caminhos Tortos*. Florianópolis: ID Editora, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATECISMO da Igreja Católica – Compendio. Disponível em http://www.vatican.va/archive/compendium_ccc/documents/archive_2005_compendium-ccc_po.html, acesso em 06.02.2023.

CHESTERTON, G. K. *The Uses of Diversity*. London: Methuen & Co. Ltd. , 1932.

CONSTANTINO, Clóvis Francisco. Critérios para a emissão ou não da Declaração de Óbito Fetal. Disponível em <https://jundiai.sp.gov.br/saude/wp-content/uploads/sites/17/2014/09/Crit%C3%A9rios-para-emiss%C3%A3o-ou-n%C3%A3o-de-declara%C3%A7%C3%A3o-de-%C3%B3bito-fetal.pdf> , acesso em 06.02.2023.

DIAS, Jurandir. Médicos e Cientistas comprovam: a vida humana começa no momento da concepção. Disponível em <https://ipco.org.br/medicos-e-cientistas-comprovam-a-vida-humana-comeca-no-momento-da-concepcao/>, acesso em 06.02.2023.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 1. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ENGELHARDT, Tristram H. *The Foundation of Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

ESCOLANO, José Gea. *Sim ou Não ao Aborto?* São Paulo: Loyola, 1992.

FERREIRA, Jefferson Drezzet (rev.). Direitos Reprodutivos: "Aborto Legal". Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Aborto_Legal.pdf, acesso em 06.02.2023.

FERRY, Luc. *A Nova Ordem Ecológica*. Trad. Luís de Barros. Porto: ASA, 1993.

FIUZA, César. *Direito Civil*. 18ª. ed. São Paulo: RT, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. Volume 1. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GUARDIÃ DOS VULNERÁVEIS: STJ admite Defensoria Pública como custos vulnerabilis em recurso repetitivo. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/stj-admite-defensoria-custos-vulnerabilis-repetitivo>, acesso em 06.02.2023.

GUILLEBAUD, Jean-Claude. *O Princípio de Humanidade*. Trad. Ivo Storniolo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008.

JONAS, Hans. *O princípio vida. Fundamentos para uma biologia filosófica*. Trad. Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004.

KIRCHNER, Felipe; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. In: ROSENBLATT, Ana *et al. Manual de mediação para a Defensoria Pública*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014.

LOIOLA, Alessandro. *O Manual Secreto das Falácias Esquerdistas*. São José dos Campos: ManhoodBrasil Edições, 2020.

MARMELSTEIN, George. Análise econômica dos direitos fundamentais. Fortaleza: 2007. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2007/12/14/analise-economica-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em 06.02.2023.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Volume IV. Campinas: Millennium, 1999.

MARTINS, Ives Gandra. *A Vida dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.) *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do Bem e do Mal: prelúdio de uma filosofia do futuro*. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2012.

O QUE é Medicina Fetal? Quando um especialista é necessário para acompanhar a gravidez? Disponível em <https://eigierdiagnosticos.com.br/blog/sem-categoria/o-que-e-medicina-fetal/>, acesso em 06.02.2023.

PIOVESAN, Flávia (coord.). *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

RAUSCH, Thomas P. *Catholicism in the Third Millennium*. 2ª ed. Collegeville: Liturgical Press, 2003.

ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda. 2008.

SILVA, Franklyn Roger Alves (org.). *O CPC 2015 e a Perspectiva da Defensoria Pública*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SILVA, Júlio César Ballerini. O Aborto numa abordagem de Direito Civil: questões que têm passado "a latere" na discussão penal do tema. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/69063/o-aborto-numa-abordagem-de-direito-civil>, acesso em 06.02.2023.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. Trad. Jeferson Luz Camargo. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Trad. Marly Winckler. São Paulo: Lugano, 2004.

SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Donald S. Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999.

SOUZA, Murilo, CHALUB, Ana. Ativistas e criadores divergem sobre projeto que transforma animais em sujeitos de direito. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/817294-ativistas-e-criadores-divergem-sobre-projeto-que-transforma-animais-em-sujeitos-de-direito%E2%80%A8/> , acesso em 06.02.2023.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

VASQUES, Lucas. Juíza nomeia Defensora Pública para proteger feto de menina grávida pela 2ª. vez por estupro. Disponível em <https://revistaforum.com.br/direitos/2023/1/31/juiza-nomeia-defensora-publica-para-proteger-feto-de-menina-gravida-pela-2-vez-por-estupro-130809.html> , acesso em 06.02.2023.

O USO DO VERBO *TO BE* NA COMUNICAÇÃO JURÍDICA EM LÍNGUA INGLESA

THIAGO DOS SANTOS ROCHA:
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito do Consumidor, Direito Constitucional Aplicado e Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio.

RESUMO: O verbo “to be” em língua inglesa tem o sentido de “ser” ou de “estar” e é um dos verbos mais básicos desse idioma estrangeiro. Os textos jurídicos, portanto, são repletos de sua ocorrência e o operador do Direito precisa ficar atento às suas formas de aplicação. É dizer: as formas afirmativas, negativas e interrogativas, com diferentes pronomes, sendo que esse verbo admite diversos tempos verbais (*tenses*). Cabe ainda mencionar que o texto de função jurídica pode ser utilizado em outros âmbitos, como, por exemplo, o diplomático, ou mesmo no campo das Letras, na área da tradução e nas humanidades em geral. Ao longo do texto, além da exposição acerca do mencionado verbo, serão abordados tópicos gramaticais em cada exemplo formulado.

Palavras-chave: Comunicação jurídica. Inglês jurídico. Verbo to be. Tradução. Direito. Diplomacia.

1 INTRODUÇÃO

A partir do século XIX, o mundo observou uma grande mudança no caminho de valorização das ciências, com o aprimoramento dos métodos e a especialização de profissionais. A produção acadêmica foi incrementada e até mesmo as perspectivas transdisciplinares e complexas foram valorizadas. Um exemplo de autor que evidencia o pensamento complexo seria Edgar Morin. Dito isso, pesquisas dos mais diversos tipos passaram a ser desenvolvidas e os idiomas, mais do que nunca, colocam-se num patamar de importância crucial para profissionais e pesquisadores.

Dessa forma, o Direito estreitou a sua interconexão com a língua inglesa. Num momento em que a oferta dos cursos de Relações Internacionais se tornou mais intensa, por meio da disponibilização das modalidades de ensino a distância nas universidades de todo o país, o interesse pelo inglês jurídico não se encontra mais unicamente no Direito Internacional e no Direito Comparado. Situa-se, também, na própria capacidade de interpretação de textos com vocabulário voltado para a política internacional, para as questões jurídicas envolvendo Estados, para os feitos da História, da Geografia, além da capacidade de fazer dessas interpretações um pensamento complexo. A diplomacia é um bom exemplo de aplicação prática do que se está a explanar.

Diante disso, vai-se construir neste texto de vocabulário sobretudo jurídico uma breve explicação de como se emprega o verbo "to be" em textos com o registro formal de língua inglesa. O artigo visa a atender aos interesses de profissionais e estudantes dos campos jurídico, diplomático, de tradução e das Letras. As explicações bem atendem aos atuantes das áreas de humanidades em geral, igualmente. O verbo "to be" significa "ser" ou "estar" em inglês. O leitor, ao ler a frase, precisa interpretar o contexto para saber exatamente com qual sentido está lidando. É importante frisar que se admite a forma contraída do verbo.

O "Present simple" é um tempo verbal (*tense*) do inglês que, de acordo com Raymond Murphy, serve para falar de coisas de um modo geral e para referir que algo acontece de forma permanente ou se repete no tempo. Da mesma forma, serve para atestar a verdade das coisas (MURPHY, 2004). Nas palavras de Murphy, em sua obra mundialmente consagrada, intitulada "English Grammar in Use":

We use the present simple to talk about things in general. We use it to say that something happens all the time or repeatedly, or that something is true in general (MURPHY, 2004, p. 4).

O verbo "to be" também pode ser usado no passado e aqui serão dados exemplos no tempo verbal "Past simple", no qual se usam as estruturas verbais "was", "were", "wasn't" e "weren't". O "Present continuous" e o "Past continuous" também serão utilizados nos exemplos, de modo a enriquecer as explicações.

Assim, para cada pessoa do discurso, haverá uma determinada conjugação verbal. No português, os pronomes pessoais do caso reto são aqueles que podem assumir a função de sujeitos. São eles: EU, TU, ELE, ELA, NÓS, VÓS, ELES, ELAS.

Na língua inglesa não existe uma correspondência perfeita entre os pronomes com relação à língua portuguesa. Dessa forma, por meio de exemplos, vejamos a partir deste momento, como funciona a aplicação do verbo "to be" em textos jurídicos de língua inglesa. O objetivo do presente texto é apresentar frases com exemplos de aplicação do verbo "to be", e em cada exemplo serão feitas considerações gramaticais de forma a tornar a exposição ainda mais rica.

2 SUBJECT PRONOUNS AND VERB TO BE

Primeiramente, serão construídas diversas frases autorais em inglês com a respectiva tradução logo ao lado, para que o leitor possa compreender a boa aplicação do verbo "to be" com os pronomes pessoais da língua inglesa. No item 5 deste artigo científico, será utilizada uma citação direta de parágrafo de texto jurídico de Ronald Dworkin, de modo que se possa colocar em prática aquilo que foi visto na explicação dos

exemplos. Conforme já referido, serão utilizadas algumas “tenses”, tais como “Present simple”, “Present continuous”, “Past simple” e “Past continuous”.

-Exemplos com o pronome “I” (Eu):

I am an intelligent lawyer (Sou um advogado inteligente).

Na frase acima, o tempo verbal utilizado foi o “Present simple” e não houve a forma contraída do verbo “to be”, fato que torna o texto mais formal e apropriado para a comunicação jurídica.

I’m a Consumer Law student (Eu sou estudante de direito do consumidor).

O tempo verbal utilizado aqui foi o “Present simple” e houve a forma contraída do verbo “to be”, fato que torna o texto mais informal e apropriado para a comunicação oral. Apesar disso, não se veda a aplicação da contração em textos escritos.

I am studying so that I can be a prosecutor (Estou estudando para ser promotor de justiça).

O tempo verbal utilizado foi o “Present continuous” e não houve a forma contraída do verbo “to be”. A “phrase” “so that” indica um objetivo, de forma que a sua tradução corresponderia a “de forma que” ou “de modo a”.

I’m making an excellent work as a diplomat (Estou realizando um excelente trabalho na condição de diplomata).

O tempo verbal utilizado foi o “Present continuous” e houve a forma contraída do verbo “to be”. A palavra “as” poderia ser substituída por “being” sem perda de sentido da frase.

I was tired of reading last night (Eu estava cansado de ler ontem à noite).

O tempo verbal utilizado foi o “Past simple” e não houve a forma contraída do verbo “to be”, pois não houve negação. “Tired” é um adjetivo e em textos formais não pode ser substituído por “fed up”.

-Exemplos com o pronome “You” (Você):

You are late for the session (Você está atrasado/atrasada para a sessão).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be". Um sinônimo para "late" – e é importante que o operador do direito enriqueça o seu vocabulário – poderia ser "not in time".

You're applying for a job in the wrong place (Você está pleiteando uma vaga de trabalho no lugar errado).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e houve a forma contraída do verbo "to be". O verbo "apply" demanda uma preposição, que no caso, seria "for".

You are dismissed (Está dispensado/dispensada).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be". Um sinônimo para "dismissed" poderia ser "fired from the job".

They say **you are** a nice Constitutional Law professor (Dizem que você é um bom professor/uma boa professora de Direito Constitucional).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be". "Professor" não é a mesma coisa de "teacher", uma vez que a primeira palavra designa o professor acadêmico, aquele que atua no âmbito das universidades, enquanto a segunda palavra corresponde aos demais tipos de professores.

-Exemplos com o pronome "He" (Ele):

He is a prosecutor, even though **he is** just 25 years old (Ele é promotor de justiça, apesar de só ter 25 anos de idade).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be". Aqui deve ser realizada uma observação com relação à utilização do verbo "to be" em inglês para a indicação de idades. Diferentemente da língua portuguesa, na qual se utiliza o verbo "ter", a exemplo de "Eu tenho 50 anos de idade", no inglês alguém "é" a idade, ou seja, não existe uma ideia de posse, mas sim de existência. Ainda: "even though" poderia ser substituído por "even if".

He's a clever criminal lawyer (Ele é um astuto advogado criminal).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e houve a forma contraída do verbo "to be". "Clever" poderia ser substituído por "smart".

He is lost at the university's courtyard (Ele está perdido no patio da universidade).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be". Uma observação importantíssima: o estudante da língua inglesa deve ficar atento ao uso de "in", "on" e "at".

-Exemplos com o pronome "She" (Ela):

She is the best judge in this court of justice (Ela é a melhor juíza neste tribunal de justiça).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be". "Best" é um "adjective" e equivaleria a "most competent".

She is never upset of anything (Ela nunca se aborrece de nada).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be". Importante atentar que "never" é um advérbio de frequência (PRESCHER, 2013) e não de tempo.

She was wrong all the time (Ela estava errada o tempo todo).

O tempo verbal utilizado foi o "Past simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be", pois não há negação. Um sinônimo para "wrong" poderia ser "mistaken".

-Exemplos com o pronome "It (Isto/isso)":

It is an important document (Trata-se de um documento importante).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be". Um sinônimo para "important" poderia ser "valued".

It was a group that came two hours ago (Era um grupo que veio duas horas atrás).

O tempo verbal utilizado foi o "Past simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be", já que não há nenhuma negação. Sinônimos para "ago" seriam "before" e "previously".

-Exemplos com o pronome "We" (Nós):

We are the people who founded this institution (Somos aqueles que fundaram essa instituição).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be". "Who" pode ser substituído por "that".

We are considered good on typing (Somos considerados/consideradas bons/boas em teclar).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be".

We were never capable of going straightforward (Nós nunca fomos capazes de seguir adiante).

O tempo verbal utilizado foi o "Past simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be", pois não houve negação. Um sinônimo para "capable" seria "able" e para "straightforward" seria "straight".

-Exemplos com o pronome You (Vocês):

You are seriously in danger (Vocês estão em sério perigo).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be". Um sinônimo para "seriously" seria "really".

You are newcomers in this place and should always trust in the wisdom of your professors (Vocês são novatos aqui neste lugar e sempre deverão confiar na sabedoria de seus professores).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be". Mais uma vez frise-se que "professor" é o professor da Academia.

You were writing the petition in a wrong manner (Vocês estavam redigindo a petição da forma incorreta).

O tempo verbal utilizado foi o "Past continuous" e não houve a forma contraída do verbo "to be", pois não houve negação. "In a wrong manner" pode ser substituído por "wrongly".

-Exemplos com o pronome "They" (Eles/Elas):

They are good parents, considering the previous adoption and the new one will be favorable, if everything goes well (Eles são bons pais, considerando a adoção anterior, e a nova será favorável se tudo correr bem).

O tempo verbal utilizado foi o "Present simple" e não houve a forma contraída do verbo "to be". "Favorable" poderia ser substituído por "easily deferred".

3 AS FORMAS NEGATIVAS DO VERBO TO BE

O verbo **to be**, na forma negativa, deve ser acompanhado da palavra "not", sendo admitidas as formas contraídas. Há de se lembrar, ainda, que existem duas formas de se contrair essa forma negativa.

A partir deste momento, presume-se que o leitor já tenha apreendido como se usa o verbo "to be", de forma que não serão mais feitas as considerações sobre contrações e "tenses". Daqui em diante, os comentários restringir-se-ão às substituições gramaticalmente corretas que mantenham os sentidos das orações. Veja-se:

I am not a friendly professional (Não sou um profissional amigável).

Um substituto adequado para friendly seria "amicable".

You are not as competent as they say (Você não é tão competente como dizem).

A estrutura "As... as..." poderia ser substituída por "like". De forma que a frase seria reformulada da seguinte forma: "You are not competent like they say".

He's not (He isn't) an easygoing person (Ele não é uma pessoa calma).

"Easygoing" é a mesma coisa de pacato.

She's not (She isn't) ready to start working as a law professional (Ela não está preparada para trabalhar como uma profissional do Direito).

"Ready" poderia ser substituído por "prepared".

It is not (It isn't) our fault that your efforts have all been in vain (Não é nossa culpa que seus esforços tenham sido em vão).

Pode-se reformular a frase da seguinte maneira: "We are not to blame for the failure of your efforts".

We aren't (We're not) aware of such legal liability (Não estamos cientes de tal responsabilidade jurídica).

Pode-se reformular a frase da seguinte maneira: "We do not know about such legal liability".

You aren't (You're not) criminals (Vocês não são criminosos).

Essa frase não pode ser reformulada sem mudança de sentido.

They are not responsible for someone else's duties (Eles não são responsáveis pelos deveres dos outros).

A frase pode ser reformulada da seguinte maneira: "They are not obliged to assume other people's responsibilities".

4 AS FORMAS INTERROGATIVAS DO VERBO TO BE

Na forma interrogativa, deverá haver uma inversão daquilo que ocorre nas afirmações e nas negações. Ou seja: o verbo deverá permanecer na frente do sujeito.

Am I under arrest? (Estou preso?)

A expressão "under arrest" significa "in legal custody".

Are you the judge that wrote the judicial sentence? (Você é o juiz que redigiu a sentença judicial?)

"Judicial sentence" é a mesma coisa de "condemnation".

Is he a good attorney? (Ele é um bom advogado?)

"Attorney" é sinônimo de "lawyer".

Is she considered guilty? (Ela é considerada culpada?)

"Guilty" é a mesma coisa de "not innocent".

Is it a proper word to use in this context? (É uma palavra adequada para usar neste contexto?)

"Proper" pode ser substituído por "adequate".

Are we close to finishing this argument? (Estamos terminando este argumento?)

A supressão de "close to" não prejudica o sentido da frase.

Are you lawyers?

Só se deduz que “you” é “vocês” depois da leitura da palavra “lawyers”.

Are they the renowned experts? (Eles são os renomados experts?)

“Renowned” é sinônimo de “famous” ou “of prestige”.

5 EXEMPLO EXTRAÍDO DA LITERATURA JURÍDICA

Tomando por base os exemplos acima referidos, passe-se à análise de um parágrafo de um artigo científico de Ronald Dworkin, intitulado “Equality, democracy, and constitution: we the people in court”, no qual hão de se destacar os sujeitos das frases relacionados com o verbo “to be”, sendo que, àqueles sujeitos que estiverem escritos por extenso, dar-se-á a indicação de qual é o pronome correspondente em inglês. Dessa forma, toda a explanação acima vista pode ser colocada em prática por meio da comunicação jurídica em língua inglesa, aqui materializada na forma de artigo acadêmico de um autor estrangeiro.

“**The real threat** a constitution poses to democracy **is** deeper, and has nothing to do with the fact that **judges are** not elected. We know that in a complex, representative democracy the majority’s will cannot always govern. But for the most part we accept that in any democracy the majority should govern; we think that though **institutional structures that insulate officials from popular opinion are** necessary in practice, **they are** undesirable in principle. But when constitutions declare limits on the majority’s power, **this democratic assumption is** displaced: **decisions are** not supposed to reflect the will of the majority then. Every official swears loyalty to the constitution, and therefore has a responsibility to defy popular will when **the constitution’s guarantees are** in play. But **that responsibility is** most vivid when **judges are** asked to test legislation that has already been enacted, and so tacitly certified as constitutional, by other officials. Judges then claim a right and a duty to stand in the way of what the majority’s representatives think proper and in the interests of the community as a whole” (DWORKIN, 1990, p. 325).

Analisando o texto de Dworkin em colocando em prática os ensinamentos vistos, veja-se como ficarão os sujeitos destacados por meio da substituição por pronomes pessoais:

The real threat = It = It is.

Judges = They = They are.

Institutional structures that insulate officials from popular opinion = They
= They are.

This democratic assumption = It = It is.

Decisions = They = They are.

The constitution's guarantees = They = They are.

That responsibility = It = It is.

Judges = They = They are.

6 CONCLUSÃO

O verbo "to be" é um verbo simples. Ele não implica maiores mistérios em sua utilização. Trata-se prioritariamente de uma questão de memorização das "tenses" e das contrações. O operador do direito que se aventurar pela comunicação jurídica em língua inglesa irá deparar esse verbo com uma frequência considerável.

Dessa maneira, essa pequena contribuição demonstrou as formas afirmativa, negativa e interrogativa do verbo "to be" no texto jurídico, esperando-se com isso ter apresentado quantidade relevante de exemplos para que o assunto pudesse ser compreendido.

A metodologia adotou, ainda, paralelamente ao foco do verbo "to be", explicações gramaticais sobre o que seria corretamente viável em termos de substituições lexicais nos textos, por meio de sinônimos e alterações de estruturas frasais, pois essa é a realidade de quem lida com argumentação jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution: we the people in court. **Revista Alberta Law Review**, v. XXVIII, n. 2, 1990, p. 324-346.

MURPHY, Raymond. **English grammar in use**. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

PRESCHER, Elisabeth. **Adjetivos e advérbios em inglês**: adjectives and adverbs. Barueri: Disal, 2013.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DO E-COMMERCE E SUAS APLICAÇÕES NO MUNICÍPIO DE SANTA FÉ DO SUL – SP

THAIS TONIZIOLI MASCHIO:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul/SP –
UNIFUNEC⁶³

LAURA LIMA BASSOLI⁶⁴
(coautora)

Prof. Me. **Elaine Doro Mardegan Costa**⁶⁵

Prof. Dra. **Luciana Renata Rondina Stefanoni**⁶⁶
(orientadoras)

RESUMO: Com a imperiosidade da internet, surge a preocupação com a proteção do consumidor, em razão da violação de seus direitos em compras presenciais, fator acentuado em meio virtual. Logo, objetiva-se analisar a expansão do e-commerce, e sua relação jurídica com as compras presenciais no município santafessulense. Quanto à metodologia, efetuou-se pesquisa descritiva, comparativa, documental e quantitativa. Ademais, foi realizado um levantamento total de vinte e nove processos de domínio público, do segundo semestre de 2019 até o primeiro de 2021, da Comarca de Santa Fé do Sul, junto ao Portal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Observa-se que as ações ajuizadas por compras presenciais são: doze de indenização por dano moral; quatro de rescisão do contrato e devolução do dinheiro; quatro de obrigações; três de indenização por dano material; duas de práticas abusivas; duas de defeito, nulidade ou anulação; uma de substituição do produto; uma de inclusão indevida em cadastro de inadimplentes. Logo, os resultados da pesquisa evidenciam violações aos direitos consumeristas em aquisições presenciais, portanto, para estabelecer um paralelo da pesquisa com o e-commerce,

⁶³Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP - UNIFUNEC; e-mail: thaistmaschio@hotmail.com.

⁶⁴ E-mail: lauralimab@hotmail.com.

⁶⁵Docente, Centro Universitário de Santa Fé do Sul – UNIFUNEC; e-mail: elamardegan@hotmail.com.

⁶⁶Docente, Centro Universitário de Santa Fé do Sul – UNIFUNEC; e-mail: coordenacaodireitofunec@hotmail.com.

ressalta-se que, o consumidor já é lesado nas compras físicas, fator acentuado em aquisições on-line, pela vulnerabilidade e desconhecimento técnico.

Palavras-chave: Consumidor. Código de Defesa do Consumidor. E-Commerce. Proteção jurídica.

THE LEGAL PROTECTION OF THE CONSUMER IN THE SCOPE OF E-COMMERCE AND IT'S APPLICATIONS IN THE COUNTY OF SANTA FÉ DO SUL – SP

ABSTRACT: With the imperiousness of the internet, there was a significant growth in electronic commerce. Thus, there is a concern with consumer protection, due to the violation of their rights in face-to-face purchases, a factor that is accentuated in a virtual environment. Therefore, the objective is to analyze the applicability of Federal Decree No. 7962/2013, the expansion of e-commerce, and its legal relationship with face-to-face purchases in the county of santafessulense. As for the methodology, descriptive, comparative, documentary, quantitative and qualitative research was carried out. In addition, a total survey of twenty-nine public domain cases was carried out, from the second half of 2019 to the first half of 2021, in the Judicial District of Santa Fé do Sul, at the Portal of the Court of Justice of São Paulo. With this analysis, it is observed that the lawsuits filed for in-person purchases are: twelve for indemnity for pain and suffering; four of contract termination and money back; four of bonds; three for indemnity for material damage; two of abusive practices; two of defect, nullity or nullity; a replacement product; one of improper inclusion in the record of defaulters. Still concerning the sampling, the values of the shares appreciated have an average of ten thousand, four hundred and six reais and fifteen centavos. Therefore, the survey results show violations of consumer rights in face-to-face acquisitions, even in a city in the interior, requiring appeal to the Judiciary. Thus, to establish a parallel between the research and e-commerce, it is noteworthy that the consumer is already harmed in physical purchases, an accentuated factor in online purchases, due to vulnerability, technical and legal ignorance.

Keywords: Consumer. Consumer Protection Code. E-commerce. Legal protection.

1 INTRODUÇÃO

A partir do avanço da globalização, como também da instauração da denominada “sociedade da informação”, evidenciou-se a magnitude do mundo digital - o qual desencadeou inúmeras mudanças, inclusive nas formas de consumo dos indivíduos.

Nesse diapasão, houve crescimento expressivo do comércio eletrônico, que permitiu maior comodidade aos consumidores, ante o fato de que as operações passaram a ser efetuadas sem a necessidade de locomoção a uma loja física específica, fato observado ainda por meio de matérias divulgadas pela mídia, como exemplo, a publicada pela Revista

Isto é Dinheiro (2020), a qual alegou aumento médio de 400% (mensal) no número de lojas que adotaram o comércio eletrônico durante o período de quarentena.

A partir disso, cumpre também salientar a respeito do aumento expressivo das vendas após a adoção do mercado eletrônico, em razão da disponibilidade ininterrupta, bem como da facilitação da comparação de preços e ampla gama de bens e serviços disponíveis, no mercado interno e externo, aos consumidores.

Ocorre que, em contrapartida a essas benesses, muitas ações são ajuizadas no Poder Judiciário sobre essas questões, conforme se denota da pesquisa realizada no presente projeto, a qual mostra que mesmo em uma cidade interiorana, as compras presenciais já necessitam de judicialização pelo fato de lesão ao consumidor; o que acaba por evidenciar a realidade das pessoas que adotam o mercado eletrônico, mas em seus empreendimentos não agem conforme as leis brasileiras vigentes, deixando assim os consumidores mais vulneráveis, em razão da falta de conhecimento técnico e de informação. Portanto, é mister que o empresário garanta informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor, bem como um atendimento facilitado, com respeito ainda ao direito de arrependimento.

Logo, nesse mesmo contexto, surge a preocupação com a proteção do consumidor no âmbito do e-commerce, visto que nesta modalidade, por não possuir a informação necessária e pelo desconhecimento de seus direitos, esse encontra-se ainda mais suscetível no momento da contratação virtual.

Nessa toada, pelo fato de ser um tema recente, bem como um raciocínio que necessita de aprofundamento jurídico e científico, a proteção jurídica do consumidor no âmbito do e-commerce e suas aplicações, especialmente, no que concerne ao município de Santa Fé do Sul/SP, revelam-se como interessante discussão doutrinária.

Dessa maneira, é indubitável que, antes do respaldo legal referente a essa temática, os operadores do direito se baseavam somente na analogia, nos costumes e nos princípios inerentes a legislação consumerista.

Contudo, deve-se considerar a regularização do comércio eletrônico, a partir da promulgação do Decreto nº 7962/2013, bem como a relevância prática de casos que foram e estão sendo julgados nos Tribunais, visto que novos caminhos passam a direcionar o e-commerce, mas ainda deixam em aberto novas proposições.

O que justifica o referido projeto de pesquisa, pois se busca averiguar a relevância dessa temática para os dias atuais, importância essa que consiste em explicitar aos consumidores a existente judicialização das questões consumeristas, em especial, no que

concerne ao município de Santa Fé do Sul/SP, que abriga o Centro Universitário – UNIFUNEC, levando-se em conta que essa é uma pequena cidade interiorana e, ainda assim, possui demandas judiciais significativas no âmbito das compras presenciais acerca do referido tema, conforme demonstrado pela pesquisa e correspondentes resultados desse projeto. Logo, com a referida análise, tem-se uma melhor noção dos impactos, da fragilidade, bem como da maior vulnerabilidade que o mundo virtual (e-commerce) pode apresentar.

Sendo assim, chega-se a imprescindível problemática abordada, que busca elucidar as consequências jurídicas da lesão aos direitos consumeristas, tanto na esfera das compras presenciais, por meio da pesquisa do presente projeto, quanto no âmbito do e-commerce (com base na aplicabilidade e regularidade do Decreto Federal nº 7962/2013).

Destarte, frisa-se que o presente trabalho procura investigar a expansão do mercado eletrônico, bem como a aplicabilidade do Decreto Federal nº 7962/2013 e sua contribuição aos e-consumidores, a fim de protegê-los e esclarecê-los sobre as consequências jurídicas de suas aquisições em ambiente virtual. Além disso, a pesquisa do presente projeto evidencia as implicações jurídicas das compras presenciais no município santafessulense, por meio de levantamento de vinte e nove processos de domínio público, do segundo semestre de 2019 até o primeiro de 2021, da Comarca de Santa Fé do Sul, junto ao Portal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

Importante mencionar que para o desenvolvimento do presente projeto, os materiais utilizados foram os seguintes: notebook, livros, e-books, rede de internet, impressora, tinta para impressora, papel, caneta, lápis, borracha, redes virtuais, bem como da disponibilidade dos envolvidos.

Quanto aos métodos e procedimentos utilizados, consigna-se que, para fins de pesquisa e obtenção de resultados, a aplicação da Pesquisa Descritiva Comparativa Documental, Quantitativa e Qualitativa.

O procedimento para a coleta de dados, configura-se como uma análise descritiva do tema do estudo no âmbito do tema do estudo “e-commerce”. Já o levantamento documental procedeu-se a abordagem quantitativa e qualitativa, no que se refere ao levantamento processual concernente à temática do presente artigo, “a proteção jurídica do consumidor”, bem como violação de seus direitos. Em seguida, buscou-se realizar a comparação entre a relação processual ajuizados que se referem as compras efetuadas de modo presencial e online, de empresas do município de Santa Fé do Sul/SP, sem expor nome de empresas.

Desse modo, a fim de obter tais resultados e exemplificar o comparativo entre compras presenciais e online, no que se condiz a temática “proteção do consumidor”, fora elaborado formulários de pesquisa no qual apresentam-se no presente trabalho por meio de tabela – na qual contém: número dos processos, ano de ajuizamento da ação, assunto da ação ajuizada, bem como o ramo das empresas santafessulenses. Além disso, há ainda a situação do processo (transitado em julgado ou em grau de recurso) e julgamento (procedente, improcedente ou parcialmente procedente).

Cabe salientar, que o levantamento processual fora efetuado por meio da busca de material eletrônico (internet), especificamente, no Portal do Tribunal de Justiça de São Paulo, e-SAJ, que visa facilitar a troca de informações e agilizar o trâmite processual por meio de diversos serviços WEB voltados para os advogados, cidadãos e serventuários da justiça. Estes também disponibilizam acesso às informações relativas à situação e tramitação dos processos de Primeiro e Segundo Grau. Assim, consigna-se que os processos a serem analisados para fins desta pesquisa e construção do artigo científico em comento, não tramitam em segredo de justiça, já que são de domínio público, portanto, de livre acesso à toda população.

Ademais, todos os processos analisados, para fins dessa pesquisa obtiveram como período o segundo semestre de 2019 até o primeiro semestre de 2021. Estes processos, tramitam em todas as Varas do Fórum da Comarca de Santa Fé do Sul/SP, sendo todos de domínio público.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Nesse tópico, cabe salientar que, para fins de pesquisa e de análise, foi efetuado levantamento de 29 (vinte e nove) processos de domínio público, junto ao site do Tribunal de Justiça de São Paulo (e-SAJ, consultas processuais), concernentes a todas as Varas do Fórum da Comarca de Santa Fé do Sul/SP, cujas temáticas referem-se à proteção do consumidor.

Nesse sentido, após a finalização da pesquisa, bem como da coleta de dados, pode-se constatar os seguintes resultados para as ações ajuizadas por compras presenciais - as quais são objeto de pesquisa do presente artigo:

Nº do processo	Valor da ação	Ano	Assunto	Ramo da empresa	Julgamento	Situação
-----------------------	----------------------	------------	----------------	------------------------	-------------------	-----------------

1002806-56.2019.8.26.0541	R\$ 11.825,20	2019	Indenização por Dano Material	Varejista	Parcialmente procedente	Em grau de recurso
1002577-96.2019.8.26.0541	R\$ 6.088,79	2019	Indenização por Dano Moral	Varejista	Acordo	Trânsito em julgado
1003648-36.2019.8.26.0541	R\$ 12.428,00	2019	Rescisão do contrato e devolução do dinheiro	Varejista	Parcialmente procedente	Em andamento
1003311-47.2019.8.26.0541	R\$ 20.634,36	2019	Práticas Abusivas	Varejista	.	Cancelado
1004951-85.2019.8.26.0541	R\$ 15.000,00	2019	Obrigação de Fazer / Não Fazer	Varejista	Improcedente	Trânsito em julgado
1005111-13.2019.8.26.0541	R\$ 20.641,59	2019	Indenização por Dano Moral	Varejista	Improcedente	Trânsito em julgado
0003728-17.2019.8.26.0541	R\$ 1.318,61	2019	Rescisão do contrato e devolução do dinheiro	Varejista	Procedente	Trânsito em julgado
1000276-45.2020.8.26.0541	R\$ 10.000,00	2020	Indenização por Dano Moral	Varejista	.	Em andamento
1000297-21.2020.8.26.0541	R\$ 10.392,12	2020	Indenização por Dano Moral	Varejista	Parcialmente procedente	Trânsito em julgado
1000457-46.2020.8.26.0541	R\$ 10.070,90	2020	Práticas Abusivas	Varejista	Acordo	Em andamento
1000408-05.2020.8.26.0541	R\$ 8.179,27	2020	Indenização por Dano Material	Varejista	Parcialmente procedente	Trânsito em julgado

1000388-14.2020.8.26.0541	R\$ 12.484,00	2020	Obrigação de Fazer / Não Fazer	Varejista	.	Trânsito em julgado
1000869-74.2020.8.26.0541	R\$ 12.484,00	2020	Indenização por Dano Moral	Varejista	.	Em andamento
1004939-71.2019.8.26.0541	R\$ 10.141,97	2020	Indenização por Dano Material	Varejista	.	Suspensão
1001652-66.2020.8.26.0541	R\$ 8.117,83	2020	Rescisão do contrato e devolução do dinheiro	Varejista	Acordo	Trânsito em julgado
1002090-92.2020.8.26.0541	R\$ 10.000,00	2020	Indenização por Dano Moral	Varejista	Acordo	Trânsito em julgado
1001620-61.2020.8.26.0541	R\$ 10.000,00	2020	Obrigações	Varejista	.	Trânsito em julgado
1003179-53.2020.8.26.0541	R\$ 5.724,98	2020	Indenização por Dano Moral	Varejista	.	Trânsito em julgado
1003566-68.2020.8.26.0541	R\$ 20.000,00	2020	Inclusão Indevida em Cadastro de Inadimplentes	Varejista	.	Em andamento
1003379-60.2020.8.26.0541	R\$ 10.000,00	2020	Indenização por Dano Moral	Varejista	.	Cancelado
1003974-59.2020.8.26.0541	R\$ 10.000,00	2020	Indenização por Dano Moral	Varejista	.	Em andamento
1003996-20.2020.8.26.0541	R\$ 10.799,02	2020	Rescisão do contrato e devolução do dinheiro	Varejista	Acordo	Em andamento

1000184-33.2021.8.26.0541	R\$ 5.000,00	2021	Indenização por Dano Moral	Varejista	.	Em andamento
1000038-89.2021.8.26.0541	R\$ 6.388,00	2021	Defeito, nulidade ou anulação	Varejista	Acordo	Trânsito em julgado
1000465-86.2021.8.26.0541	R\$ 6.942,70	2021	Obrigação de Fazer / Não Fazer	Varejista	Acordo	Trânsito em julgado
1000319-45.2021.8.26.0541	R\$ 15.000,00	2021	Defeito, nulidade ou anulação	Varejista	.	Em grau de recurso
1000884-09.2021.8.26.0541	R\$ 10.000,00	2021	Indenização por Dano Moral	Varejista	.	Trânsito em julgado
0000842-74.2021.8.26.0541	R\$ 2.117,05	2021	Substituição do Produto	Varejista	Acordo	Trânsito em julgado
1001353-55.2021.8.26.0541	R\$ 10.000,00	2021	Indenização por Dano Moral	Varejista	.	Em grau de recurso

Ainda concernente à amostragem, frisa-se que os valores das ações apreciadas possuem à média de R\$ 10.406,15 (dez mil, quatrocentos e seis reais e quinze centavos).

Logo, ante o contexto acima descrito, em termos de atender os objetivos propostos no presente estudo, é possível notar a consonância com o objetivo do presente artigo científico.

Sendo assim, para estabelecer um paralelo da pesquisa com o e-commerce, ressalta-se que, nas compras físicas, o consumidor já é lesado e precisa ressarcir seus prejuízos por meio do ajuizamento de ações no Poder Judiciário, fator que se acentua em aquisições on-line.

Portanto, os resultados da pesquisa evidenciam impactos expressivos aos direitos dos consumidores em compras presenciais, mesmo em uma cidade interiorana, como é o caso de Santa Fé do Sul/SP, pois torna-se necessária a judicialização de questões consumeristas.

Destarte, no tocante as compras on-line, conclui-se que é preciso levar em conta a expansão do mercado eletrônico e a maior vulnerabilidade, bem como a aplicabilidade do

Decreto Federal nº 7962/2013 para fins de proteção do consumidor, sem deixar de considerar ainda os seus aspectos genéricos, os quais necessitam de atualizações.

Logo, foi possível constatar que a modalidade de compras on-line se apresenta mais vulnerável quanto aos mecanismos de proteção consumerista, seja por desconhecimento técnico dos direitos ou pelo fato do consumidor ser facilmente persuadido por falsas promoções ou benefícios de crédito, dentre outros diversos atalhos inerentes ao mundo digital.

4 CONCLUSÃO

Em sede inicial, frisa-se que o presente trabalho procura investigar a expansão do mercado eletrônico, bem como a aplicabilidade do Decreto Federal nº 7962/2013 e a sua contribuição aos e-consumidores, sem deixar de apontar seus aspectos que ainda se encontram genéricos e necessitam de atualizações, conforme também defende a doutrina majoritária.

Ademais, com o intuito de proteção e esclarecimento aos consumidores, o presente artigo aborda sobre as consequências jurídicas das aquisições em ambiente virtual. Logo, nesse sentido, a pesquisa evidencia as implicações jurídicas das compras presenciais no município de Santa Fé do Sul/SP, por meio de levantamento de vinte e nove processos de domínio público, do segundo semestre de 2019 até o primeiro de 2021, da Comarca de Santa Fé do Sul, junto ao Portal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

E, a partir de análise, foi obtido o número total de processos, sendo eles: doze de indenização por dano moral; quatro de rescisão do contrato e devolução do dinheiro; quatro de obrigações; três de indenização por dano material; duas de práticas abusivas; duas de defeito, nulidade ou anulação; uma de substituição do produto; uma de inclusão indevida em cadastro de inadimplentes.

Nesse diapasão, é indubitável que os resultados da pesquisa evidenciam violações aos direitos consumeristas em aquisições presenciais, mesmo em cidade interiorana, sendo necessário recorrer ao Judiciário. Assim, sendo possível o estabelecimento de um paralelo da pesquisa com o e-commerce, ressalta-se a conclusão de que, o consumidor já é lesado em compras físicas, fator acentuado em aquisições realizadas de forma on-line, em razão da maior vulnerabilidade, do desconhecimento técnico e legal dos consumidores.

Destarte, salienta-se que a temática concernente ao presente artigo constitui grande relevância para a comunidade científica, além de expressar as benesses trazidas pelo Decreto Federal nº 7962/2013, bem como seus aspectos que necessitam de reformulação,

haja vista que a sociedade evolui em consonância com o Direito, visto que se trata de uma ciência social e humana.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Ricardo de Macedo Menna; PACHECO, José Ernani de Carvalho. **Direito & redes sociais na internet: a proteção do consumidor no comércio eletrônico**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

____. **Decreto Federal nº 7.962, de 15 de março de 2013**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. 2013. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/decreto/d7962.htm#:~:text=DE C

ETO%20N%C2%BA%207.962%2C%20DE%2015%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202013&text=Regulamenta%20a%20Lei%20n%C2%BA%208.078,a%20contrata%C3%A7%C3%A3o%20no%20com%C3%A9rcio%20eletr%C3%B4nico. Acesso em: 13 maio 2021.

____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. 2014. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2014/lei/l12965.htm#:~:text=Estabelece%20princ%C3%ADpios%2C%20garantias%2C%20direitos%20e,uso%20da%20Internet%20no%20Brasil. Acesso em: 16 nov. 2020.

COSTA, Kelly Caroline Carvalho; CASTRO, Renata Romani. A proteção jurídica do consumidor no comércio eletrônico. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 12, n. 1, jul. 2017, p. 140-171. Disponível em:
<http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/455/pdf> . Acesso em: 13 maio 2021.

DA REDAÇÃO. Pandemia do coronavírus faz e-commerce explodir no Brasil. **ISTOÉ DINHEIRO**. 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/pandemia-do-coronavirus-faz-e-commerce-explodir-no-brasil/>. Acesso em: 14 dez. 2020.

EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara; BLAUTH, Flávia Noemberg Lazzari. A proteção jurídica do consumidor enquanto direito fundamental e sua efetividade diante de empecilhos jurisprudenciais: o enunciado 381 do STJ. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 5, n. 17, p. 207-226, out./ dez. 2011. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/348/495>. Acesso em: 13 maio 2021.

FERNANDES, Dinalva. **Impulsionada pela pandemia, expansão do e-commerce chega a 40% ao ano**. In: E-Commerce Brasil. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/impulsionada-expansao-ecommerce-coronavirus/>. Acesso em: 12 nov. 2020.

GONÇALVES, Rafael Augusto Leandro; FERREIRA, Rildo Mourão. O direito do consumidor no e-commerce. **Revista Jurídica** Eletrônica, ano 6, n. 8, fev. 2017, p. 65- 75. Universidade de Rio Verde. Disponível em: [https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/6%20-%20O%20DIREITO%20DO%20CONSUMIDOR%20NO%20E-COMMERCE\(1\).pdf](https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/6%20-%20O%20DIREITO%20DO%20CONSUMIDOR%20NO%20E-COMMERCE(1).pdf). Acesso em: 13 maio 2021.

LIMA, Rogério Montai de. **Relações contratuais na internet e proteção jurídica do consumidor**. 2007. 280 f. Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília (área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social). Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp063050.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

MARINELI, Vitória Vicente; GARCIA, Ricardo Alexandre Rodrigues. **E-commerce e proteção jurídica do consumidor**: segurança em relações de consumo virtuais. ANAIS DO SEMINÁRIO DE PESQUISA E EXTENSÃO DO CURSO DE DIREITO DO UNIFUNEC – SEMPEX, v. 2, n. 2, 2020. Disponível em: <https://seer.unifunec.edu.br/index.php/sempex/article/view/4902>. Acesso em: 13 maio 2021.

MENDONÇA, Hebert Garcia de. E-commerce. **Revista Inovação, Projetos e Tecnologia - IPTEC**, capa, v.4, n. 2, 2016. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/iptec/article/view/9361>. Acesso em: 13 maio 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Lucas Pires dos; POHLENZ, Marilu. A proteção do consumidor nas relações de e-commerce. In: **Seminário de Iniciação científica e seminário integrado de ensino**,

pesquisa e extensão. CIRCUITO REGIONAL de Pesquisa, Inovação e Desenvolvimento: Inteligência Artificial: a nova fronteira da ciência brasileira. 19 a 23 out. 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/25940-Texto%20do%20artigo-87942-1-10-20200831.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico:** conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

TRAN, Lobel Trong Thuy. Gerenciando a eficácia das plataformas de comércio eletrônico em uma pandemia. **Journal of Retailing and Consumer Services**, v. 58, jan. 2021. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0969698920312959>. Acesso em: 13 maio 2021.

A VISÃO PLATÔNICA SOBRE OS ESTRANGEIROS E OS REFLEXOS NA SOCIEDADE ATUAL COM O OLHAR AOS REFUGIADOS

CIBELE GONCALVES GALLEGO:

Pós graduanda Strictu Sensu em Direito do Trabalho, pós graduada em Direito do Trabalho, MBA em Gestão Empresarial. Atuou como voluntária em Projeto de inserção laboral de refugiados (Cáritas Arquidiocesana de São Paulo). Atua como Coordenadora Jurídica empresarial;

RESUMO: Nos dias atuais, onde há um crescente fluxo global de pessoas oriundas de diversos países em busca de acolhimento e refúgio, devido à grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados, obrigando-as a requerer refúgio em outros estados, há que se repensar conceitos quanto às críticas ao acolhimento de estrangeiros, que demonstram discriminação e total ausência de humanidade àqueles que necessitam de apoio e lutam por sua sobrevivência. Na visão de Platão, o intercâmbio entre Estados resulta na mistura de culturas e, portanto, acarreta danos àqueles que desfrutam de uma boa forma de governo e boa legislação. No entanto, proteger aqueles que se deslocam é uma responsabilidade global coletiva.

Palavras-chave: Refugiados. Discriminação. Platão.

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo, tem como objetivo abordar a visão de Platão sobre os estrangeiros assim considerados na obra "As leis", mediante o questionamento de abordagem de respectivos conceitos aplicados aos dias atuais, bem como tecer algumas considerações e reflexões direcionadas aos imigrantes, origem das diversidades, reflexos na política dos dias atuais e aplicadas aos refugiados a partir dos conceitos de governo idealizados por Platão.

Aborda-se ainda, a precariedade decorrente de discriminação adotada contra os refugiados, como por exemplo, a ausência de oportunidades para seu desenvolvimento no país que se busca uma nova vida.

Não se pode deixar de considerar que o tema imigrante, aqui tratado especificamente refugiado, encontram respaldo nos Direitos Humanos Universais.

2.O REFLEXO NA POLÍTICA DA VISÃO DE PLATÃO SOBRE OS ESTRANGEIROS

O tema “estrangeiros” tratado por Platão, visando regularizar a presença destes, demonstra uma cautela para não resultar em danos aos povos que desfrutavam de uma boa forma de governo e boa legislação.⁶⁷

Neste sentido, Platão aborda regras quanto a questão de ir para o estrangeiro ou mesmo para a admissão destes no Estado, quais sejam:

1. Nenhum homem com menos de quarenta anos terá permissão de ir para o estrangeiro na qualidade de indivíduo particular, para nenhum sítio e;
2. Não será permitido que um homem se dirija ao estrangeiro na qualidade de indivíduo particular, mas a permissão na qualidade de representante público será concedida a arautos, embaixadores e certas comissões de inspeção.

O que se extrai do texto acima, na visão de Platão, é que há uma restrição para que os povos não se misturem, de modo que a cultura e o governo se mantenham sob controle, portanto, não se pode negar que o pensamento platônico possui grande influência nas formas de governo e políticas por todo o mundo.

A partir de então, nesta mesma linha de raciocínio, onde há a proteção moral, política e cultural do pensamento platônico como base de diversas formas de governo, desde a base religiosa que também se apoiou nos ensinamentos de Platão, como por exemplo o próprio cristianismo.

No âmbito religioso, ainda, há que se destacar o quão discriminados são os estrangeiros, onde há diversos ordenamentos para que as raças não se misturem com aqueles que não pertencem ao próprio povo. Ademais, os povos distintos sempre foram classificados como aqueles que representam perigo, um povo sem cultura e normalmente classificados como ameaça.

Frise-se que, a discussão sobre diversidade surgiu na Grécia, para distinguir os gregos dos outros povos, sendo que os outros povos eram chamados de bárbaros, com o sentido de inferioridade, ou ainda, povos desprovidos de razão e conseqüentemente incapazes de formar sociedades civis⁶⁸.

Historicamente, a partir do século XIX, o conceito de “raça” passou a ser utilizado no meio científico, onde se justificavam a tese da superioridade europeia.

67 GONZAGA, Alvaro de Azevedo. O erro de Kelsen: o prisioneiro da caverna platônica / Álvaro de Azevedo Gonzaga. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020. Página 155 e 156.

68 SEYFERTH, Giralda. O beneplácito da desigualdade: breve digressão sobre racismo. Racismo no Brasil – São Paulo; Ed. Peirópolis; ABONG, 2002.

Contudo, esta linha de raciocínio não deveria ocupar posições na atualidade, vez que o que se vê é uma necessidade universal de direito à vida, a todos, sem distinção.

Como se observa no texto de Carlos Enrique Ruiz Ferreira⁶⁹, não se pode olvidar algumas características fundamentais a respeito do migrante ou daqueles que pertencem a outras culturas, outras etnias, quais sejam:

- É um ser humano;
- Sua identidade está marcada por uma condição de limiar;
- Seu *leitmotiv* é sempre o trabalho;
- Foram os imigrantes que ergueram e constituíram boa parte das nações existentes.

Interessante destacar, nas palavras do autor, quanto às características acima mencionadas, que o migrante possui uma visão da perspectiva de Direitos Humanos e que possui uma condição de ser, de identidade. Ainda, no sentido social, o migrante também possui uma característica marcante como condição de trabalhador, e, não se pode menorizar a importância dos migrantes para o crescimento e desenvolvimento de diversas nações, podendo citar aqui, dentre diversos outros exemplos existentes, os Estados Unidos da América, Canadá, Argentina e o próprio Brasil.

3.OS REFUGIADOS – SER E NÃO SER

Os Refugiados são pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados a questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política, como também à grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados⁷⁰.

Como se vê, o refugiado necessita de proteção, para preservar a vida de pessoas ou grupo de pessoas que se veem em situação de risco, como por exemplo, um país durante uma guerra civil.

69 FERREIRA, Carlos Enrique Ruiz. Emancipação, Ponta Grossa, 11(2): 253-266, 2011. O imigrante como um subversivo prático-político, possibilidade de um “novo mundo” – o projeto universal-cosmopolita dos Direitos Humanos em contraposição à Soberania territorial. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/>

70 UNHCR. ACNUR. Agência da ONU para Refugiados. Refugiados. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>

Destaque-se, ainda, que não somente o imigrante na condição de refúgio, mas todo aquele que se desloca para outro Estado, necessita compreender quem é, eis que se situa em uma condição de ser e não ser, como pontuado por Pierre Bourdieu na obra “A imigração” (1998)⁷¹.

Neste sentido, traz o questionamento CARLOS HENRIQUE RUIZ FERREIRA (p. 255) qual de fato é o sentimento do imigrante quanto ao seu “pertencimento”? Ao mesmo tempo que seus direitos políticos são mantidos (de decidir – pelo menos supostamente – seu governo) no país de origem, ele é “governado” pelo país em que reside. Ainda, ao mesmo tempo em que sua família, pelo menos seus predecessores e ancestrais, está no país de origem, seus laços sociais e emotivos passam a se construir em seu entorno imediato, conformando uma nova rede emotiva.

Referido “pertencimento” é muito bem descrito na carta escrita por Hannah Arendt, em “Nós, os Refugiados”, percebe-se claramente o quão difícil é se encontrar como parte do Estado que se busca refúgio, devido à sua condição de migrante⁷²:

(...) A história da nossa luta finalmente tornou-se conhecida. Perdemos a nossa casa o que significa a familiaridade da vida quotidiana. Perdemos a nossa ocupação o que significa a confiança de que tínhamos algum uso neste mundo. Perdemos a nossa língua o que significa a naturalidade das reacções, a simplicidade dos gestos, a expressão impassível dos sentimentos. Deixámos os nossos familiares nos guetos polacos e os nossos melhores amigos foram mortos em campos de concentração e tal significa a ruptura das nossas vidas privadas. Não obstante, logo que fomos salvos – e a maioria de nós teve que ser salvo várias vezes – começámos a nossas novas vidas e tentávamos seguir tão próximo quanto possível todos os bons conselhos que os nossos salvadores nos transmitiram. Foi-nos dito; e esquecemos mais rápido do que alguém poderia imaginar. De um modo amigável foi-nos lembrado que o novo país tornar-se-ia uma nova casa; e depois de quatro semanas em França ou seis semanas na América, fingiríamos ser franceses ou americanos.

(...) Quanto menos livres somos para decidir quem somos ou para viver como gostamos, mais tentamos levantar uma fachada, para esconder factos e representar papeis. Fomos expulsos da Alemanha

71 DUARTE, ZULEIDE. O exílio como destino. Diadorim, Rio de Janeiro, Revista 19, volume 1, p. 63-73. Jan-Jun 2017. Disponível em <https://revistas.ufjr.br/index.php/diadorim/article/view/13073>

72 ARENDT, Hannah. Nós, os Refugiados. Tradução: Ricardo Santos. Covilhã, 2013. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/20131214-hannah_arendt_nos_os_refugiados.pdf

porque éramos judeus. Mas tendo dificilmente passado a fronteira francesa, fomos mudados para boches. Disseram-nos mesmo que tínhamos que aceitar esta designação se fossemos realmente contra as teorias raciais de Hitler. Durante sete anos representámos o papel ridículo de tentar ser franceses – pelo menos cidadãos prospectivos; mas no início da guerra fomos mesmo assim internados como boches. Entretanto, contudo, muitos de nós tornámo-nos de tal maneira franceses leais que não podíamos mesmo criticar uma ordem governamental francesa; assim declarávamos que estava certo sermos internados. Fomos os primeiros prisonniers volontaires que história alguma vez viu. Depois dos alemães terem invadido o país, o governo francês só teve que mudar o nome da fábrica; tendo sido presos porque éramos alemães, não éramos livres porque éramos judeus.

É a mesma história em todo o mundo, repetidas vezes. Na Europa os nazis confiscaram a nossa propriedade; mas no Brasil tínhamos que pagar 30% da nossa saúde, como a maioria dos membros leais do Bund der Auslandsdeutschen. Em Paris não podíamos sair das nossas casas depois das oito horas porque éramos judeus; mas em Los Angeles estávamos sob restrições porque éramos “inimigos aliados”. A nossa identidade mudava tão frequentemente que ninguém conseguia descobrir quem éramos de facto.”

Nítida a necessidade do sentimento de pertença, de inserção social, da busca de nova morada, de nova identidade, de vida. Mas o que mais ocorre, ao revés, é a perda da identidade, a perda da cultura, a perda da própria vida. Aceitar o que o novo mundo oferece não deveria significar esquecer-se de quem é ou de quem foi, inserir-se em uma nova sociedade não deveria significar diminuir a si mesmo para se encaixar em um novo padrão. Respeitar o que diverge de suas próprias crenças não deveria significar abandoná-las.

4.DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Após a Segunda Guerra Mundial, com um olhar mais direcionado à humanidade, foi elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todo o mundo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Importante destacar alguns de seus artigos73:

Artigo 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2º - Todos os seres humanos podem invocar os direitos e liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Art. 13º - 1. Toda pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado. 2. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.

Art. 14º - 1. Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e se beneficiar de asilo em outros países. 2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi assinada em 1948, para estabelecer direitos essenciais a todos os seres humanos. Ainda, surgiu para além da proteção dos direitos do Homem contra a tirania e opressão, uma de suas considerações frisou o encorajamento do desenvolvimento de relações amistosas entre as nações.

Ademais, a Declaração dos Direitos Humanos criou um compromisso entre as nações para que pudessem promover a efetivação destes direitos tanto em âmbito nacional, como também pudessem zelar em âmbito internacional, o que impactou na criação de normas e políticas e posteriores direitos protecionistas criados sob a influência da Declaração Internacional, restando, contudo, muitas outras oportunidades de avanço para a promoção e à proteção de direitos e garantias individuais e coletivas.

73 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the High Commissioner. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>

O que se vê, é que o conceito de perfis superiores, de raça superior, ou mesmo o menosprezo por pessoas que se refugiam em outros países, que, embora comumente presentes em políticas públicas que não beneficiam o coletivo, mas sim interesses particulares de poucos, não deveriam mais existir nas sociedades, sendo necessária a valorização do ser humano, respeitando-o em sua cultura, sua etnia, sua particularidade e suas próprias características.

Ainda há, infelizmente, nas relações de trabalho diversas práticas de racismo e discriminação entre aqueles que provém de outras raças, países, culturas. No caso dos refugiados, o que se vê comumente são profissionais altamente qualificados, com nível superior e formação técnica em diversas áreas, mas que se submetem a empregos de baixa qualificação, evidenciando ainda mais as diferenças sociais e econômicas.

Não bastasse, muitos se socorrem dos trabalhos informais, devido ao estado de vulnerabilidade em que se encontram e ainda, somados à ausência de políticas efetivas que possibilitem uma melhor oportunidade para seu desenvolvimento, não raramente, se submetem à trabalhos cuja exploração se faz presente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pretende aqui criticar a visão platônica a respeito dos estrangeiros, considerando todo o momento histórico, mas sim, de abordar o reflexo do pensamento na construção da sociedade e governos posteriores.

A divisão de raças, etnias, territórios, religiões, sempre demonstraram uma forma explícita de poder e controle sobre os povos os quais pretendia-se dominar.

A religião, sem sombra de dúvidas, foi uma das maiores ferramentas de controle dos povos, onde o temor, a crença na divindade, a esperança ou o medo de uma vida após a morte, uma “prestação de contas”, permitiram que, muitas vezes diante da ignorância dos homens, fossem levados ao controle daquele que possuía o poder do Estado.

A ideia de raças superiores, de classificação de etnias, levou a uma distinção inconcebível do próprio ser humano, fato é que ainda hoje há uma divisão de valores culturais decorrentes de raças, de localização de territórios, de discriminação e racismo.

Com relação aos refugiados, a inserção no mercado de trabalho, por mais absurdo que pareça, ainda padece de um desconhecimento cultural e do quanto a riqueza das “diversidades” podem contribuir em diversos avanços e valores sociais.

No entanto, o que temos ainda atualmente, é um preconceito na contratação de refugiados, uma depreciação com relação à oferta de vagas, e uma ausência de ações afirmativas que possibilitem a inclusão social destes no país que os acolhe.

A visão platônica que classifica os seres humanos, parece ter sido um ponto de partida para que aqueles que detém o poder sobre os povos em seus próprios governos, pudessem criar outras regras para que assim se mantivessem, ainda que deturpando os valores e conhecimentos iniciais para melhor adequá-los aos próprios interesses.

No entanto, deve-se voltar a olhar o homem como ser humano, buscando uma verdadeira experiência global de oportunidades, de aceitação, de igualdade e de direitos.

6.REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA, Rômulo. "Raça" e "Miscigenação" no Brasil: os desafios e os dilemas de nossas relações raciais. Praça, Revista Discente da Pós-Graduação em Sociologia da UFPE, Recife, v.1, n.1, 2017.

ARENDT, Hannah. Nós, os Refugiados. Tradução: Ricardo Santos. Covilhã, 2013. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/20131214-hannah_arendt_nos_os_refugiados.pdf

FERREIRA, Carlos Enrique Ruiz. Emancipação, Ponta Grossa, 11(2): 253-266, 2011. O imigrante como um subversivo prático-político, possibilidade de um "novo mundo" – o projeto universal-cosmopolita dos Direitos Humanos em contraposição à Soberania territorial. Disponível em <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao>

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. O erro de Kelsen: o prisioneiro da caverna platônica / Álvaro de Azevedo Gonzaga. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the High Commissioner. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>

SEYFERTH, Giralda. O beneplácito da desigualdade: breve digressão sobre racismo. Racismo no Brasil – São Paulo; Ed. Peirópolis; ABONG, 2002.

UNHCR/ACNUR, Agência da ONU para Refugiados. Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado. De acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados.

PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA E A MATERNIDADE NO CONTEXTO PRISIONAL

ALLAN DIEGO ANDRADE SANTOS:

Pós graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Tiradentes ⁷⁴

RESUMO: O presente artigo possui como objetivo realizar uma análise acerca da aplicabilidade da intranscendência da pena frente às demais legislações, tais quais a Constituição Federal de 1988, os Códigos Penal e de Processo Penal, além das vertentes trazidas pela Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1994), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e a Lei nº 12.403/2011, visando cristalizar a violência dentro do cárcere, visto que esse não foi constituído de modo a preservar a dignidade da mulher frente as particularidades de seu gênero. Desta forma, foi possível concluir que apesar de ser vedada a intranscendência da pena, muitas são as crianças que se desenvolvem nos primeiros meses intramuros, não havendo até a atualidade objetos legais que venham a suprir a vulnerabilidade do aleitamento dos filhos de encarceradas.

PALAVRAS-CHAVE: Aleitamento. Cárcere. Intranscendência.

ABSTRACT: This article aims to carry out an analysis about the applicability of the non-transcendence of the sentence in relation to other legislation, such as the Federal Constitution of 1988, the Penal and Criminal Procedure Codes, in addition to the aspects brought by the Law of Penal Executions (Law nº 7.210 /1994), the Statute of Children and Adolescents (Law nº 8.069/1990) and Law nº 12.403/2011, aiming to crystallize violence within prison, since this was not constituted in order to preserve the dignity of women in the face of particularities of their gender. As a result, it was possible to conclude that despite being forbidden the intranscendence of the sentence, many are the children who develop in the first months within the walls, and until now there are no legal objects that come to supply the vulnerability of breastfeeding the children of incarcerated women.

KEYWORDS: Lactation. Prison. Intranscendence.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Dados Preliminares Sobre O Sistema Carcerário Feminino No Brasil; 3. Direitos Humanos E A Instituição Carcerária Para O Público Feminino; 4. Princípios Constitucionais Da Intranscendência Da Pena E Da Dignidade Humana; 5. Sistema Prisional

74 Contato: allandiego.adv@hotmail.com

Brasileiro E A Vulnerabilidades Do Aleitamento Materno; 6. Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O aumento exponencial da criminalidade brasileira é constantemente pauta de diversos estudos científicos, bem como de matérias em jornais de renome. Destarte, no que concerne ao que se faz descrito nesses expositivos são variados fenômenos que se fazem presente no contexto do cárcere e, entre esses, a superlotação dos presídios, condições insalubres das estruturas físicas destes e as condições degradantes que o sancionado é submetido para que se faça valer a sua pena.

Decerto é que a população carcerária é composta majoritariamente por homens, sendo essa afirmação confirmada por levantamento do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2020, o qual atestou que estão em situação de privação de liberdade 867 mil homens e 49 mil mulheres no Brasil. No que tange a parcela feminina, têm-se uma problemática ainda mais insurgente, sendo essa a gestação e perseguição da maternidade durante o cumprimento da pena.

Conforme dispõe o art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988, têm-se que a pena não deverá passar da pessoa do condenado, constituindo assim um direito fundamental, bem como um princípio basilar do direito penal, sendo esse o da intranscendência da pena. Nessa toada, faz-se limite da atuação jurisdicional do Estado a sanção àquele que perpassa por processo penal e que detém comprovada a sua participação no ilícito e, com isso, não é possível que uma sanção imposta ao indivíduo seja desferida a outrem que não é coautor e não perpassou pelo mesmo rito processual.

Ocorre que o primeiro alimento que deve ser ofertado ao ser humano em vida deve ser o leite materno, sendo esse responsável por engendrar os componentes necessários para a proteção do organismo da criança e, assim, prevenir doenças durante a infância (MEDEIROS et al., 2020). É através do leite que é constituído o sistema imunológico, perpassando as defesas presentes no corpo da mãe para o seu filho. Dessa forma, conforme disserta o Ministério da Saúde, o aleitamento materno deve ser exclusivo até os seis primeiros meses de vida, ou seja, deve ser o único alimento ofertado a criança, podendo esse tratamento perdurar até os dois anos de vida ou mais (BRASIL, 2020).

Nesses termos, a problemática que exsurge acerca do princípio da intranscendência da pena quando posto a mães privadas de liberdade e o cumprimento da pena por seus corolários infantes a fim de receber o aleitamento materno.

Com isso, o presente artigo possui como objetivo realizar uma análise acerca da aplicabilidade da intranscendência da pena frente às demais legislações, tais quais a

Constituição Federal de 1988, os Códigos Penal e de Processo Penal, além das vertentes trazidas pela Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1994), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e a Lei nº 12.403/2011, visando cristalizar a violência dentro do cárcere, visto que esse não foi constituído de modo a preservar a dignidade da mulher frente as particularidades de seu gênero.

Nesse ínterim, o principal escopo do presente estudo é analisar as peculiaridades da natureza femininas e suas necessidades mesmo que em situação de cárcere, uma vez que esse é um direito fundamental justificado sob a dignidade da pessoa humana, bem como o direito à saúde tanto sua quanto do seu filho. Desse modo, o artigo busca expor as irregularidades e negligências perpetuadas pelo Poder Público, pois esse não atende a aplicabilidade do princípio da intranscendência da pena.

A temática se faz de suma valência para a comunidade científica, uma vez que a temática detém caráter humanitário e de relevância internacional, sendo esse o do cumprimento da pena sob a observância das particularidades de gênero.

Nesses termos, para o engendramento da corrente pesquisa, foi utilizada a metodologia da pesquisa exploratória de teor qualitativo, descritivo e dedutivo. Assim, foi-se composto o referencial teórico a partir de estudos de fontes primárias e secundárias de direito, legislações nacionais e internacionais, doutrinas, e também por periódicos disponíveis em Portal Periódicos Capes, SciELO, BDTD e Google Scholar.

2 DADOS PRELIMINARES SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO NO BRASIL

O sistema prisional brasileiro foi pensado por homens e para homens. Em que pese as mulheres constituírem a parcela de 6,4% da população carcerária brasileira, conforme aponta o Ponte Jornalismo (2016), a conjuntura que se vive nas penitenciárias do país é de androcentrismo velado, visto que esse não possui sua estrutura pensada para acautelar pessoas com útero.

O androcentrismo é um termo criado cunhado pelo sociólogo americano Lester F. Ward, o qual buscou consolidar termo para a prática de colocar o homem como foco de análise do todo, sendo essa uma ação respectiva da sociedade pela estrutura e efeitos do patriarcado (SOUZA, 2019). Nesses termos, o que se prepondera do sistema carcerário não apenas do Brasil, mas de todo o mundo é a falta de observância das características do gênero feminino e, assim, replicando atos que se fazem adequados para o homem, logrando como efeito a mácula cotidiana a dignidade da mulher.

Ocorre que o aumento da massa carcerária feminina é uma pauta que deve ser posta em primeiro plano, visto que segundo levantamento realizado pela Fundação Getúlio

Vargas (FGV), em 2018, houve o crescimento exponencial de 700% na quantidade de mulheres presas nos últimos 16 anos no Brasil. Apenas no que tange ao recorte do lapso temporal entre os anos de 2000 e 2016, o Infopen (2018) registou que em junho de 2016 o país contava com 42,3 mil presas, compondo uma taxa de aumento de 455%.

De início, cumpre suscitar que o acometimento de crimes pela população feminina sempre se fez fato em todo o globo, contudo, foi apenas em 1942, através do desenvolvimento das ideologias de Lemos Britto, que houve o projeto de instituições carcerárias exclusivamente para o público com útero (HELPE, 2014). Com isso, desde o marco, vem se desenvolvendo estabelecimentos penais de acatamento, contudo, esses são voltados e estruturados seguindo os moldes já interpostos pelo público masculino, ou seja, não cumprindo com as reais necessidades que um corpo do gênero feminino requer.

No Brasil, a separação de estabelecimentos prisionais em masculinos e femininos apenas foi definido em 1984, através da publicação da Lei nº 7.210/84, contudo, ainda assim, muitas são as instituições penitenciárias que não cumprem com tal imperativo, submetendo a mulheres a regimes mistos que priorizam a maioria: o homem.

Não obstante ao Brasil ter hoje a quinta maior população carcerária feminina do mundo, o atual levantamento do Infopen informa que 75% (1070) das 1.420 unidades prisionais brasileiras são voltadas somente para homens; 17% (239) do montante são unidades mistas (com uma sala ou ala específica para mulheres em estabelecimento anteriormente masculino) e apenas 7% (103) são destinadas a mulheres.

Nesse íterim, o que se traduz da situação fática de poucos estabelecimentos penais de exclusividade a população feminina e sua alta demanda é a ausência de materialização de direitos inerentes ao gênero, sendo uma prática cotidiana a mácula a integridade física, moral e psíquica da mulher prisioneira.

As mulheres são diariamente negligenciadas no processo de institucionalização e criação de políticas públicas para a construção de unidades prisionais, sendo o quantitativo demonstrado pelo Infopen a elucidação cristalina da violência que o Estado exerce sobre essas ao não observar suas características imutáveis quanto ao gênero e, assim, evidenciando uma persecução de violência de gênero e vulnerabilidade até mesmo quando se paga por seus erros.

3 DIREITOS HUMANOS E A INSTITUIÇÃO CARCERÁRIA PARA O PÚBLICO FEMININO

Preliminar a investidura acerca do mérito do princípio da intranscendência da pena, importante é trazer à baila os direitos fundamentais e humanos que estão envoltos a essa temática, visto que se faz necessário, preliminarmente, consagrar quais os direitos

inerentes ao gênero e quais as exigências necessárias para que a situação de cárcere garanta a dignidade da mulher que está pagando por seus crimes.

Nesses termos, têm-se que os Direitos Humanos consistem no direito inato da pessoa, sendo esse concebido a esta desde o seu primeiro respirar em vida. Ao contrário dos direitos ditos fundamentais, os Direitos Humanos detêm de caráter extraterritorialidade, pois é interposto de modo a atender todos os seres humanos independente do país que se esteja instado PINHEIRO; NETO; 1997).

Os Direitos Humanos são garantidos por tratados de comum acordo por chefes de Estado e celebram pactos que preservem a dignidade da pessoa humana. Seus imperativos foram desenvolvidos através das demandas cotidianas da população de todo o mundo, constituindo um rol de óbices a atuação ilimitada do poder jurisdicional de qualquer Estado. Desse modo, seu objetivo basilar é proteger não apenas a vida do indivíduo, mas sim o seu gozo em integralidade e, por isso, são interpostas garantias mínimas que devem ser efetivadas através de políticas públicas.

No que tange os Direitos fundamentais, esses são normas específicas que cada Estado consagra aos seus indivíduos, sendo esses imperativos válidos quando o sujeito está instado sob o poder de determinada jurisdição (MARTINS, 2021).

Ao contexto do Brasil, esse é amplamente conhecido pelos demais países por sua norma revestir o sujeito de um vasto rol de direitos cidadãos, sendo dever do Estado os materializar para que cumpra com o princípio pilar da dignidade da pessoa humana.

Para que a sua diferenciação seja cristalina, importante é frisar a lição perpassada por Santos (2017, online):

Direitos humanos são aqueles direitos que toda pessoa possui pelo simples fato de ter nascido nesta condição "humana", configurando-se como gênero, enquanto direitos humanos fundamentais, ou simplesmente "direitos fundamentais" seriam aqueles direitos, espécies do gênero direitos humanos, que em determinado momento histórico, político, cultural e social de um povo, este resolveu positivá-lo no ordenamento jurídico, sobretudo em sua Carta Magna, ou seja, na Constituição Federal.

Com isso, entende-se que enquanto os direitos humanos é praticado em âmbito interno e externo, visto que perseguem a concretização dos interesses da pessoa humana quanto ao gozo da vida, os direitos fundamentais dispõe sobre as normas programáticas implementadas de forma restrita aos Estados por meio de diploma legal próprio.

A maior forma de violência contra o ser humano é a privação da sua autonomia de ir e vir, contudo, mesmo que uma pessoa tenha cometido o crime e deve pagar com ele, importante é frisar que todo o processo deve observar a dignidade da pessoa humana.

O cárcere retira um direito fundamental, sendo esse de liberdade e, por esse motivo, cabe a instituição promover ao indivíduo os materiais necessários para a manutenção da sua subsistência e conseqüente aprendizado com a sanção para ser inserido na sociedade reeducado em momento posterior. Contudo, apesar da filosofia e teoria sobre o cárcere ser bonita, essa também é utópica quando posta em perspectiva com a realidade vivenciada nas unidades prisionais do Brasil, principalmente as femininas.

A população criminal desde as primeiras civilizações foi posta a margem da sociedade, sendo essa muitas vezes vítima de abusos justificados pelo erro cometeram. Em razão dessa prática violenta irrestrita visualizada durante a história, debates acerca dos tratamentos dos presos no sistema prisional viraram formalidades em Congressos das Nações Unidas, sendo o primeiro deste ocorrido no ano de 1955, em Genebra na Suíça (PINHEIRO; NETO; 1997). Contudo, apesar da temática ser desenvolvida desde 1955, foi apenas em 1975, no segundo congresso de Prevenção ao Crime e o Tratamento de Delinquentes, que houve a aprovação de diploma legal que dispunha acerca da proteção dessa sociedade.

Em 1975 apenas foi discutido o direito dos presos em caráter generalista, não adentrando em questões de necessidade cada gênero, havendo a pactuação de tratado específico a população carcerária feminina apenas em dezembro de 2010, com a aprovação em Assembleia Geral das chamadas "Regras de Bangkok".

Assim, foi a partir desse marco que necessidades específicas das mulheres foram observadas e postas sob debates para melhor atender a função da sanção penal e, ainda assim, garantir a dignidade destas durante o cumprimento da pena.

As mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por históricos de violência familiar e condições como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime, quando comparados com a população masculina, o que repercute de forma direta as condições de encarceramento a que estão submetidas." (BRASIL, 2016, p. 58).

Com isso, as Regras de Bangkok instituíram princípios a serem observados como norteadores para as reservas que unidades prisionais devem possuir para acautelarem

mulheres, frisando as necessidades da natureza feminina e, assim, garantir que a vulnerabilidade destas seja tratada de forma isonômica e não androcêntrica.

De acordo com o parecer do Conselho Nacional de Justiça (2016):

Considerando que mulheres presas são um dos grupos vulneráveis com necessidades e exigências específicas, Consciente de que muitas instalações penitenciárias existentes no mundo foram concebidas principalmente para presos do sexo masculino, enquanto o número de presas tem aumentado significativamente ao longo dos anos, Reconhecendo que uma parcela das mulheres infratoras não representa risco à sociedade e, tal como ocorre para todos os infratores, seu encarceramento pode dificultar sua reinserção social, acolhendo o desenvolvimento pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime do manual intitulado Manual Para Gestores e Formuladores de Políticas Públicas sobre Mulheres e Encarceramento.

O conteúdo do documento é extenso, versando desde o ingresso da apenada a unidade prisional até a higiene da acomodação. Dessa forma, as Regras objetivam englobar todas as variáveis quanto ao gênero, incluindo o direito à saúde em sua totalidade, desde a higiene pessoal até a saúde psíquica.

Para o presente estudo se faz necessário suscitar os regramentos que dissertam acerca do direito a maternidade, estando esse presente no tópico 2, 28 e 48, esse último que é dividido em três partes, *in verbis*.

2. Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças.

28. Visitas que envolvam crianças devem ser realizadas em um ambiente propício a uma experiência positiva, incluindo no que se refere ao comportamento dos funcionários/as, e deverá permitir o contato direto entre mães e filhos/as. Onde possível, deverão ser incentivadas visitas que permitam uma permanência prolongada dos/as filhos/as.

48.1. Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças.

2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.

3. As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado à luz, mas cujos/as filhos/as não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento.

Decerto é que mulheres que cometem crimes devem ser responsabilizadas, de nada o presente artigo vem tentar invalidar essa afirmativa, contudo, imperioso deve ser preservar que a criança não venha a sofrer consequências pelos erros da sua genitora e, por isso, é dever do Estado promover que as instituições carcerárias femininas tenham estruturas físicas e humanas para atender as necessidades intrínsecas a mulher, seja esta em situação gestacional, de aleitamento ou de convivência com sua prole.

No que tange ao caso concreto de aplicabilidade das Regras de Bangkok, pode-se suscitar julgamento do Habeas Corpus 134.734 São Paulo, no qual uma mulher flagranteada no delito de tráfico ilícito de entorpecentes, disposto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, era lactante e estava amamentando.

Prisão em flagrante. Prisão preventiva. Mulher que se encontra em qualquer das situações excepcionais referidas no rol taxativo inscrito no art. 318 do CPP. Conversão em prisão domiciliar. Regras de Bangkok, promulgadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Inovações introduzidas no direito interno brasileiro: CPP, LEP, Lei das Medidas Cautelares e Lei da Primeira Infância. Outorga de tratamento diferenciado à mulher presa que ostente, entre outras, a condição de grávida ou de nutriz (lactante). Legitimidade desse tratamento, que também se justifica pela necessidade de respeito ao princípio constitucional que consagra o dever estatal de proteção integral da criança e do adolescente. Incidência da Convenção dos Direitos da Criança. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, particularmente de sua Segunda Turma. Conversão do julgamento deste "habeas corpus" em diligência, para que o impetrante comprove que a paciente se enquadra em

qualquer das situações previstas no art. 318 do CPP (HC 134.7344/SP, 2016).

Observa-se que foi reconhecido o seu direito a um espaço adequado, contudo, desde que fosse comprovado o estado de aleitamento, o que, de fato, foi e, por isso, deferiu o pleito sob luz das Regras de Bangkok.

O Sistema Prisional Brasileiro é regido pela Lei de Execução Penal, que possui uma mescla de finalidade punitiva, pela ação delituosa praticada, e recuperadora, buscando a ressocialização do indivíduo que concorrera para a ação penal. Embora o legislador procure dar ênfase nesse proposto no primeiro artigo da referida Lei, a realidade destoia do tratamento digno e humano que a reclusa deveria ter durante o cumprimento da pena, dificultando a reabilitação plena da apenada.

O art. 10 da Lei Federal 7.210/84 dispõe que a assistência a presa e a internada é de competência do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Por conseguinte, o 11º artigo da referida lei taxa as espécies de assistência que devem ser oferecidas a presa, egressa e internada, sendo elas: I – material; II – à saúde; III – jurídica; IV – educacional; V – social e VI – religiosa.

Deve enfatizar que a assistência é destinada a todos que se encontram recolhidos na unidade prisional, não devendo distinguir a presa provisória da com sentença condenatória com trânsito em julgado quanto ao direito de auxílio.

Em prol da manutenção do direito à dignidade garantido pelos direitos humanos, fora elaborado em ação conjunta do Ministério da Saúde com o Ministério da Justiça o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP). Tal plano inclui a população carcerária ao Sistema Único de Saúde de acordo com a Portaria nº 1.777, de 09 de setembro de 2003, disponibilizando assim o acesso dos detentos aos serviços de saúde predefinidos pelo próprio SUS.

A criação do plano supracitado possui como embasamento legal a Lei pela Lei n.º 8.142 de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, assim como também pela Lei de Execução Penal n.º 7.210 de 1984.

Apesar de possuir fundamentação legal, há uma grande dificuldade na materialização da assistência garantida pela política pública em âmbito de auxílio médico. As próprias condições do cárcere não convergem com a efetivação do acesso aos serviços de saúde integralmente. Em virtude desse impasse, o Ministério da Saúde lançou a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), através da Portaria Interministerial nº 1, de 02 de janeiro de 2014.

O PNAISP possui o escopo de ampliar o ponto de foco da saúde aos encarcerados, transformando a ótica da unidade prisional. Dessa forma, é efetivado o direito à saúde de modo isonômico a todos os cidadãos.

Criado pelo Ministério da Saúde em 1983, o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM) preconizou o intuito de colocar a mulher como protagonista dos direitos sobre o seu corpo, conquistando um local igualitário na sociedade. A integração de um programa assistencial voltado exclusivamente para o público feminino simbolizou um avanço descomunal no histórico de políticas públicas, pois adequou a estrutura dos serviços de saúde às necessidades mulheris colocando a mulher como cidadã dona de direitos quanto a sua saúde (BRASIL, 1984; BRASIL, 2004).

Anterior a 1984, a assistência oferecida à mulher era restringida a sua de reprodutora, entretendo, com o ferrenho debate e reivindicações feministas, a PAISM passou a considerar novas questões como fatores impactantes no aspecto saudável da mulher, passando redefinir o seu rol de ações e auxílios do Sistema Único de Saúde para com a mulher:

A PNAISM consolidou os avanços do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), de 1984, que redefiniu a agenda relativa à saúde da mulher, ampliando o leque de ações, até então focadas na assistência ao ciclo gravídico-puerperal, para incluir outros aspectos relevantes da saúde da população feminina, tais como a assistência às doenças ginecológicas prevalentes, a prevenção, a detecção e o tratamento do câncer de colo uterino e de mama, a assistência ao climatério, a assistência à mulher vítima de violência doméstica e sexual, os direitos sexuais e reprodutivos e a promoção da atenção à saúde de segmentos específicos da população feminina, entre outros (BRASIL, 2004).

Para a efetivação de tal política, foi necessária uma série de atendimento a necessidades que visassem a superação da condição de subalternidade feminina, como: a melhoria na condição de vida e saúde das mulheres, ampliação dos serviços de promoção, sem discriminar qualquer condição, ampliar, qualificar e humanizar a atenção integral à saúde da mulher no Sistema Único de Saúde (DELZIOVO et al., 2014).

Em 2004, o PAISM adquiriu o status de Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher - PNAISM, com isso, objetivou consolidar o acesso da mulher a programadas assistenciais preventivos, assim como também de ordem de tratamento. Com isso, o plano auxilia a mulher quanto ao conhecimento de seus direitos sexuais e reprodutivos, diminuindo a causa de mortalidade por causas evitáveis.

Em seus objetivos específicos, a PNAISM aponta como prioritário desenvolver ações que garantam atenção humanizada às mulheres nas seguintes situações que envolvem sua saúde: a) Mortalidade materna, com subdivisões que abrangem:

precariedade da atenção obstétrica; abortamento em condições precárias, precariedade da assistência em anticoncepção; DST/HIV/Aids; b) Violência doméstica e sexual; c) A saúde de mulheres adolescentes; d) Saúde da mulher no climatério/menopausa; e) Saúde mental e gênero; f) Doenças crônico-degenerativas e câncer ginecológico; g) Saúde das mulheres negras; h) Saúde das mulheres indígenas; i) Saúde das mulheres lésbicas; j) Saúde das mulheres residentes e trabalhadoras na área rural; k) Saúde das mulheres em situação de prisão.

Além de garantir o acesso das mulheres do território brasileiro aos serviços básicos de saúde fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, a desenvolvida política prevê em seus objetivos o atendimento digno às mulheres reclusas, todavia, por não significar o princípio basilar, o PNAISM não acolheu de forma efetiva a totalidade de mulheres que necessitavam da sua atenção.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INTRANSCEDÊNCIA DA PENA E DA DIGNIDADE HUMANA

Bastante foi mencionado até o presente capítulo a necessidade de lograr com o direito da dignidade da pessoa humana e, no presente momento, faz-se necessário realizar uma investigação do que consubstancia esse direito.

O direito pátrio foi construído sob a necessidade de conferir aos seus cidadãos garantias mínimas para que esses vivam em gozo, entretanto, para que assim fosse materializado, fez-se necessário interpor um pilar de sustentação, sendo esse o princípio da dignidade da pessoa humana.

A palavra princípio denota o significado de objeto norteador, sendo um modelo a ser seguido pelos demais e, assim, no âmbito do território brasileiro foi instituída a prevalência da dignidade da pessoa humana em caráter de super princípio, estando preceituado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, contraindo efeitos de necessidade de eficácia e aplicabilidade, na sua condição de norma jurídica.

A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (BARROSO, 2010, p. 09).

A dignidade da pessoa humana é um mandamento ético-jurídico, sendo essa desenvolvida como forma de não mais volver a abusos que os povos que viveram anteriormente a promulgação da Constituição Federal de 1988 viveram.

terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”, não restando dúvidas, portanto, acerca do seu conteúdo - ainda que complexo - e o valor inestimável que traz ao ordenamento jurídico (BARCELLOS, 2019, p. 157).

Diante desse contexto, para que a dignidade da pessoa humana seja materializada, faz-se necessário que outros direitos sejam consagrados aos cidadãos e, entre esses: direito a saúde, liberdade, educação, maternidade, assim como também o direito a personalidade.

O direito a personalidade nasceu em 1824 e até os dias atuais se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo também conhecido por nomeclaturas como personalização, ou incontagiabilidade, ou intranscendência. Atualmente, esse está descrito em ordem do art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal, sob o preceito de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (BRASIL, 1988).

O direito a intranscendência celebra que nenhum terceiro inteiramente alheio ao crime irá sofrer com sanções, uma vez que apenas aqueles que detêm da sua autoria comprovada que devem cumprir com pena para realizar a função desta.

Ocorre que, a problemática que exsurge é que não apenas aquele que é sentenciado que sofre com suas consequências, sendo bastante comum observar a agonia das famílias dos sentenciados, conforme observa o jurista Guilherme Nucci:

[...] a fixação da pena pode produzir lesões a pessoas diversas do sentenciado, mas que com ele convivem ou dele dependem. Os familiares podem ser privados, por algum tempo, do sustento habitual, caso o condenado seja o provedor do lar; o patrão pode se ver despojado de seu empregado, ocasionando-lhe perdas de qualquer forma; os pais podem ser tolhidos do convívio com o filho, dando origem a sofrimentos morais ou mesmo patrimoniais; os alunos podem sofrer a perda do professor etc. No universo rico e complexo das relações humanas, a condenação criminal apresenta a possibilidade de desencadear prejuízos de toda ordem. (NUCCI, 2021, p. 71).

No que concerne a criança, têm-se que essa é inteiramente responsável pela mãe até que consiga subsistir e, por isso, os filhos das apenadas vem a sofrer com o cárcere como se a pena deles fossem, visto que perpassam por esse cotidiano para suprir os elementos essenciais a sua vida.

5 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A VULNERABILIDADES DO ALEITAMENTO MATERNO

O alimento é direito inato do ser humano, sendo através deste que o indivíduo irá extrair as substâncias necessárias, ora minerais, vitaminas, proteínas, açúcar, gordura, para que o seu corpo seja nutrido e desenvolvido.

O primeiro alimento a ser oferecido para o mamífero é o leite materno e, em razão do ser humano ser integrante desse rol de animais, faz-se necessário receber a amamentação para que possa se desenvolver de forma sadia. Conforme profere Souza e Tesmann (2011), o leite materno é o alimento mais completo que existe, pois esse possui em sua composição a quantidade exata de todas as substâncias necessárias para o desenvolvimento biológico do indivíduo quando esse ainda está na primeira fase de vida.

Conforme a redação da Constituição Federal de 1988 preceitua, em seu art. 5º, inciso L, estabeleceu que devem ser dadas as condições necessárias para que estas possam permanecer com os seus bebês durante o período de amamentação. Nesse ínterim, observa-se que aqui não apenas se faz discutido o direito da mulher de exercer a maternidade, mas também do filho de receber seu alimento essencial a vida, sendo esse um direito humano e fundamental.

Ademais, observa-se ainda que ainda na Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, há a disposição do direito a proteção à maternidade como fundamental, não sendo o aprisionamento capaz de vedá-lo ou, sequer, reduzi-lo e, por isso, faz-se mister contrair a observância de direitos às detentas que venham a convergir com as particularidades inerentes ao seu gênero.

Dessa maneira, observando a Lei nº 7.210/84, em seu art. 83, § 2º, há a determinação expressa de que os presídios femininos sejam munidos de berçários, sendo esse imperativo proposto sob o ímpeto de que seja conferido a mãe lactante o direito de amamentar o seu filho recém-nascido durante o período reconhecidamente essencial para o bebê. Corroborando esse direito, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 9º, prevê que o Poder Público tem que oportunizar um local adequado para o exercício desse direito.

Expondo ainda legislações cabíveis a presente problemática, da Lei nº 7.210/84 é exequível a extração de que a mulher encarcerada detém do direito de cuidar de seus filhos, ainda que na unidade prisional, por, no mínimo, 06 (seis) meses, *in verbis*:

Art. 83: (...)

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.” (NR)

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.” (NR)

Em razão do cárcere, bem como da integral dependência do filho a sua mãe nos primeiros meses de vida, percebe-se que não há a materialização do direito da personalidade da pena, visto que mesmo que indiretamente, o bebê cumpre com a pena interposta, ou seja, esse já nasce com sua privação de liberdade.

Ocorre que a vulnerabilidade desses sujeitos se agrava quando posto em realidade fático, pois a legislação traz um cenário utópico, no qual não é observado pois há a falência física das instituições penais.

Vislumbrando que a insalubridade é uma problemática real dos estabelecimentos penais, houve a consolidação de medidas para que se fosse priorizada a criança diante da sua absoluta vulnerabilidade dentro da situação de cárcere. Com isso, importante é destacar a Lei nº 13.257/2016, essa que teve como objetivo estabelecer o guia e os princípios para criação e aplicação de políticas públicas para os infantes.

Atualmente, têm-se que a prisão preventiva imposta à mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência deverá ser substituída por prisão

domiciliar, conforme dispõe redação do art. 318-A do Código de Processo Penal. Com isso, para que esse regramento possa vigorar, faz-se necessário apenas que essa mulher não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, bem como não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Nesse ínterim, válido é colacionar, no presente estudo, a ementa de um julgado da Corte Cidadã:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE SOCIAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES E PRISÃO DOMICILIAR. INADEQUAÇÃO. TRAFICÂNCIA NO LAR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

(...)

4. A prisão domiciliar não é cabível quando o crime de tráfico é praticado na residência do próprio agente, de forma reiterada, na presença ou com o auxílio dos menores, pois a hipótese viola direito que atinge diretamente os filhos/enteados menores ou dependentes (prejudicados diretos). Prioridade absoluta das crianças.

Interpretação da nova Lei 13.769/2018. Excepcionalidade existente e mantida em prol dos vulneráveis. Precedentes recentes: HCs 426.526-RJ e 470.549-TO.

5. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático e a reiteração delitiva por parte da acusada indicam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

6. Recurso ordinário improvido.

(RHC n. 106.377/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe de 15/3/2019.)

- Grifos e destaques apostos

Atenta-se que o julgado, assim como também a norma, priorizam o bem-estar da criança vulnerável, visto que essa não deve vir a sofrer com as consequências dos erros da sua genitora e/ou responsável.

Contudo, ainda que a medida seja promissora, percebe-se que essa apenas é uma mera tentativa de minimizar o impacto do encarceramento, mas que até a atualidade não existem medidas normativas que ofertem solução integral a problemática suscitada, visto que os filhos daquelas que tenham cometido crime com violência ou grave ameaça irão sofrer com a pena.

Imperioso destacar que, mesmo com a inovação legislativa, não deixarão de existir bebês convivendo intramuros, acompanhado de um afastamento abrupto e grosseiro, pós cumprimento do período considerado “ideal” – sendo este último, por sua vez, inevitável, independente da forma de cumprimento, seja domiciliar seja no cárcere.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto prisional até os dias atuais é androcêntrico, ou seja, pensado por homens para homens e, por isso, não consagra a materialização de necessidades inerentes ao público feminino, ora esse que apresenta exponencial crescimento. Com isso, percebe-se que a instituição penitenciária percute a violência de gênero, pois não são ofertadas a essas os objetos necessários para que o cumprimento da sua pena seja de maneira digna.

Decerto é que a Constituição Federal em vigor traz em sua redação a vedação ao ultrapasse da pena a terceiro alheio integralmente a infração cometida, contudo, a realidade é diversa, visto que crianças dependentes de aleitamento são criados a intramuros.

Não obstante haver legislações que disponham sobre condições mínimas dentro do cárcere, a realidade é sucateamento, fazendo deste um local insalubre para que seja dado um desenvolvimento saudável destas crianças e, por isso, faz-se necessário o desenvolvimento de políticas públicas de fato eficazes quanto a fazer com que a mãe pague pelos seus erros sem que o seu filho sofra em consequência.

Não é justo que, devido à ineficiência estatal, pessoas sejam duplamente punidas – a primeira pelo crime cometido e a segunda pela falta de estrutura do Estado – e, pior ainda, que outras também sejam punidas por extensão à própria pessoa do condenado. Isso é uma inaceitável burla ao princípio da Intranscendência, positivado na Constituição Federal, no art. 5º, XLV.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão Própria para debate público, 2016. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 07/02/2023.

PORTAL CONECTAS. **BRASIL é o 4º país com mais mulheres presas no mundo**. 2018. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/brasil-e-o-4o-pais-com-mais-mulheres-presas-no-mundo/>>. Acesso em: 07/02/2023.

BRASIL, Senado Federal. **70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2018/12/70-anos-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 07/02/2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Mulheres na prisão - quantas são e como vivem. [2019]. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/575712-mulheres-na-prisao-perfil-da-mulher-presas/>>. Acesso em: 07/02/2023.

BRASIL. **Lei de Execução Penal, lei nº 7.2010** publicada em DOU de 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 07/02/2023.

BRASIL. **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14 83 e 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm>. Acesso em: 07/02/2023.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 07/02/2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. DEPEN, Departamento Penitenciário, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – **INFOPEN Mulheres** – junho de 2014. Disponível em: <<http://https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 07/02/2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC 143641 / SP** – São Paulo. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 de mar. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342740041&ext=.pdf>>. Acesso em: 07/02/2023.

CARNEIRO, Beatriz. **Brasil ultrapassa Rússia e se torna país com 3º maior número de mulheres presas**: Número de encarceradas ultrapassou 42 mil, atrás apenas dos Estados Unidos, com 211 mil, e China, com 145 mil. 25 out. 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-ultrapassa-russia-e-se-torna-pais-com-3-maior-numero-de-mulheres-presas/>>. Acesso em: 07/02/2023.

CNJ. Regras de Tóquio: **Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2022.

FILHO, Marcio José Farias. **A Antinomia Jurídica Real Entre O Direito À Maternidade Digna No Cárcere E O Princípio Da Intranscendência Da Pena Em Face Da Situação Concreta Do Estabelecimento Penal Irmã Irma Zorzi**. Disponível em: <<file:///C:/Users/romar/Downloads/3062-10094-1-PB.pdf>>. Acesso em: 07/02/2023.

HELPEZ, Sinta Soares. **Vidas em jogo**: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**. Disponível em: Minha Biblioteca, (5th edição). Grupo GEN, 2021.

PONTE JORNALISMO. **Ser mulher em um sistema prisional feito por e para homens**. Portal online, 2016. Disponível em: <<https://ponte.org/ser-mulher-em-um-sistema-prisional-feito-por-e-para-homens/>>. Acesso em: 07/02/2023.

SANTOS, Enoque Ribeiro. **Proteção coletiva dos direitos humanos e sociais dos trabalhadores**. Gen Jurídico, 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/09/11/protecao-coletiva-direitos-humanos-sociais-trabalhadores/#:~:text=Podemos%20inferir%20que%20os%20direitos,g%C3%AAneros%20direitos%20humanos%2C%20que%20em>>. Acesso em: 07/02/2023.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA, Santiago Daudt de; TESMANN, Erotides Kniphoff. **O alimento como direito fundamental versus a garantia da amamentação dos filhos de apenadas**. 2017. Disponível em: <<https://domalberto.edu.br/wp-content/uploads/sites/4/2017/11/O-ALIMENTO-COMO-DIREITO-FUNDAMENTAL-versus-A-GARANTIA-DA.pdf>>. Acesso em: 07/02/2023.

ALIENAÇÃO PARENTAL E AS DIFICULDADES NA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

JOÃO PEDRO FERREIRA RODRIGUES:

Acadêmico de Direito na Universidade de Gurupi- UNIRG⁷⁵

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI:⁷⁶

(orientadora)

RESUMO: A alienação parental é uma realidade presente dentro das famílias brasileiras que não é de hoje, conforme vem evoluindo a função social demonstram a relevância do poder familiar para o desenvolvimento do indivíduo, tanto para o meio jurídico quanto nas relações pessoais. Assim, através de um estudo bibliográfico e descritivo, a Alienação Parental é analisada, levando-se em conta seu impacto, formas de identificação, características dos responsáveis que praticam tal ato e algumas consequências para menores alienados, levando-se em conta as campanhas contra a alienação parental.

Palavras-chave: Alienação parental; Crianças e Adolescentes; Direito Civil.

PARENTAL ALIENATION AND THE DIFFICULTIES IN FAMILY COEXISTENCE.

Abstract: Parental alienation has been a present reality within brazilian families for a long time, as it has evolved and its social function demonstrates the relevance of family power for the development of the individual, both for the legal environment and in personal relationships. Thus, through a bibliographic and descriptive study, parental alienation is analyzed, taking into account its impact, forms of identification, characteristics of those responsible for practicing such an act and some consequences for alienated minors, taking into account the campaigns against parental alienation.

Keywords: Parental Alienation; Children and Adolescents; Civil right.

1.INTRODUÇÃO

Com o aumento dos casos de alienação parental e conseqüentemente o crescimento de rompimento de casamentos e vínculos familiares nos últimos anos, cada vez mais pessoas estão cientes disso, por isso, cada vez mais o judiciário busca formas de combater este mal. Tal situação ocorre frequentemente em famílias que passaram pelo

75 e-mail: joaopr2107@gmail.com

76 Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins- UFT . E- mail: veronicaprado@unirg.edu.br

processo de separação, e a readaptação a uma nova vida é um desafio, acaba que, em muitos casos, por uma das partes não é muito receptiva.

O judiciário atualmente se vale da Lei nº 12.318/2010 para proteger a integridade das crianças, impedindo que os pais influenciem os menores a tomar partido em suas demandas judiciais. Ressalta-se que merece destaque e que a norma acima visa conceituar e buscar meios de extinguir a alienação parental, valendo-se da crença que a guarda compartilhada diminui o índice de alienação.

Sobre esta questão, destacou-se que o Estado visa proteger os direitos das famílias e das crianças e adolescentes para garantir um mínimo de dignidade, permitindo que as crianças se desenvolvam de forma saudável, mantenham um vínculo afetivo com seus pais, ou com aqueles com quem não mais compartilham o mesmo teto.

A justificativa da escolha do tema versa sobre a preocupação com as crianças e adolescentes vítimas de alienação parental, observa-se que o crescente número de dissolução de relacionamentos no Brasil e em muitos casos a forma com que terminam podem trazer prejuízos para a vida desses menores de forma permanente.

O Presente estudo versa em analisar alienação parental sobre a ótica do Direito brasileiro. Dessa forma questiona-se: quais as atitudes que podem configurar alienação parental e como são punidas pelo Direito pátrio?

Assim, o que se pode observar, é o grande problema causado por tal prática por um dos responsáveis pelo menor e quanto isso afeta seu desenvolvimento e a relação entre o meio familiar.

Portanto o presente trabalho busca analisar alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro, bem como estudar através da perspectiva bibliográfica e quantitativa, entendimentos acerca da temática.

2.A DEFINIÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A síndrome da alienação parental é um distúrbio psicológico caracterizado por pais (conhecidos como cônjuges alienadores) que utilizam diferentes formas de comportamento e estratégias para mudar o pensamento de seus filhos com o intuito de prevenir, dificultar ou atrapalhar seus filhos. Vínculo com o outro genitor sem motivo real que justifique a situação (conhecido como cônjuge alienado). Em outras palavras, contém um programa que faz com que uma criança odeie um de seus pais sem motivo, de modo que a própria criança entre na órbita desmoralizante do mesmo pai. (TRINDADE, 2010)

Em outros termos, costuma ser facilitada pelo tutor da criança, que não aceita o fim da relação conjugal, tenta de todas as formas e meios possíveis e imagináveis enfraquecer

a relação entre a criança e o genitor afastado até atingir seu objetivo principal, ou seja, para afastar de vez o vínculo do filho com a ex-companheira e/ou outros familiares.

Para tanto, implanta na mente dos filhos uma imagem distorcida, ilusória, irreal, uma verdadeira campanha para desacreditar o caráter do outro genitor, levando a criança a sentir que não pertence. O Abuso de um sentimento implantado contra aquele que abomina e rejeita totalmente o outro, levando à destruição total do vínculo afetivo entre eles, tornando-se o maior desejo do alienado, buscando vingança contra o outro, sem saber o preço que isso traz para o filho Danos, até consequências irreparáveis, que, se não for tratada prontamente, durará o resto da vida da criança.

De acordo com discorrido por Dias (2010, p.16-18):

Mas há apenas um propósito: afastar a criança da pessoa que a ama. Isso cria conflito emocional e, em muitos casos, rompe laços emocionais. A criança acaba aceitando que tudo o que lhe foi dito é verdade. [...] Essa tática encanta o alienador em seu caminho para facilitar a destruição de seu ex-companheiro. Nesse jogo de manipulação, o guardião, para conseguir seus desígnios, dificulta a visitação e cria obstáculos para que a visitação não aconteça. Ele alegou que seu filho estava doente ou tinha outros compromissos. Durante o tempo que tem que estar com o outro genitor, ele precisa viajar. Eles os impedem de ir à escola, sonegam informações sobre problemas de saúde e muitas vezes se mudam para outra cidade, estado ou país [...] Também não dá atenção ao mal que faz à criança, ao mal emocional que faz a ela, como se o abuso já tivesse acontecido. Aliás, é preciso lembrar que essa também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional da criança e acaba passando por uma crise de lealdade: a lealdade a um dos genitores significa infidelidade ao outro, e quando você percebe que é um Cria um doloroso sentimento de culpa quando cúmplice de uma injustiça colossal.

Quando um casal se separa costuma haver um sentimento de perda, menosprezo, abandono e muitas vezes com esses sentimentos vem um desejo de vingança e a partir daí o genitor guardião não consegue lidar com a situação, manipulando e condicionando o filho a romper o vínculo afetivo com o outro genitor, causando portanto o transtorno, que envolve a manipulação da criança pelo genitor afastado (geralmente um tutor) contra o outro genitor, a fim de incutir um sentimento de desafio nessa criança e sentimentos de nojo, destruindo assim o vínculo de afeto, amor e carinho entre eles. (COSTA, 2013)

Portanto, a síndrome de alienação parental constitui, assim, uma arma de tortura psicológica utilizada para satisfazer o desejo de vingança do progenitor afastado contra o outro progenitor, condição em que um dos progenitores, o progenitor afastado, "conta com" a criança para cometer formas de abuso psicológico como que ele rejeitou o outro pai sem qualquer razão legítima.

3.A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88

Ao longo dos séculos, a família evoluiu e modificou-se paulatinamente, importa referir que as mudanças ocorreram desde a entrada em vigor do Código Civil em 1916 até à promulgação do Código Civil em 2002. Por exemplo, a constituição da entidade familiar em o Código é Uno de 1916, sem possibilidade de outras formas de constituição, mas com a chegada do Código Civil de 2002 e da CF de 1988 trouxe uma profunda transformação, na qual passou a configurar, há outras formas de núcleos familiares. (COSTA, 2013)

GONÇALVES ainda discorre acerca do assunto (2009, p.17):

A Constituição Federal de 1988 absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando uma verdadeira revolução no direito de família, a partir de três eixos básicos. Assim, o art. 226 "afirma que a entidade familiar é plural e não mais singular tendo várias formas de constituição". O segundo eixo transformador "encontra-se § 6 do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes de ter a concepção ter ocorrido fora ou dentro do casamento". A terceira e grande revolução situa-se nos artigos 5º, inciso I, e 226 § 5º. Ao consagrar o princípio da liberdade entre homens e mulheres, derogou uma centena de artigos do Código Civil de 1916

A partir de então, formou-se um novo modelo de família, com relações mais igualitárias e menos sujeitas a regras. Essa diversificação das relações familiares provocou mudanças na estrutura social, e a sociedade passou a reconhecer essa nova forma de estruturação familiar, desfazendo o aprisionamento entre as novas famílias formadas.

Como resultado, a Constituição de 1988 reconheceu outras entidades familiares além daquelas constituídas pelo casamento, incluindo as uniões estáveis; uma comunidade formada por qualquer um dos pais com seus descendentes, denominada família monoparental, é protegida pelo Estado.

Com isso, não existe mais um modelo de família, mas famílias, em que o atual conceito de família é baseado no vínculo afetivo que une seus membros, todas essas

famílias, porém, independentemente de sua formação, merecem proteção incondicional e irrestrita pelo Estado, pois essa proteção está prevista no caput do artigo 226 da Carta Magna, que dispõe: “Art. 226. A Família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

4. BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A prática da alienação parental é considerada violação do direito fundamental da criança ou adolescente a uma convivência familiar saudável. A lei visava punir ou impedir que os pais descumprissem os deveres do poder paternal ou decorrentes da tutela ou guarda do menor. Os avós, bem como qualquer outra pessoa que tenha o menor sob seus cuidados ou supervisão, como tutores, educadores, babás, etc., eram considerados passivos legítimos desta lei, o que significava que não apenas os pais estariam sujeitos medidas protetoras.

O artigo 6 da Lei 12.318/10, dispõe de medidas que o juiz pode providenciar após detectar a alienação parental:

Art. 6o Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

§ 1º Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (Incluído pela Lei nº 14.340, de 2022)

§ 2º O acompanhamento psicológico ou o biopsicossocial deve ser submetido a avaliações periódicas, com a emissão, pelo menos, de um laudo inicial, que contenha a avaliação do caso e o indicativo da metodologia a ser empregada, e de um laudo final, ao término do acompanhamento. (Incluído pela Lei nº 14.340, de 2022)

Aqui, outro aspecto significativo que não pode ser ignorado é que a Síndrome da Alienação Parental não é uma prática singular do alienador, conforme se extrai do art. 2º da Lei da Alienação Parental n. 12.318/2010 em que:

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

Infelizmente, o genitor alienador, negligência suas responsabilidades para com o filho, e ao invés disso foca em seu ressentimento para com o ex-cônjuge, este negligencia o interesse primordial do filho: a condição humana em estado peculiar de desenvolvimento, isso acarreta sérias consequências no futuro e na a vida do indivíduo como adulto, a Constituição Federal, no caput do seu artigo 227.

Ressalta-se também, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente também determina que:

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

Em conjuntura com os demais artigos é válido mencionar o artigo 3º da Lei 12.318/2010, que também determina que:

A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Assim, a Síndrome da Alienação Parental pode ser descrita como o desenvolvimento psicológico negativo de uma criança ou adolescente, perseguido agressivamente por seus pais, familiares ou qualquer pessoa que tenha guarda ou vigilância sobre eles, o que causa obstáculos significativos à manutenção do equilíbrio emocional e os laços com seus pais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática da alienação parental é considerada violação do direito fundamental da criança ou adolescente a uma convivência familiar saudável, prejudica a concretização do afeto nas relações com o genitor e a família, é considerada uma forma de abuso contra a criança ou adolescente, e viola os deveres ou obrigações parentais decorrentes da guarda.

Como resultado, a Lei 12.318/2010 foi extremamente benéfica, pois obrigou o genitor alienador a responsabilizar-se pelos efeitos nocivos da alienação parental, trata-se da Síndrome da Alienação Parental, trata-se de uma verdadeira forma de abuso por parte do alienador em seu exercício da autoridade familiar. Não restam dúvidas quanto à violação dos princípios da família e da dignidade da criança, pelo que se impõe a responsabilização dos pais pelas violações.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm.> acesso em:

COSTA, Kátia Alves. A síndrome da alienação parental. 2013. Disponível em: http://repositorio.unifesspa.edu.br/bitstream/123456789/943/1/TCC_A%20s%c3%adndrome%20da%20alien%c3%a7%c3%a3o%20parental.pdf. Acesso em:

DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Síndrome da Alienação Parental. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.16-18.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª Ed. Revista Atualizada e Ampliada. Editora Revista dos Tribunais. 2007. São Paulo.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. v.6, São Paulo: Saraiva, 2009

NÜSKE, João Pedro Fahrion; GRIGORIEFF, Alexandra Garcia. Alienação parental: complexidades despertadas no âmbito familiar. **Pensando famílias**, v. 19, n. 1, p. 77-87, 2015.

TRINDADE, Jorge. Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Síndrome da Alienação Parental. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.22/23.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida. A alienação parental. **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV**, n. 88, 2011.

COMENTÁRIOS AO ARTIGO 7º DO DECRETO N.º 8.327/2014: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E SISTÊMICA DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG) SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA E ARBITRAL BRASILEIRA

JORGE HILTON VIEIRA LIMA:
Acadêmico em Direito na
Universidade Federal do Amazonas
(UFAM).⁷⁷

Dr. ADRIANO FERNANDES FERREIRA⁷⁸

(orientador)

RESUMO: No cenário internacional, uma tentativa de uniformização de um sistema jurídico tem se mostrado cada vez mais próxima de se concretizar, principalmente no que tange a Convenção de Viena Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Este trabalho tem como objetivo mostrar o processo histórico para a formação dos princípios do Artigo 7 da CISG, voltado para comentar de forma sistemática as fontes permitidas para preencher as lacunas da Convenção e como isso é aplicado pela Justiça e Arbitragem no país. Para formulação desse trabalho, foram utilizados os métodos de análise histórica e sistêmica para a consolidação da pesquisa. Por fim, vale ressaltar que este artigo procura apontar como são realizadas as decisões judiciais e arbitrais com base no disposto no art. 7º da CISG, incluindo a aplicação dos Princípios Gerais de Direito elencados no dispositivo legal.

Palavras-chave: Uniformização, boa-fé, Princípios Gerais de Direito, aplicação.

ABSTRACT: On the international scene, an attempt to standardize a legal system has been getting closer and closer to materializing, especially with regard to the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. This task aims to show the historical process for the formation of the principles of Article 7 of the CISG, aimed at systematically commenting on the sources allowed to fill in the gaps in the Convention and how this is applied by Justice and Arbitration in the country. For the formulation of this work, historical and systemic analysis methods were used to consolidate the research. Finally, it is worth

⁷⁷ Contato: jhvl2001@gmail.com

⁷⁸ Professor Adjunto IV da Universidade Federal do Amazonas (UFAM), nas disciplinas de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado. Doutor em Ciências Jurídicas pela *Universidad Castilla la Mancha*, na Espanha (2014) e Pós-Doutor em Direito Pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha (2019).

mentioning that this article seeks to point out how judicial and arbitration decisions are made based on the provisions of art. 7 of the CISG, including the application of the General Principles of Law listed in the legal provision.

Keywords: Standardization, good faith, General Principles of Law, application.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo comentar e analisar o Artigo 7 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, na sigla em inglês) sob a perspectiva jurídica e arbitral brasileira. Esse dispositivo, conhecido como “garantia de qualidade interpretativa”, contém regras importantes que devem ser observadas pelos julgadores da lide, sejam juízes ou árbitros. É necessário compreender os aspectos históricos que levaram a sua formação, bem como de que forma essas regras são aplicadas aos contratos realizados no Brasil, além de quais são os efeitos práticos do art. 7º nas aplicações judiciais.

Os comentários examinarão, à luz da doutrina e jurisprudência pátrias, as principais regras contidas no Artigo 7 e sua aplicação efetiva pelos tribunais (que seguem o rito disposto na LINDB) e câmaras arbitrais (que dispõe de meios legais efetivamente selecionados sem se dobrar a um sistema processual), bem como de que maneira essas regras se aplicam na prática da justiça e da arbitragem brasileiras. O trabalho também discutirá as principais questões jurídicas e práticas que podem surgir na aplicação do referido item no Brasil, principalmente no que tange ao tempo de tramitação dos processos de direito internacional privado no meio jurídico.

Além disso, se fornecerá uma discussão sobre a importância da arbitragem para a solução de disputas decorrentes de contratos de compra e venda internacional. A arbitragem é um método de solução de disputas que tem aceitação em popularidade crescente no Brasil e é considerada a melhor maneira de lidar com questões relacionadas a contratos internacionais, inclusive no que tange a aplicação da CISG e sua observação.

Finalmente, a análise deste artigo também explorará o papel dos árbitros no contexto do Artigo 7 da CISG, e como a aplicação dos Princípios Gerais de Direito Internacional, ao lado da manutenção da Boa-fé e da interpretação uniformizada no contexto arbitral brasileiro, é mais célere do que a aplicação do art. 7º pelos tribunais. Por fim, pode-se concluir que a arbitragem aplica melhor o artigo 7 da CISG do que os tribunais no Brasil, pois a arbitragem oferece maior flexibilidade, maior velocidade e menor custo para as partes.

1. A LINHA HISTÓRICA DA FORMAÇÃO DA CISG

Os fundamentos do Artigo 7 da CISG têm uma origem remontada aos antigos persas, sendo seus princípios geradores parte da tradição contratual aquemênida, que tinha como objetivo proteger as obrigações primárias entre contratantes, garantindo a execução das obrigações, pois, a partir do século VI a.C., os persas, através de suas conquistas, adquiriram um conhecimento de leis de vários povos do Oriente, e com isso, foi desenvolvido um sistema jurídico que previa a aplicação dos princípios gerais de direitos de contratos de compra e venda, incluindo a responsabilidade por quaisquer danos causados pela execução incorreta ou omissão de obrigações contratuais (DOLINGER, 2020, p. 58).

No entanto, é com o megalomaniaco Alexandre, o Grande (356-323 a.C.) que começa uma tentativa de unir os povos orientais e gregos sob a égide legal helenística. Alexandre, na verdade, quase conseguiu instituir a uniformização prevista no artigo 7 da CISG que só foi desenvolvida em 1980.⁷⁹ Por meio do Helenismo, ele tentou trazer a uniformidade às relações contratuais internacionais, estabelecendo um sistema de leis uniformes e um sistema judicial comum. Infelizmente, Alexandre morreu jovem, aos 32 anos, e seus sucessores não se importaram em continuar com a sua visão de regular as relações contratuais internacionais.

Foi só com o general romano Pompeu, o Grande (106-48 a.C.) que se fundamentou um caminho para a uniformização e a Boa-fé previstas no artigo 7º. Ele aplicou o direito conhecido como *Jus Gentium* (lat. "Direito dos Povos") para resolver os conflitos entre a Lei Romana e os costumes jurídicos orientais, e estabeleceu regras para a reserva dos bens. Estas regras contribuíram para a criação de um sistema de direito internacional, a partir do qual os árbitros romanos puderam tomar decisões justas sobre questões de direito comercial internacional. Além disso, a precisão e a rapidez na tomada de decisões jurídicas sobre questões comerciais foram extremamente influenciadas pelo *Jus Gentium*.⁸⁰

O legado romano foi extremamente influente no Mundo Mediterrâneo e moldou o comércio internacional judaico regulado sob o governo do Etnarca Hircano II (67-40 a.C.). Por exemplo, a estabilização das relações comerciais privadas e o livre fluxo de bens, serviços e informações individuais entre judeus e romanos, foram resultado deste sistema.

Sumo Sacerdote dos judeus e Etnarca da Judeia, o último governante legítimo da Dinastia Asmoneana foi um dos primeiros governantes orientais a aplicar a boa-fé e noções de uniformização de uma lei comercial (princípios do artigo 7 da CISG) durante o seu governo. Ele desenvolveu um sistema de leis e normas de comércio que eram aplicados a

79 WAISBERG, Tatiana. **Manual de Direito Internacional Privado**. 2013, p. 03.

80 DOLINGER, Jacob; & TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**, 2020, p. 60.

todos os comerciantes e seus negócios na Judeia, fosse judeu, romano ou grego (JOSEFO, 2019, p. 346).

Esse sistema incluía as normas de responsabilidade por parte dos comerciantes, direitos e proteção dos pagamentos, bem como o pagamento dos bens ou serviços em um prazo razoável. Além disso, Hircano II também estabeleceu um sistema de leis uniformes para resolver disputas comerciais privadas, como a decisão da jurisdição apropriada para os casos relacionados ao comércio, a primeira forma de *Lex Mercatória* registrada na história do Direito, tornando Hircano II, e seus códigos comerciais judaicos, o precursor mais importante dos preceitos internacionais que inspiraram a CISG.⁸¹ Esse sistema judaico se espalhou da Palestina para além da Rota da Seda, e trouxeram a estabilidade necessária para as transações comerciais que os mercadores buscavam.

No Código de Teodósio-Valentiniano, promulgado no ano de 448 d.C. pelos imperadores Teodósio II (402-450) e Valentiniano III (425-455), os romanos ocidentais e orientais estabeleceram pela primeira vez uma lei uniformizada para regular as questões de compra e venda internacional, principalmente para dirimir os conflitos comerciais entre os romanos e os invasores germânicos e hunos que se estabeleceram no Império.⁸² Esta lei, conhecida na Idade Média como *Lex Mercatória* (lat. "Lei Mercantil"), estabeleceu diversas diretrizes para transações comerciais envolvendo contratantes de diferentes nacionalidades dentro do Império.

Os povos bárbaros que destruíram o Império Romano do Ocidente, como os Vândalos e Visigodos, após a sua queda, adotaram a *Lex Mercatória* contida no Código de Valentiniano, aplicando seus princípios nos reinos subsequentes que deram origem a Europa Moderna, principalmente na Itália e França bárbaras (DOLINGER, 2020, p. 61). É interessante notar que, mesmo antes da era moderna, haviam cláusulas específicas para contratos comerciais celebrados por esses povos, o que é muito semelhante aos princípios do artigo 7º da CISG.

No século IV, inspirado pela *Lex Mercatória* de Teodósio, o imperador bizantino Justiniano I o Grande (527-565) foi o consolidador da aplicação da uniformização de leis que regulassem as relações internacionais públicas e privadas do Império Romano do Oriente. O *Corpus Iuris Civilis*, ou Código de Justiniano, criado por ele, foi capaz de fazer isso ao se apropriar dos ensinamentos da fé cristã nas leis do Império Romano, assimilando

81 MILMAN, Henry Hart. **The History Of The Jews: The Asmoneans. The Patriarch Of The West To The Prince Of Captivity** [A História dos Judeus: Os Asmoneus - Do Patriarca do Oeste ao Príncipe do Cativo], 2019, pp. 473 et seq.

82 WAISBERG, Tatiana. **Manual de Direito Internacional Privado**. 2013, p. 03.

a boa-fé nos contratos e relações internacionais com os mandamentos contra a defraudação da Bíblia Sagrada.⁸³

Já em meados de 800, o primeiro imperador franco, Carlos Magno (768-814), foi fundamental para impulsionar a uniformização de normas jurídicas para questões internacionais. Em 800, após sua coroação no Natal como Sacro Imperador Romano-Germânico, ele estabeleceu a *Lex Mercatória* propriamente dita, que significou a primeira formalização de uma legislação de direito comercial europeu (WAISBERG, 2013, p. 05). Um dos principais princípios da *Lex Mercatória* é a boa-fé, regulada pelo artigo 7 da CISG, que herdou da *Lex Mercatória* Carolíngia os pressupostos de fé, confiança e honestidade entre as partes.

Já no fim da Idade Média, em 1453, o Império Turco Otomano foi capaz de assimilar e solidificar a questão da uniformização de uma lei reguladora da compra e venda internacional ao longo de três séculos. Após a conquista de Constantinopla, o Império Otomano absorveu a *Lex Mercatória* Italiana, que era a base de regulamentação comercial que existia na região desde as Cruzadas, e também a *Lex Mercatória* Bizantina instituída por Justiniano, criando assim a *Lex Mercatória* Otomana.⁸⁴ Esta lei foi desenvolvida para permitir que comerciantes celebrassem contratos seguros e formais, realizando negócios privados entre produtores turcos e de outras nacionalidades. A uniformização de lei reguladora de compra e venda internacional hoje é regulada no artigo 7 da CISG, e essa uniformização foi alcançada devido ao trabalho realizado pelos comerciantes otomanos na Turquia.

Durante a Era das Navegações, esses princípios foram promulgados como lei na primeira *Lex Mercatória* uniforme, desenvolvida pelos comerciantes que mantinham contratos de compra e venda internacional com as Coroas Estatais ou compradores privados, primeiramente para regular o comércio marítimo entre Inglaterra, os Estados Ibéricos, Holanda e a manutenção dos negócios nas colônias distantes entre a América e Ásia, estabelecendo bases cruciais para as regulamentações atuais de direito internacional privado (WAISBERG, 2013, p. 13). Essa forma uniformizada abriu novas possibilidades para o comércio internacional.

No Brasil, os princípios da *Lex Mercatória* chegaram pela primeira vez durante a gestão da Coroa Portuguesa por Sebastião José de Carvalho e Melo, o famoso Marquês de

83 DOLINGER, Jacob; & TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**, 2020, p. 64.

84 BULUT, Mehmet. **The Ottomans And Western Europeans During The Mercantilist Times: Neutrality, Competition And Conflict** [*Os Otomanos e os Europeus Ocidentais durante os Tempos Mercantilistas: Neutralidade, Competição e Conflito*], 2020, p. 16.

Pombal (1750-1777).⁸⁵ Durante sua gestão como Secretário de Estado dos Negócios Interiores do Reino e Negócios Estrangeiros e da Guerra, o chanceler déspota português criou diversas leis que tinham como base os princípios da *Lex Mercatória*, e, com isso, estabeleceu as bases para a boa-fé e uniformização de práticas comerciais internacionais em Portugal e nas colônias, principalmente no Brasil, que em seu governo exportava ouro e diamantes, onde hoje está localizado o Estado de Minas Gerais, para organizações privadas em toda Europa.

Mas tudo muda somente no século XIX, com a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado (conhecida por sua sigla em inglês, HCCH), criada em 1893, que serviu como um marco significativo para a uniformização de leis internacionais, especialmente no que diz respeito às compras e vendas internacionais. A HCCH foi uma ponte importante para a criação da CISG, pois já determinava que os litígios resultantes desses acordos contratuais poderiam ser resolvidos de acordo com os princípios gerais do direito internacional privado e não somente com as leis nacionais (WAISBERG, 2013, p. 36).

O aparecimento da Câmara de Comércio Internacional (CCI) em 1919, como resultado de uma tentativa de mitigar a destruição provocada pela Primeira Guerra Mundial, foi um marco na história das relações internacionais (DOLINGER, 2020, p. 119). A CCI desempenhou um papel fundamental também na determinação da uniformização e boa fé na realização de compras e vendas internacionais, contribuindo para a estabilidade econômica internacional.⁸⁶

Já na segunda fase da Era Contemporânea, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) foi fundamental para a adoção dos princípios gerais de direito internacional do Artigo 7 CISG. Fundado em 1926 na cidade de Roma e restabelecido em 1940 durante a Segunda Guerra Mundial, com a aprovação do seu Estatuto, o UNIDROIT foi o primeiro instituto internacional que desenvolveu princípios gerais de direito privado para aplicação nos contratos internacionais (MAZZUOLI, 2017, p. 356). A UNCITRAL, Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, foi estabelecida em 1966 com o objetivo de lidar com questões relacionadas ao Direito Mercantil Internacional, regulando pela primeira vez a *Lex Mercatória* Geral. A UNCITRAL desempenha um papel importante na mitigação de litígios internacionais e contratuais, como disposto no Artigo 7 da CISG (DOLINGER, 2020, p. 116).

Nesse cenário, surge enfim a Convenção de Viena Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (cuja sigla em inglês é CISG), aprovada em uma conferência diplomática das Nações Unidas no dia 10/04/1980, ficando aberta para receber

⁸⁵ CAMPOS, Adriana Pereira. et al. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional: O labirinto da codificação do Direito Internacional Privado**, 2017, p. 123 et seq.

⁸⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**, 2017, p. 104.

novos signatários a partir do dia 11 do mesmo mês e ano. No entanto, o Brasil só aderiu à Convenção em 2013, de forma que o dispositivo foi promulgado e convertido em Decreto no dia 16/10/2014 sob o n.º 8.327, ingressando como legislação interna no ordenamento jurídico brasileiro.⁸⁷

2. ART. 7º DA CISG

A estrutura da unificação de um sistema legal de contratos internacionais adveio da Convenção de Viena das Nações Unidas Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, promulgada como o Decreto N.º 8.327 de 16 de outubro de 2014, que dispõe no seu o Artigo 7º:

Artigo 7

(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.

(2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.⁸⁸

O artigo 7 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) estabelece as obrigações gerais dos contratantes. Na primeira parte do inciso (1) deste artigo, fica estabelecido que os contratantes devem concluir o contrato de acordo com a boa fé, ou seja, de acordo com os costumes e práticas comerciais (BRASIL, 2014).

Já na segunda parte, está estabelecido que os contratantes devem cumprir as obrigações contratuais de forma adequada observando a boa-fé, independentemente dos motivos específicos que levaram as partes a celebrar o contrato, o que para Benedict Sheehy significa que "*the travaux preparatoires for Art. 7 reveal a deep divide among the*

87 **A CISG**. CISG Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.cisg-brasil.net/a-cisg-1>. Acesso em: 11/02/1023.

88 BRASIL. **Decreto N.º 8.327, de 16 de outubro de 2014**, art. 7º, 2014.

*parties, and arguably, the compromise does not adequately straddle the two main positions".*⁸⁹

Na primeira parte do inciso (2) do artigo, está disposto que os julgadores não devem deixar de aplicar a CISG ou os Princípios Gerais de Direito, para que as lacunas não possam causar prejuízos a outras partes. Por último, a segunda parte dispõe que os juízes e árbitros devem se valer de leis justas e adequadas para o caso de os Princípios não serem cabíveis à resolução dos litígios.

2.1. Interpretação

O autor Jacob Dolinger trouxe em sua obra *Direito Internacional Privado* que:

A interpretação autônoma exige que a convenção seja interpretada como um sistema independente. Isso significa que é vedado interpretar a CISG à luz de qualquer sistema nacional. A regra é que não se podem utilizar regras de interpretação desenvolvidas no direito interno, tampouco equiparar o sentido do texto convencional às normas de produção interna. Assim, em que pesem as possíveis semelhanças com o direito brasileiro, a CISG não deve ser interpretada à luz do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor ou de qualquer outra lei em vigor no Brasil. Tal regra é ainda mais importante diante dos conceitos centrais da convenção, entre os quais, exemplificativamente, o de conformidade das mercadorias.⁹⁰

Já o jurista Valerio Mazzuoli, em seu *Curso de Direito Internacional Privado*, defende a interpretação autônoma da CISG para que se obtenha um sistema de interpretação independente.⁹¹ Isto significa que não se deve utilizar qualquer regra de direito interno para interpretar a CISG, nem fazer uso de analogias com o direito brasileiro. Por isso, o Código Civil, o Código de Processo Civil e qualquer outra legislação brasileira não devem ser considerados para interpretar a CISG. Esta regra é particularmente importante quando se trata de conceitos fundamentais da convenção, como o conceito de conformidade das

⁸⁹ SHEEHY, Benedict. **Good Faith in the CISG: The interpretation problems of Article 7** [*Boa-fé na CISG: Os problemas de interpretação do Artigo 7*], 2004, p. 15. "Os trabalhos preparatórios do art. 7 revelam uma profunda divisão entre as partes, e, sem dúvida, o compromisso não abrange adequadamente as duas posições principais" [*tradução nossa*].

⁹⁰ DOLINGER, Jacob; & TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**, 2020, p. 920.

⁹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**, 2017, p. 478.

mercadorias. Assim, é necessário que a CISG seja interpretada a partir de uma abordagem autônoma e não através dos princípios do direito interno (DOLINGER, 2020, p. 921).

De fato, a interpretação da CISG no Brasil, apesar de objetivar a uniformidade, sempre será feita de forma autônoma pelos Juízes e Árbitros (DOLINGER, 2020, p. 921). Além disso, sua uniformidade decorre de sua obrigatoriedade, acerca da qual Mazzuoli discorre eludindo que “trata-se de norma internacional de observância obrigatória para juízes e tribunais brasileiros quando em causa contrato internacional de compra e venda de mercadorias”⁹².

O artigo 7 da Convenção das Nações Unidas sobre a Venda Internacional de Mercadorias (CISG) estabelece que os contratos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé, e que os tribunais devem aplicar os contratos de forma autônoma. No entanto, as interpretações dos tribunais brasileiros têm sido inconsistentes e, às vezes, controversas. Em particular, os tribunais têm falhado em interpretar o artigo 7 da CISG da forma autônoma e correta, como exige a interpretação do contrato de acordo com o Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Embora estejam relutantes em reconhecer a aplicabilidade da interpretação boa-fé, os tribunais brasileiros têm a obrigação de aplicar e interpretar o artigo 7 da CISG de acordo com o LINDB, a fim de garantir a segurança e a efetividade dos contratos internacionais.

A respeito da interpretação levando em conta as leis internacionais, dispõe a III Jornada de Direito Comercial:

Enunciado N.º 90

Na interpretação da CISG (Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias), promulgada pelo Decreto n. 8.327/2014, ou de contrato a ela submetido, deve-se atentar para a jurisprudência e doutrina internacionais sobre a CISG, tendo em vista as diretrizes fixadas no seu art. 7(1).

Justificativa:

A CISG, na condição de lei uniforme de natureza convencional, constitui um regime jurídico fechado, no qual somente os princípios a ela subjacentes devem ser utilizados para informar a sua própria interpretação e aplicação. Embora passe a integrar o direito nacional

92 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. loc. cit.

dos Estados Contratantes, a CISG é caracterizada pela internacionalidade e uniformidade. A aplicação baseada na experiência local de cada sistema jurídico nacional é contrária aos princípios fundamentais que dão identidade à Convenção. O art. 7(1) da CISG estabelece as diretrizes para sua interpretação. Referido dispositivo indica que, no que tange à interpretação da CISG, três princípios devem ser levados em consideração: "a origem das regras (seu 'caráter internacional'), o objetivo de se promover a uniformidade e, finalmente, a promoção de 'boa-fé' no comércio internacional".³ Nesse sentido, a CISG consagra o princípio da interpretação autônoma.⁴ Ou seja, sua aplicação não depende de qualquer entendimento de regra, princípios ou concepções preestabelecidas de direito interno - e esta é forma pela qual se preserva e difunde o caráter internacional e uniforme inerente às disposições da Convenção.⁵ Por isso, mesmo diante de zonas cinzentas (em que a Convenção não elucida satisfatoriamente certa situação), não se pode recorrer a regras ou princípios do direito interno, tampouco apenas à doutrina e jurisprudência de direito interno. O texto convencional é de interpretação autônoma. A consideração adequada da doutrina e jurisprudência internacionais assegura a uniformidade na sua interpretação e aplicação nos diversos Estados Contratantes da CISG. Além disso, permite o necessário distanciamento em relação às orientações jurídicas locais, reforçando a internacionalidade da Convenção. Uma Convenção internacional de uniformar constitui um regime jurídico fechado, no qual somente os princípios que a inspiraram podem ser utilizados para interpretá-la ou para aplicá-la, sob pena de desnaturá-la e de esvaziar seu conteúdo. Para isso, mesmo diante de zonas cinzentas (em que a Convenção não elucida satisfatoriamente certa situação), não se pode recorrer a regras ou princípios do direito interno, pois o texto convencional é de interpretação autônoma.⁹³

O Brasil tem sido um país de destaque no que diz respeito às câmaras arbitrais, que têm crescido em popularidade nos últimos anos. A capacidade das câmaras de arbitragem brasileiras de julgar questões relacionadas à compra e venda internacional é amplamente reconhecida, assim como a sua expertise na interpretação correta da CISG e aplicação de princípios gerais de direito internacional, conforme previsto no Artigo 7, assim como a utilização de outras leis internacionais (FERREIRA, 2018, p. 256).

93 BRASIL. **III Jornada de Direito Comercial**, 2019, Enunciado N.º 90.

2.2. Uniformização

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias (CISG), de 1980, é o tratado internacional sobre direito comercial aplicável às compras e vendas de mercadorias entre diferentes Estados. O Artigo 7 da CISG estabelece a regra de unificação das leis nacionais dos Estados participantes, de forma a promover a confiança entre as partes nas transações comerciais. No Brasil, a CISG já era aplicada nas câmaras arbitrais desde 2004, mesmo antes de sua adesão em 2013 e inclusão no sistema legal brasileiro em 2014, e desde então, os Contratos Internacionais de Comércio celebrados no país estão sujeitos às regras definidas na convenção. Por isso, a unificação prevista no Artigo 7 da CISG tornou-se de aplicação obrigatória no território brasileiro.

Conforme a observação de Mazzuoli:

A isso se acrescenta o fato de que determinadas matérias – especialmente de Direito Civil, como, v.g., direito das coisas, das obrigações, de família e das sucessões – são de uniformização complexa, pois ligadas a aspectos ético-jurídicos em tudo dessemelhantes de cada comunidade estadual, dos quais não se pretende abrir mão em nome da uniformização.⁹⁴

A unificação do Artigo 7 da CISG tem ajudado a proporcionar maior segurança jurídica às partes envolvidas em uma transação internacional. Os padrões de direito uniforme estabelecidos pelos países-membros permitem que as partes sejam tratadas de maneira justa, pois todas as partes sabem quais os seus direitos e obrigações segundo a lei, como elude Sheehy em seu artigo, dizendo que:

While clearly not establishing any form of stare decisis, this provision supports efforts at developing uniformity in application by observing the “gap filling” of the parties and permitting the gap-filling to attain a level of acceptance approaching international law. This provision becomes problematic, however, when there is no consistent application of the treaty.⁹⁵

94 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Privado, 2017, p. 37.

95 SHEEHY, Benedict. **Good Faith in the CISG: The interpretation problems of Article 7** [*Boa-fé na CISG: Os problemas de interpretação do Artigo 7*], 2004, p. 10. “Embora claramente não estabeleça qualquer forma de ficar com as coisas decididas, esta disposição apoia os esforços para desenvolver a uniformidade na aplicação, observando o “preenchimento de lacunas” das partes e permitindo que o preenchimento de lacunas atinja um nível de aceitação que se aproxime do direito internacional. Esta disposição torna-se problemática, no entanto, quando não há aplicação consistente do tratado” [*tradução nossa*].

Além disso, o Artigo 7 da CISG tem ajudado a evitar litígios entre os países. Ao proporcionar uma base de direito comum, o artigo torna-se mais fácil para as pessoas físicas e jurídicas celebrarem seus acordos internacionais.

2.3. Boa-fé

A Boa-Fé é uma cláusula importante do artigo 7 da CISG e possui o objetivo de garantir que os contratos sejam implementados de acordo com as intenções dos contratantes, estando já enraizada no Brasil com respaldo na Constituição Federal. Nas palavras de Adriano Fernandes:

A boa-fé se subdivide em boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, ao passo que a primeira decorre da leitura sistêmica dos art. 1.º, inciso III; art. 3.º, inciso II; art. 5.º, *caput*; art. 5.º, inciso III; art. 5.º, § 2.º, todos da Constituição Federal. Isso porque a boa-fé subjetiva na Constituição não pode ser atribuída a um único artigo, porque se trata da essência do Direito. Ademais, deve ser vista em sua forma ampla porque dela decorre todas as relações jurídicas pleiteadas pelo ser humano.⁹⁶

A Boa-Fé é fundamental para garantir que as obrigações contidas nos contratos sejam cumpridas, e é necessária para preservar a confiança entre as partes (MAZZUOLI, 2017, p. 318). Ou seja, os contratantes devem trabalhar em conjunto e de maneira justa para alcançar os objetivos dos contratos. Além disso, as partes devem respeitar e cumprir suas obrigações contratuais para evitar quaisquer problemas.

O artigo 7 da CISG estabelece tacitamente a relação entre a arbitragem e a boa-fé no contexto do comércio internacional.⁹⁷ O artigo estabelece que todas as partes envolvidas em uma disputa devem buscar o acordo através de negociações em boa-fé antes de recorrer à arbitragem ou a um tribunal de justiça. Por essa razão, precisamos nos empenhar para garantir que todas as negociações sejam realizadas em um ambiente construtivo e justo (DOLINGER, 2020, p. 865).

A arbitragem não se submete a ritos processuais jurídicos ou a legislação de aplicação de decisões (a única legislação que trata do instituto é a que regulariza sua prática), de maneira que o árbitro selecionado pelas partes tem capacidade mais ampla de se utilizar dos Princípios Gerais e analisar qual o direito aplicável a resolução do conflito, desde que as partes não tenham elegido foro judicial específico para resolução da lide (FERREIRA, 2018, p. 26).

96 FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**, 2018, p. 46 et seq.

97 FERREIRA, Adriano Fernandes. loc. cit.

3. APLICABILIDADE DO ARTIGO

3.1. Princípios Gerais de Direito Internacional e leis aplicáveis

Insta salientar que os Princípios Gerais que inspiraram a CISG são as bases técnicas que regem o sistema comercial e jurídico no qual foi constituído o contrato, podendo esses serem os costumes, a jurisprudência, a arbitragem ou as tradições negociais.⁹⁸ Os Princípios Gerais de Direito Internacional são fundamentos para a interpretação e aplicação do direito contratual internacional. Estes princípios são previstos no Estatuto de Roma da UNIDROIT.

Partindo desse ponto, os Princípios Gerais contidos na Convenção são o Princípio da Autonomia da Vontade, Princípio da Proibição de Comportamento Contraditório, Princípio da Indenização Integral do Dano, Princípio da Mitigação dos Danos e o Princípio do *Favor Contractus*.⁹⁹

O Princípio da Autonomia da Vontade estabelece que as partes devem ter liberdade para determinar os termos de suas relações jurídicas, pois elas têm o direito de estabelecer seus próprios acordos e contratos.¹⁰⁰

O Princípio da Indenização Integral do Dano garante que a parte prejudicada tem direito a uma indenização equivalente ao valor total do dano sofrido, desde que este seja comprovado (DOLINGER, 2020, p. 766). O Princípio do *Favor Contractus* estipula que, se existir alguma ambiguidade ou contradição entre os termos dos contratos, os termos devem ser interpretados a favor do contratado. Este princípio almeja garantir a segurança jurídica dos contratos comerciais, permitindo que as partes negociem livremente e de forma consciente (FERREIRA, 2016, p. 100).

Quanto a lei aplicável no caso de ao Princípios Gerais não sanarem o problema, há diferenças de escolha para o sistema judiciário e para a câmara arbitral. A justiça está limitada a aplicar o disposto no art. 9º da LINDB e 22 do CPC, observando os critérios de domicílio, residência, lugar da obrigação, local da constituição do contrato e a eleição de foro (já admitida na Súmula n.º 335 do STF).¹⁰¹

⁹⁸ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Elementos de Direito Internacional Privado**, 2016, p. 49-50.

⁹⁹ NOGUEIRA, Zilda da Silva. **Artigo 7 CISG: análise crítica e interpretativa**, 19/07/ 2022, 04:06.

¹⁰⁰ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**, 2018, p. 43-44.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 335**. É válida a cláusula de eleição do foro. Diário da Justiça: Brasília-DF, Sessão Plenária de 13/12/1963.

O artigo 7 da Convenção permite a aplicação de leis que sigam os limites do Direito Internacional. Estas leis incluem o *lex loci delicti commissi*, os Tratados Internacionais de Comércio, a *lex dammi* e as leis que observem as obrigações *ex lege*.¹⁰²

O *lex loci delicti commissi* é baseado na teoria de que a lei do local onde ocorreu o delito deve ser aplicada para determinar a responsabilidade, nas palavras de Dolinger: “ [...] que levará à lei material brasileira (que prevê o pagamento de indenização menor)”.¹⁰³ Os tratados internacionais de comércio são acordos celebrados entre diferentes países para regular as relações comerciais (MAZZUOLI, 2017, p. 469 et seq.).

A *lex dammi* é uma antiga lei romana que permite a aplicação de leis locais para assuntos relacionados a contratos, amplamente usada em casos internacionais porque permite que os tribunais apliquem leis locais nos litígios comerciais.¹⁰⁴ Finalmente, as leis *ex lege* estabelecem as obrigações entre as partes de um contrato, e ditam as responsabilidades de cada parte e normalmente sendo usadas para determinar a responsabilidade legal quando um contrato é violado (MAZZUOLI, 2017, p. 473-474).

3.3. Aplicação pelos Tribunais

A primeira vez em que se aplicou a CISG em uma corte jurídica no Brasil, observando o art. 7º da Convenção, foi em 2017, quando na falta de lei regulatória para resolver o litígio, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul aplicou-a como Direito Costumeiro e qualificou a internacionalidade do Contrato,¹⁰⁵ como pode se observar no julgado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. CAUÇÃO PROCESSUAL (“CAUTIO JUDICATUM SOLVI”). RESCISÃO DE CONTRATO. AUSÊNCIA DE ENTREGA DAS MERCADORIAS, PELA VENDEDORA. RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO PELA COMPRADORA. PENALIDADE POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

¹⁰² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**, 2017, p. 336 et seq.

¹⁰³ DOLINGER, Jacob; & TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**, 2020, p. 766.

¹⁰⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. op. cit., p. 471-472.

¹⁰⁵ **TRIBUNAL ESTATAL BRASILEIRO APLICA PELA PRIMEIRA VEZ A CISG**. CISG Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.cisg-brasil.net/noticias>. Acesso em: 11/02/2023.

1 - Preliminar de extinção do feito com base no art. 485, VI, do CPC que não se acolhe, com base na Teoria da Asserção, da qual se tem valido esta Corte para, assim, analisar em abstrato o preenchimento das condições da ação, aqui em princípio atendidas. 2- Preliminar de extinção do feito sem resolução de mérito por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo que tampouco prospera, porque a ausência da prestação da caução processual a que alude o art. 83, *caput*, do Novo CPC não conduz à extinção do feito, com base no art. 485, IV, do CPC, tratando-se, se muito, de causa de conversão do feito em diligência. Pedido sucessivo nesse sentido que, contudo, é rejeitado, porque as circunstâncias do caso concreto tornam dispensável a exigência "cautio judicatum solvi". 3- Contato de compra e venda internacional de mercadorias cuja rescisão vai declarada, por força da aplicação conjunta das normas do art. 47(1), do art. 49(1)(b) e do art. 81(2), todos da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias ("Convenção de Viena de 1980"), a cujo marco normativo se recorre simultaneamente ao teor dos Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais. 4- Indeferido o pedido contrarrecursal de aplicação de penalidade por litigância de má-fé porque não constatada a incursão, pela ré, em qualquer uma das condutas vedadas pelos arts. 77 e 80 do Novo CPC. 5- Honorários de sucumbência majorados para 15% sobre o valor atualizado da condenação, com amparo na regra do art. 85, § 11, do Novo CPC. Preliminares rejeitadas. Apelação cível desprovida.

(TJ-RS - AC: 70072362940 RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Data de Julgamento: 14/02/2017, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 16/02/2017)

A análise criteriosa da jurisprudência estrangeira sobre a CISG pelas cortes brasileiras é uma das mais importantes técnicas para assegurar o cumprimento do comando contido no art. 7 (BRASIL, 2019). Adriano Fernandes destaca que o artigo 7 da CISG direciona a atenção do intérprete para o caráter internacional, enfatizando a necessidade de uma discussão internacional entre diferentes órgãos julgadores nacionais.¹⁰⁶ Além disso, mesmo ratificada por um Estado, a CISG não perde seu caráter internacional e independente, de modo que as decisões e fundamentações das cortes nacionais sobre ela

¹⁰⁶ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Elementos de Direito Internacional Privado**, 2016, p. 54.

permitem que ela se torne parte da comunidade internacional (FERREIRA, 2016, p. 54). Desta forma, a CISG promove a uniformidade das leis e normas de direito internacional sobre as leis nacionais. É o que pode ser analisado na ementa do Processo N.º 70072090608:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS. PRELIMINARES. NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO BRASILEIRA PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DO CASO. JURISDIÇÃO BRASILEIRA. PRINCÍPIOS UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS. DEVER DE BOA-FÉ.

1 - Deve ser rejeitada a preliminar de não conhecimento do apelo, pois, contrariamente ao alegado pela autora, em contrarrazões, o recurso impugna de forma direta os fundamentos da sentença, guardando observância ao princípio da dialeticidade. 2- Do mesmo modo, não merece acolhimento a preliminar da ré que tampouco prospera, por aplicação do critério domiciliar de fixação de jurisdição internacional. Jurisdição brasileira caracterizada, no caso, pela circunstância de que a requerida possui domicílio no Brasil - o que se apura com base no art. 75, IV, Código Civil, considerando que, por força do princípio da territorialidade em matéria processual, cânone do Direito Internacional Privado, a qualificação do domicílio, para a questão em tela, deve dar-se à luz da "lex fori". Preliminar cuja rejeição funda-se, assim, na hipótese de jurisdição internacional concorrente dada pelo art. 88, I, do CPC/73 (vigente ao tempo da propositura da ação), e pelo art. 12, "caput", da LINDB. Desacolhimento da preliminar que igualmente se dá ante a impropriedade da evocação, pela ré, do art. 100, IV, 'd', do CPC/73: o dispositivo estipula norma de competência interna, cujo âmbito, por isso, não se justapõe àquele do art. 88, e cuja incidência, pela mesma razão, ocorre de forma sucessiva àquele. 3- Não merece prosperar a tese defensiva de nulidade do contrato entabulado entre as partes, porque não verificada qualquer uma das situações previstas no Capítulo III dos Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, tratando-se a arguição da ré, na verdade, de afronta manifesta à máxima de boa-fé nas relações comerciais

internacionais, conforme se extrai do art. 7(1) da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“Convenção de Viena de 1980”). Sentença de procedência mantida. 4- Desprovisionamento do apelo que também decorre da rejeição do pedido sucessivo de minoração dos honorários sucumbenciais, pois já fixados no patamar mínimo dado pelo art. 85, § 2º, do Novo CPC. Preliminares rejeitadas. Apelação cível desprovida.

(TJ-RS AC: 70072090608 RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Data de Julgamento: 30/03/2017, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 04/04/2017)

Quando se trata da aplicação dos Princípios de Direito Internacional, devem ser avaliados segundo as regras da CISG sobre conformidade das mercadorias, e não à luz das regras da LINDB.107 Da mesma forma, é necessário que todos os procedimentos sejam feitos de acordo com as diretrizes da CISG, com a aplicação de seus Princípios Gerais, a fim de garantir a segurança das transações e os direitos de todas as partes envolvidas, o que se observa no AI N.º 70082279902 do TJRS:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO “DUTY TO MITIGATE THE LOSS”

De acordo com a teoria “Duty to Mitigate the Loss”, as partes possuem o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas possíveis e necessárias para que o dano não seja agravado. Com propriedade, Flávio Tartuce assim leciona sobre o tema: “Uma dessas construções inovadoras, relacionada diretamente com a boa-fé objetiva, é justamente o duty to mitigate the loss, ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor. Sobre essa tese foi aprovado o Enunciado n. 169 do CJP/STJ na III Jornada de Direito Civil, pelo qual “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. A proposta, elaborada por Vera Maria Jacob de Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e que decorre do princípio da boa-fé objetiva e daquilo

107 FERREIRA, Adriano Fernandes. **Elementos de Direito Internacional Privado**, 2016, p. 57.

que consta do art. 422 do CC. O enunciado está inspirado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias (CISG), no sentido de que “A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída”. Para a autora da proposta, Professora Vera Fradera, há uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes”. (Tartuce, Flávio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017). No caso dos autos, não há como imputar à empresa agravante a responsabilidade por permanecer a execução à deriva ao longo de dez anos, considerando que os executados indicaram bens à penhora em 2009, permanecendo a instituição exequente inerte nesse período, agravando severamente seu prejuízo que assim não deverá ser arcado pela agravante. Reforma da decisão recorrida, para afastamento dos juros moratórios a contar da indicação dos bens à penhora pela agravante. AGRAVO PROVIDO.

(TJ-RS - AI: 70082279902 RS, Relator: Leoberto Narciso Brancher, Data de Julgamento: 18/12/2019, Décima Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 22/01/2020)

O artigo passou a ser aplicado timidamente no Brasil, e mesmo com a permissão que lhe foi atribuída ao para a aplicabilidade de Princípios Gerais de Direito Internacional e de dispositivo legal internacional, o tempo extremamente logo para uma ação termine de tramitar na Justiça Comum é de 4 anos e 03 meses, o que tem feito aumentar drasticamente a preferência pela Arbitragem. O sistema judiciário tem procurado observar mais a uniformização da interpretação acerca da CISG, bem como a aplicação das medidas elencadas em caso de lacuna na Convenção, mas isso não resolve o tempo longo para que saia uma decisão final.

3.4. Aplicação pelas Câmaras Arbitrais

A arbitragem brasileira, admitida pelo Código de Processo Civil, tem se mostrado extremamente eficiente na aplicação das disposições do artigo 7 CISG, e a aplicação em si da Convenção pelos árbitros brasileiros já ocorria antes da adesão da Convenção pelo

Brasil e sua adição ao ordenamento brasileiro (DOLINGER, 2020, p. 867). Essa eficiência se deve ao fato de que os árbitros são muito mais ágeis e produtivos do que os tribunais no processamento de causas. Dessa forma, muitas vezes os litigantes optam por abrir mão da lentidão dos tribunais para se submeter aos árbitros, a fim de obter uma maior eficiência nos resultados.

A arbitragem brasileira aplica o Princípio da Autonomia da Vontade, também conhecido como Princípio da Autonomia das Partes, de acordo com o artigo 7 da CISG, que assegura aos contratantes a possibilidade de determinar as disposições e cláusulas contratuais que melhor se adequam aos seus interesses comerciais.¹⁰⁸

Além disso, a arbitragem brasileira também respeita o Princípio da Proibição de Comportamento Contraditório, de acordo com o qual as partes não devem agir de modo que impeça ou iniba o cumprimento dos termos acordados, como observado na homologação de sentença arbitral abaixo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E COMERCIAL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA NO FEITO ARBITRAL. CONTRATO ASSINADO PELO EMPRESA BRASILEIRA. PROVA DOS AUTOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO PROCESSO ARBITRAL. CITAÇÃO COMPROVADA POR MEIO DE VIA POSTAL COM AVISO DE RECEBIMENTO. PRECEDENTES.

1. Pedido de homologação de sentença arbitral no qual se debateu a aplicação de penalidade contratual em razão de inadimplemento de obrigação em relação internacional comercial de compra e venda; a parte requerida contesta e alega que não teria firmado a avença e defende que não teria sido informado do feito arbitral. 2. Não prospera a alegação de ilegitimidade passiva, já que o exame do contrato que deu origem ao processo arbitral é claro ao indicar que este foi assinado pela requerida e não pela empresa matriz; consta expressamente "AMIK do Brasil Ltda." (fl. 64 e fl. 70). 3. Os comprovantes de recebimento das cartas entregues por meio de courier internacional constam dos autos, conforme indica a tradução juramentada (fls. 142-150, e-STJ); o STJ já firmou jurisprudência que, em casos de processos arbitrais, "(...) a citação, no procedimento arbitral, não ocorre por carta rogatória, pois as cortes arbitrais são

108 FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**, 2018, p. 43-44.

órgãos eminentemente privados. Exige-se, para a validade do ato realizado via postal, apenas que haja prova inequívoca de recebimento da correspondência" (SEC 8.847/EX, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 28.11.2013). No mesmo sentido: SEC 10.658/EX, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 16.10.2014. 4. Tendo sido atendidos aos ditames do RISTJ, bem como não tendo havido incursão em alguma das vedações previstas, além de observada a Lei n. 9.037/96 e ao art. 17 da LINDB, deve ser deferido o pleito de homologação. Sentença estrangeira homologada.

(STJ - SEC: 12041 EX 2014/0133197-5, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 07/12/2016, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 16/12/2016)

A arbitragem brasileira também aplica o Princípio da Indenização Integral do Dano, o qual prevê que o lesado tenha direito à reparação total e não parcial dos danos materiais, morais e/ou patrimoniais causados. Além disso, a arbitragem brasileira também aplica o Princípio da Mitigação dos Danos, que exige que as partes envolvidas na disputa tomem medidas para reduzir os danos causados (NOGUEIRA, 2022). Por fim, a arbitragem brasileira aplica as leis que respeitam os limites internacionais, favorecendo o resultado que o contratante desejava obter.¹⁰⁹ Essa aplicação de Princípios pela arbitragem pode ser atestada pela seguinte ementa:

DIREITO INTERNACIONAL. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ARBITRAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL. INADIMPLEMENTO. ALEGADO PREJUÍZO À DEFESA NA CITAÇÃO POR CARTA DE ORDEM. SANADO. OBJEÇÃO POR IRREGULARIDADE NA CITAÇÃO NO PROCEDIMENTO ARBITRAL. INEXISTENTE. APRECIÇÃO DO MÉRITO DO DECISUM HOMOLOGANDO. INCABÍVEL. PRECEDENTES. REQUISITOS PARA HOMOLOGAÇÃO PRESENTES. 1. Cuida-se de pedido de homologação de sentença arbitral na qual se fixou indenização pelo inadimplemento parcial de contrato internacional de compra e venda. São trazidas três objeções à homologação: prejuízo à defesa em razão da entrega de cópia da petição inicial com omissão de páginas; ausência de regular citação no procedimento arbitral havido no estrangeiro; e reclamos contra a injustiça da sentença homologanda. 2. A regularidade formal foi atendida, uma vez que há a tradução juramentada do contrato, bem

¹⁰⁹ FERREIRA, Adriano Fernandes. op. cit., p. 257.

como da sentença arbitral e da convenção de arbitragem, além da chancela consular e da menção ao trânsito em julgado. Foram observados os ditames da Resolução STJ n. 9/2005 e do art. 37 da Lei n. 9.037/96. 3. Não houve prejuízo à defesa ou nulidade na citação havida por meio de carta de ordem em razão da petição inicial ter sido recebida com ausência de três folhas, uma vez que após a obtenção da integralidade da peça, houve devolução do prazo para contestação. 4. "A citação, no procedimento arbitral, não ocorre por carta rogatória, pois as cortes arbitrais são órgãos eminentemente privados. Exige-se, para a validade do ato realizado via postal, apenas que haja prova inequívoca de recebimento da correspondência" (SEC 8.847/EX, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 28.11.2013). No caso, foi comprovado o recebimento da via postal, atendido, portanto, o ditame do parágrafo único do art. 39 da Lei n. 9.037/96. Precedente: SEC 10.658/EX, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 16.10.2014. 5. As partes são pessoas jurídicas e firmaram contrato comercial pelo qual elegeram foro arbitral, por meio de cláusula compromissória regular. Não foi demonstrada violação ao art. 38 da Lei n. 9.307/96, e, em síntese, o título estrangeiro se demonstra homologável. 6. É sabido que, em juízo de deliberação, não é cabível o debate acerca do mérito. Precedentes: SEC 8.847/EX, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 28.11.2013; SEC 4.516/EX, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, DJe 30.10.2013; e SEC 6.753/EX, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe 19.8.2013. 7. Tendo sido atendidos aos ditames do art. 5º, bem como não tendo havido incursão em alguma das vedações previstas no art. 6º da Resolução STJ n. 09/2005, além de observada a Lei n. 9.037/96 e ao art. 17 da LINDB, é de deferir o pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira. Pedido de homologação deferido.

(STJ - SEC: 3892 EX 2009/0130938-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 19/11/2014, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 11/12/2014)

Ademais, o Brasil hoje ocupa a 2ª posição de país ou território com maior número de partes envolvidas em arbitragem, visto que é o tempo para que uma ação tramite nas câmaras arbitrais é de apenas 18 meses em média, além de ser impossível para máquina do Poder judiciário sustentar sozinha tamanha demanda com efetividade, celeridade e economia de recursos, por isso a importância dos meios alternativos de solução de litígios

que interpretem corretamente a CISG e preencham com uniformidade as lacunas usando dos Princípios Gerais e de leis nacionais ou estrangeiras, visto que o modelo judicial de solução de conflitos é insustentável.¹¹⁰ Neste sentido aponta o seguinte julgado do STJ quanto a homologação de sentença arbitral que contém instituto do art. 7º da CISG:

APELAÇÃO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. COMPRA E VENDA INTERNACIONAL. INADIMPLEMENTO. SENTENÇA ARBITRAL. ALEGAÇÕES DE DESCONFORMIDADE DE PROCURAÇÃO E DE PODERES DOS DIRIGENTES PARA OUTORGA. INSUBSISTENTES. DOCUMENTAÇÃO REGULAR. DEMAIS REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA.

1. Pedido de homologação de sentença arbitral condenou a parte requerida por inadimplemento de pagamento em transação de compra de produtos para produção agrícola; a parte requerida alega que não poderia haver homologação, em razão da ausência de poderes dos gestores para outorgar poderes de representação judicial aos advogados brasileiros, bem como da inexistência de tradução juramentada da procuração. 2. Os documentos dos autos informam que a parte requerente juntou a tradução juramentada da procuração pela qual foram outorgados poderes de representação judicial aos advogados brasileiros (fls. 350-352), bem como que os documentos societários evidenciam possuírem os subscritores estrangeiros poderes, pois constam do rol de pessoas aptas a assinar pela empresa requerente (fls. 12-13). 3. Foram atendidos os demais requisitos, previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), na Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1995), no Código de Processo Civil e no RISTJ. Pedido de homologação deferido.

(STJ - SEC: 15977 EX 2016/0210574-9, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 06/09/2017, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 15/09/2017)

CONCLUSÃO

110 FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**, 2018, p. 26.

Sendo assim, os tribunais brasileiros devem aplicar a interpretação correta da CISG no caso de contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, oferecendo aos envolvidos uma interpretação da legislação uniforme. Esta uniformidade é essencial para a segurança jurídica e a previsibilidade das relações comerciais internacionais.

Além disso, a arbitragem tem sido cada vez mais buscada no Brasil para solucionar questões contratuais internacionais devido à sua natureza menos dispendiosa. O Brasil é o segundo país do mundo que mais recorre à arbitragem e isso deve ser incentivado. A arbitragem, com seu procedimento mais flexível e mais adaptado às particularidades das relações contratuais internacionais, é cada vez mais uma alternativa viável para as partes interessadas.

A uniformização da CISG no Brasil trará mais segurança para os contratos internacionais, pois criará uma interpretação favorável para todas as partes. Isso permitirá que os negócios internacionais sejam realizados de forma mais precisa, segura e eficaz, e também que os direitos sejam mantidos respeitados para ambas as partes. Além disso, a padronização da interpretação da CISG permitirá a redução dos custos judiciais e a prevenção de litígios desnecessários.

Portanto, os tribunais brasileiros devem incentivar a utilização da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias e aplicar a interpretação correta da CISG eludida no Artigo 7, pois essa é uma forma de resolução de conflitos e na busca por uma solução rápida, justa e equilibrada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto N.º 884, de 02 de agosto de 1993**. Promulga o Estatuto Orgânico do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1993. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1993/decreto-884-2-agosto-1993-336677-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11/02/2023.

_____. **Decreto N.º 8.327, de 16 de outubro de 2014**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm. Acesso em: 11/02/2023.

_____. **Decreto-Lei N.º 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso: em 11/02/2023.

_____. **III Jornada de Direito Comercial**. Enunciado N.º 90. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2019. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1326>. Acesso: em 11/02/2023.

_____. **Lei N.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem., DF: Diário Oficial da União, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 11/02/2023.

_____. **Lei N.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11/02/2023.

_____. **Lei N.º 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105compilada.htm#art1045. Acesso em: 11/02/2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Homologação de Sentença Arbitral. Processo n.º 2009/0130938-0. **DIREITO INTERNACIONAL. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ARBITRAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL. INADIMPLEMENTO. ALEGADO PREJUÍZO À DEFESA NA CITAÇÃO POR CARTA DE ORDEM. SANADO. OBJEÇÃO POR IRREGULARIDADE NA CITAÇÃO NO PROCEDIMENTO ARBITRAL. INEXISTENTE. APRECIÇÃO DO MÉRITO DO DECISUM HOMOLOGANDO. INCABÍVEL. PRECEDENTES. REQUISITOS PARA HOMOLOGAÇÃO PRESENTES.** Corte Especial. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento de 19/11/2014. Data de Publicação: 11/12/2014.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Sentença Estrangeira Contestada. Processo n.º 0210574-85.2016.3.00.0000. **DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. COMPRA E VENDA INTERNACIONAL. INADIMPLEMENTO. SENTENÇA ARBITRAL. ALEGAÇÕES DE DESCONFORMIDADE DE PROCURAÇÃO E DE PODERES DOS DIRIGENTES PARA OUTORGA. INSUBSISTENTES. DOCUMENTAÇÃO REGULAR. DEMAIS REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA.** Corte Especial. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento de 06/09/2017. Data de Publicação: DJe 16/02/2017.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Sentença Estrangeira Contestada. Processo n.º 12041 EX 2014/0133197-5. **DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E COMERCIAL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA NO FEITO ARBITRAL. CONTRATO ASSINADO PELO EMPRESA BRASILEIRA. PROVA DOS AUTOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO PROCESSO ARBITRAL. CITAÇÃO COMPROVADA POR MEIO DE VIA POSTAL COM AVISO DE RECEBIMENTO. PRECEDENTES.** Corte Especial. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento de 07/12/2016. Data de Publicação: 16/12/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Sentença Estrangeira Contestada. Processo n.º 15977 EX 2016/0210574-9. **DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. COMPRA E VENDA INTERNACIONAL. INADIMPLEMENTO. SENTENÇA ARBITRAL. ALEGAÇÕES DE DESCONFORMIDADE DE PROCURAÇÃO E DE PODERES DOS DIRIGENTES PARA OUTORGA. INSUBSISTENTES. DOCUMENTAÇÃO REGULAR. DEMAIS REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA.** Corte Especial. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento de 06/09/2017. Data de Publicação: 15/09/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 335**. É válida a cláusula de eleição do fôro. Diário da Justiça: Brasília-DF, Sessão Plenária de 13/12/1963.

BULUT, Mehmet. **The Ottomans And Western Europeans During The Mercantilist Times: Neutrality, Competition And Conflict** [*Os Otomanos e os Europeus Ocidentais durante os Tempos Mercantilistas: Neutralidade, Competição e Conflito*]. 1ª ed. Kuala Lumpur: Journal of Al-Tamaddun, 2020.

CAMPOS, Adriana Pereira. et al. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional: O labirinto da codificação do Direito Internacional Privado**. Edição única. Vitória-ES: PPGDIR, 2017.

CISG-BRASIL. Site do CISG, 2020. Bem-vindo à base de dados CISG brasil! Disponível em: <https://www.cisg-brasil.net/>. Acesso: em 11/02/2023.

DOLINGER, Jacob; & TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 1ª ed. Timburi: Cia do eBook, 2018.

_____. **Elementos de Direito Internacional Privado**. 1ª ed. Timburi: Per Juris, 2016.

JOSEFO, Flávio. **História dos Hebreus: Antiguidade dos Judeus, Guerras dos Judeus e Contra Ápion**. 5ª ed. Rio de Janeiro: CPAD, 2019.

JUSTINIANO, César Flávio. **Corpus Iuris Civilis – Digesto**. 1ª ed. Brasília-DF: Escola da Magistratura Federal da 1ª Região, 2010.

KUHRT, Amélie. **The Persian Empire: A Corpus of Sources from the Achaemenid Period** [*O Império Persa: Um corpo de fontes do Período Aquemênida*] 1ª ed. Londres: Routledge, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MILMAN, Henry Hart. **The History Of The Jews: The Asmoneans. The Patriarch Of The West To The Prince Of Captivity** [*A História dos Judeus: Os Asmoneus - Do Patriarca do Oeste ao Príncipe do Cativo*]. 1ª ed. Sydney: Wentworth Press, 2019.

NOGUEIRA, Zilda da Silva. **Artigo 7 CISG: análise crítica e interpretativa**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19/07/2022, 04:06. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58907/artigo-7-cisg-anlise-crtica-e-interpretativa>. Acesso em: 11/02/2023.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJ-RS). Apelação Cível. Processo n.º 70072362940. **APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. CAUÇÃO PROCESSUAL (“CAUTIO JUDICATUM SOLVI”). RESCISÃO DE CONTRATO. AUSÊNCIA DE ENTREGA DAS MERCADORIAS, PELA VENDEDORA. RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO PELA COMPRADORA. PENALIDADE POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.** 2ª Instância, Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento de 18/12/2019. Data de Publicação: 22/01/2020.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJ-RS). Agravo de Instrumento. Processo n.º 70082279902. **AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO “DUTY TO MITIGATE THE LOSS”.** 2ª Instância, Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Leoberto Narciso Brancher. Julgamento de 14/02/2017. Data de Publicação: 16/02/2017.

SHEEHY, Benedict. **Good Faith in the CISG: The interpretation problems of Article 7** [*Boa-fé na CISG: Os problemas de interpretação do Artigo 7º*]. Newcastle: SSRN's eLibrary, 2004. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=777105. Acesso: em 11/02/2023.

WAISBERG, Tatiana. **Manual de Direito Internacional Privado**. São Paulo: VLex, 2013. Disponível em: <https://vlex.com.br/source/manual-direito-internacional-privado-12071>. Acesso: em 11/02/2023.

O ACESSO AO CANABIDIOL PARA USO MEDICINAL À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THALISSON DIEGO RIZZO:
Bacharel em Direito pela
Universidade Alto Vale do Rio do
Peixe - UNIARP.

CASSIO ANDREI VARGAS FURLAN
(Orientador)

RESUMO: O Canabidiol é uma substância sem efeitos psicoativos derivada da Cannabis Sativa que possui a possibilidade de uso medicinal, porém enfrenta constante conservadorismo e acaba por possuir uma legislação nacional estritamente reguladora onde seu uso dificultado e burocrático está intimamente ligado ao desacato de direitos fundamentais. Portanto o presente trabalho busca analisar o contexto e história dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, sua representação internacional e também nacional, nesta, com enfoque na Constituição Federal de 1988, onde estará sendo correlacionado com uma análise histórica do CBD, passando por estudos científicos e legislações que dispõem sobre a substância. Este estudo faz uso de método dedutivo associado à pesquisa bibliográfica narrativa de livros, revistas, textos de lei, entre outros. O zelo e a construção dos direitos fundamentais foram levantados ao longo do trabalho, além da conceituação e informações do Canabidiol e a atuação do judiciário e da legislação nacional atual acerca do uso da substância Canabidiol com fins medicinais, para chegar na possibilidade de compreender qual o empenho do Estado através de seus serviços públicos de saúde, com base em seu dever de respeitar as diretrizes constitucionais, nos atos de realizar a promoção da saúde dos dependentes do CBD. Assim a partir desta fundamentação, será possível saber, no âmbito de seus deveres e atuações, qual é o comportado do Estado no quesito de suas responsabilidades perante o direito à saúde daqueles que dependem da substância Canabidiol, bem como, será relatado aspectos importantes acerca do direito à saúde e do CBD, além da real necessidade de uma regularização de maior efetividade para seu uso medicinal no Brasil.

Palavras-chave: Canabidiol. Direito à Saúde. Legislação Nacional. Estado.

ABSTRACT: Cannabidiol is a substance without psychoactive effects derived from Cannabis Sativa that has the possibility of medicinal use, but faces constant conservatism and ends up having strict national regulatory legislation where its difficult and bureaucratic use is closely linked to the disregard of fundamental rights. Therefore, this paper seeks to analyze the context and history of fundamental rights, especially the right to health, its international

and also national representation, with a focus on the Federal Constitution of 1988, where it will be correlated with a historical analysis of the CBD, passing scientific studies and legislation on the substance. This study makes use of a deductive method associated with bibliographic narrative research of books, magazines, law texts, among others. The zeal and the construction of fundamental rights were raised throughout the work, in addition to the conceptualization and information of Cannabidiol and the role of the judiciary and the current national legislation regarding the use of the substance Cannabidiol for medicinal purposes, to arrive at the possibility of understanding what commitment of the State through its public health services, based on its duty to respect the constitutional guidelines, in the acts of promoting the health of CBD dependents. Thus, from this reasoning, it will be possible to know, within the scope of its duties and actions, what is the behavior of the State in terms of its responsibilities regarding the right to health of those who depend on the substance Cannabidiol, as well as important aspects about the right to health and CBD, in addition to the real need for more effective regularization for its medicinal use in Brazil.

Keywords: Cannabidiol. Right to Health. National Legislation. State.

INTRODUÇÃO

O Canabidiol é um entre os mais de oitenta canabinoides conhecidos, ou seja, substâncias derivadas da planta *Cannabis Sativa*, nome científico da maconha, o Canabidiol (CBD) em si vem mostrando em diversas pesquisas um potencial efeito no tratamento de diversas doenças. Esta substância que não produz efeitos psicoativos e nem gera dependência, atua no sistema nervoso central do corpo humano, e tratamentos aliados a ela trazem benefícios terapêuticos extremamente eficazes contra diversas doenças (GONTIJO et al., 2016).

No Brasil, o processo de utilização desta substância ainda é visto com extrema dificuldade, pois ainda sofre com questões raciais, culturais e preconceitos enraizados há décadas por sua associação à maconha, a qual teve como principal vetor destes problemas a política de guerra às drogas, que nos trouxe e ainda traz custosos problemas em termos de saúde, situação que se mostra recorrente mesmo quando se enfatiza o poder de seu uso medicinal e sua vital diferenciação das demais substâncias psicotrópicas presentes na planta, argumentos estes frequentemente reafirmados por debates e estudos científicos louváveis (OLIVEIRA, M., 2016).

Foi só em 2015 que a primeira ação concreta governamental viera a surgir, por meio da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 17/2015, onde a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA regularizou a importação de produtos feitos à base de Canabidiol, ainda assim, com um processo extensamente burocrático para se obter essa autorização legal, sucedendo-se somente quatro anos depois a RDC nº 327/2019 cuja abrangência se estendia para a comercialização e produção em ambiente nacional, uma

decisão benéfica, mas ainda deficiente ao verificar-se diversas restrições e proibições nestes meios, tais quais, sem essas imposições, tornaria o processo em território nacional em sua totalidade mais facilitado e inclusivo aos pacientes dependentes da substância, tanto em questões econômicas, quando em questões de saúde em si, o que não ocorreu de fato, tornando-se uma legislação, embora evolutiva, ainda omissiva (ANVISA, 2015, 2019).

O conflito entre as normas reguladoras do uso medicinal do CBD e direitos fundamentais tiveram grande consideração, pois apesar da utilização dessa substância trazer uma maior qualidade de vida e melhora da saúde de pacientes que dependem da mesma, embora, custosamente tenha-se registrado evolução, ainda é cerceada pela questão de qual seria a motivação para que a legislação nacional e atuações do Estado ainda limitem ou dificultem seu uso, importação e produção, impedindo que muitos cidadãos possam exercer com plenitude os seus direitos fundamentais garantidos por nossa Constituição Federal (CINTRA, 2019).

O devido valor que possui o tema no sentido de relevância social ao instante que o uso do canabidiol torna-se cada vez mais requisitado no cenário brasileiro, atuando como justificção para a realização de uma pesquisa sobre, visto ainda que o presente tema expõe em seus meios um assunto que engloba discussões relevantes na área da saúde e no ramo do direito, expondo paradigmas buscando compreender e mostrar resoluções e fundamentações para o tema, partindo da análise do contexto do direito à saúde e do CBD no país, passando por uma observação de diversas legislações, bem como, julgados e decisões no âmbito nacional, correlacionando com a efetividade dos direitos fundamentais e dificuldades trazidas pelas ações de Estado na ideia de efetivamente promover os direitos de pacientes do CBD. (FACUNDO; LIMA, 2016).

Neste contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar a substância canabidiol no Brasil e a evolução dos direitos relativos a esta, com análises de ações de órgãos de Estado responsáveis pelo seu controle e jurisprudências, correlacionando com os direitos fundamentais em especial enfoque ao direito à saúde. Os objetivos específicos acercam-se em: a) Conhecer os aspectos históricos dos direitos fundamentais e do direito à saúde; b) apresentar o que é o CBD e o que a legislação nacional dispõe e c) Examinar o papel do Estado na situação e sua efetividade na garantia do direito à saúde de dependentes da substância.

1 DELIMITAÇÕES METODOLÓGICAS

A presente monografia institui-se como um tipo de pesquisa de modalidade narrativa, associada à pesquisas bibliográficas e utilizando a produção descritiva relacionada à substância Canabidiol correlacionando seu uso medicinal ao direito

fundamental à saúde, tendo como base a doutrina, legislação internacional tendo como principais exemplos as disposições da Organização das Nações Unidas - ONU e da Organização Mundial da Saúde - OMS e também nacional, estas fundamentadas pela Constituição Federal e legislação vigente acerca do tema, ou seja, as legislações impostas pela ANVISA.

O presente estudo far-se-á pelo método dedutivo, pois, conforme idealizado por Descartes, este método de pesquisa busca resolver os problemas propostos pelo tema, justificando o contexto através da própria razão, onde ao longo da pesquisa é identificado o problema e posteriormente conjecturado soluções para explicá-lo, partindo de um problema maior para chegar a conclusões particulares (DESCARTES, 2001).

Os métodos de pesquisas a serem utilizados para o desenvolvimento deste trabalho estarão estritamente baseados em artigos, pesquisas e estudos científicos dispostos em periódicos e sítios nacionais e internacionais que apresentam fundamentações plausíveis sobre o tema, bem como, livros e doutrina dedicados ao assunto, além de textos oficiais pertinentes como a Constituição e Legislação da ANVISA, sendo suas fontes em maioria encontradas por intermédio de plataformas disponibilizadas pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) em especial a Biblioteca Digital disponibilizada pela mesma, e os demais, encontrados através de pesquisas em ferramentas de buscas na internet. Tendo as seguintes palavras como chaves de pesquisas: Canabidiol, Direito à Saúde, Legislação da Saúde.

O Período de abrangência desta pesquisa se dará por meados de um ano e seis meses, aproximadamente, tendo início na metade do ano de 2019 e tendo seu desenvolvimento concluído ao final do ano de 2020, sua produção, seguirá os métodos de Normalização dispostos pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp (UNIARP, 2019) e pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

O primeiro capítulo versará sobre os direitos fundamentais com especial foco no direito à saúde, juntamente com algumas políticas e órgãos de saúde nacionais, além do fenômeno de "judicialização da saúde" ocorrida no país em casos relacionados ao tema, já no segundo capítulo será abordado o conceito e historicidade da substância foco principal da pesquisa, o Canabidiol, além de apontar seus benefícios segundo estudos e quais os tratamentos versados pela legislação nacional sobre a mesma.

Por último, teremos o terceiro capítulo que procurará abordar casos jurídicos (julgados) sobre o CBD, onde por meio destes incorreram em algumas resoluções e efetivação de direitos voltados à saúde de situações particulares, que de modo geral a legislação específica atuou de forma omissa. Trará ainda uma perspectiva e a idealização de uma resposta sobre o preconceito e problemas que cerceiam a questão, que por muitas

vezes embora haja um amparo pelo texto constitucional na previsão destes direitos sociais, a atuação do Estado, na prática, versa o contrário.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À SAÚDE

2.1.1. Direitos Fundamentais: Conceito e Historicidade

Os Direitos Fundamentais, como o próprio nome sugere, são aqueles considerados essenciais aos seres humanos, são compreendidos como um conjunto que engloba os Direitos Humanos universais e Direitos Nacionais, sendo eles integrados, positivados e norteadores do ordenamento jurídico de todo Estado Constitucional (LIMA, 2015).

Em outras palavras, Direitos Fundamentais confunde-se com Direitos Individuais, que por outro lado vincula-se à imposição de limites aos poderes governamentais, o primeiro registro mais importante que se há resquício destes direitos ocorreu ainda na Idade Média com o surgimento da Magna Carta, na Inglaterra, em 1215, que efetivava o reconhecimento de direitos dos barões e restringia o poder até então absoluto da Monarquia. Porém, foi só no século XVIII que houve a iniciativa de enunciados destes Direitos Individuais, decorrentes das Revoluções Americana e Francesa, a primeira declaração do tipo foi a da Virgínia, em 1776 estabelecendo vários princípios fundamentais, em seguida houve a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” em 1789, decorrente da Revolução Francesa, merecedora de especial destaque, pois frisava um efeito universal, buscando a consideração de validade para toda a humanidade (PINHO, 2018).

Após a 2ª Guerra Mundial, em 1948 houve o surgimento, através de comprometimento pela Organização Das Nações Unidas (ONU) da “Declaração Universal dos Direitos do Homem” de acrônimo DUDH, esta por sua vez realçava a preocupação mundial com os direitos humanos no âmbito de todas as nações (PINHO, 2018).

Os Direitos Fundamentais como são conhecidos hoje, possuem uma diversa gama de características sendo elas:

- a) Historicidade. Para os autores que não aceitam uma concepção jusnaturalista, de direitos inerentes à condição humana, decorrentes de uma ordem superior, os direitos fundamentais são produtos da evolução histórica. Surgem das contradições existentes no seio de uma determinada sociedade.
- b) Inalienabilidade. Esses direitos são intransferíveis e inegociáveis.

c) Imprescritibilidade. Não deixam de ser exigíveis em razão da falta de uso.

d) Irrenunciabilidade. Nenhum ser humano pode abrir mão de possuir direitos fundamentais. Pode até não usá-los adequadamente, mas não pode renunciar à possibilidade de exercê-los.

e) Universalidade. Todos os seres humanos têm direitos fundamentais que devem ser devidamente respeitados. Não há como excluir uma parcela da população do absoluto respeito à condição de ser humano.

f) Limitabilidade. Os direitos fundamentais não são absolutos. Podem ser limitados, sempre que houver uma hipótese de colisão de direitos fundamentais (PINHO, 2018, p. 95).

Os direitos fundamentais podem ser divididos por gerações, segundo Pinho (2018, p. 96) “a doutrina atual aponta a existência de três gerações de direitos fundamentais, sendo elas: a) Direitos Individuais; b) Direitos Sociais; c) Direitos de Fraternidade”.

A primeira geração corresponde aos direitos de liberdade, abrangendo direitos individuais e políticos, dentro do modelo clássico de Constituição. São limites impostos à atuação do Estado, resguardando direitos considerados indispensáveis a cada pessoa humana. Significam uma prestação negativa, um não fazer do Estado, em prol do cidadão.

[...]

A segunda geração corresponde aos direitos de igualdade, abrangendo os direitos sociais e econômicos. São direitos de conteúdo econômico e social que visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população. Significam uma prestação positiva, um fazer do Estado em prol dos menos favorecidos pela ordem social e econômica.

[...]

A terceira geração corresponde aos direitos de fraternidade ou de solidariedade. Ao lado dos tradicionais interesses individuais e sociais, o Estado passou a proteger outras modalidades de direito. São novos direitos, decorrentes de uma sociedade de massas, surgida em razão dos processos de industrialização e urbanização, em que

os conflitos sociais não mais eram adequadamente resolvidos dentro da antiga tutela jurídica voltada somente para a proteção de direitos individuais (PINHO, 2018, p. 96).

Existe ainda, uma corrente doutrinária que inclui no âmbito jurisdicional, em decorrência da globalização jurídica, o que se pode chamar de direitos de quarta e quinta geração, compreendendo demais direitos específicos não englobados nos restantes (NOVELINO, 2014).

2.1.1.1. Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Não é a toa que a Constituição Brasileira de 1988 ganhou notoriedade como sendo uma “Constituição Cidadã”, afinal, a mesma, se destaca pela ampla cobertura de direitos fundamentais abrangidos pelo seu corpo de texto (PINHO, 2018).

Segundo Pinho (2018, p. 101) a Constituição de 1988 inova, numa simbólica consideração de prestígio, “ao dispor sobre os direitos fundamentais antes de tratar da organização do próprio Estado”. Além de colocar outras questões antes imprevistas em Constituições anteriores.

Tal conquista se deve, principalmente em virtude dos anos sombrios vividos pelo país em momentos anteriores com a penosa ditadura militar, que perdurou por 21 anos e que sem hesitação afugentava os direitos dos cidadãos. A Constituição Cidadã de 1988 revelou-se como uma ruptura do passado, revogando todas as supressões ocasionadas pelo autoritarismo da ditadura militar, calcando em seu lugar, novos valores e uma nova esperança de uma fiel democracia, ainda que tardia. Deste modo, nossa Carta Magna, nada mais era do que o fruto de um clamor popular há tempos nunca ouvido, onde após tantos anos de direitos desconstituídos, via-se, através dela, a oportunidade única da sociedade brasileira em ousar e acima de tudo efetivar seus direitos fundamentais, outrora inexistentes (MARMELSTEIN, 2019).

A Constituição dedica um amplo espaço e considerações cuidadosas ao longo de todo seu texto acerca dos Direitos Fundamentais. A dedicação mais precisa a esses direitos e seus princípios, estão em seu Título II, abrangendo os Arts. 5º ao 17º. Denota-se que tais direitos são divididos por temas específicos, sendo eles: Direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos (BRASIL, 1988).

2.1.1.2 Direitos Sociais

Os Direitos de 2ª geração, também compreendidos como Direitos Sociais, surgiram juntamente com os direitos trabalhistas, sendo provenientes de revoltas decorrentes

justamente por melhores condições trabalhistas ocorridas em meados do século XIX, fortalecendo-se através de outras transformações dos anos subsequentes, como a Revolução Bolchevique ocorrida na Rússia em 1918, as Constituições do México em 1917 e a de Weimar em 1919 (OLIVEIRA, F., 2016).

Com particular diferença aos direitos de 1ª geração, os Direitos Sociais diferenciam-se pelo fato de serem direitos que requerem inclusão social, ou seja, por si só, percebe-se que são direitos de prestação positiva, sendo aqueles que traduzem uma real necessidade de obrigações de fazer por parte do Estado, exigindo com que o mesmo atue através de políticas públicas e programas voltados ao objetivo de efetivação destes direitos, diferentemente dos direitos de liberdade, quais tratam da exigência de uma obrigação de não fazer pelo ente estatal (LEITE, 2014).

Como bem preceitua Sarlet (2009 apud SARLET, 2016) embora os Direitos Sociais possuam como característica predominante a exigência de ações prestativas na atuação do Estado, há de se atentar na existência das “liberdades sociais” presentes neste rol, tornando possível em alguns casos, a descaracterização de obrigações com caráter positivo.

Nas palavras de Barroso (2006, p. 14 apud MOREIRA, 2011) direitos sociais são “regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e a realização espiritual”.

Ao instante que Vasconcellos (2018, p. 299) traz uma conceituação melhor incrementada, para que seja possível compreender exatamente o que são os direitos sociais:

Os direitos sociais se consubstanciam no conjunto de regras fundamentais que disciplina o exercício da soberania dentro de certo Estado, com o fito de concretizar o postulado da igualdade social, fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Compreende-se então, como direitos preceituados pelo objetivo de garantir melhores condições de vida aos cidadãos, através de métodos e programas providos do Estado (VASCONCELLOS, 2018).

Um fato relevante que cerceia os direitos sociais e a Constituição é a existência do debate doutrinário que trata especificamente sobre o Art. 60, 4º, IV que dispõe os direitos e garantias individuais como cláusula pétrea (BRASIL, 1988), através desta perspectiva, questiona-se se os direitos sociais são ou não englobáveis na ideia de irredutibilidade proposta pelo artigo. Argumentos favoráveis a essa ideia exclamam que:

Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas (MENDES; BRANCO, 2019, p. 128).

Ainda no texto da Constituição Federal Brasileira de 1988, é possível encontrar os direitos que são englobados como aqueles considerados sociais, em seu Art. 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988, p. 1).

No âmbito do tema do Canabidiol, frisar em especial o Direito à Saúde, previsto no Art. 6º da Constituição Federal torna-se de extrema importância no sentido de que sua abrangência de conteúdo torna possível a validação de todo o contexto e, por conseguinte, as fundamentações que dão origem ao debate e discussões a respeito dessa Substância (CBD) no país (BRASIL, 1988).

2.1.2 Do Direito à Saúde

O conceito saúde transformou-se aos longos do tempo, hoje, não se trata meramente de 'curar doenças' mas engloba muitas outras variáveis que envolvem o bem-estar físico, mental e social do ser humano, os debates atuais seguem não só no sentido de combate a enfermidades, mas consequentemente ao acesso de medicamentos também (MOURA, 2013).

Segundo a Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS o termo saúde define-se como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1946, p. 1), devendo ser assegurado sem distinções (OMS, 1946).

Sarlet e Figueiredo (2006) em análise ao direito da saúde defendem que se devam garantir as condições existenciais mínimas tomando-se por diretriz os parâmetros estabelecidos pela OMS.

A Declaração Universal Dos Direitos Humanos, símbolo marcante da positivação dos Direitos Humanos e Fundamentais a nível mundial, prevê o direito à saúde em seu Artigo XXV, vejamos:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, **saúde** e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, p. 4).

É clara a suma importância do Direito à saúde no rol dos direitos internacionais e em âmbito nacional também, quando este é analisado do ponto de vista de que a saúde é inseparável do direito à vida, que por sua vez, inspira-se em princípios de igualdade e dignidade (MARQUES, L., 2015).

“Os direitos humanos são frutos do longo processo de evolução da atuação humana” (CANOTILHO, 1998 apud MEDEIROS, 2020, p. 1), em todas as partes do planeta, causando assim o surgimento das garantias hoje alcançadas e solidificadas (MEDEIROS, 2020).

Observa-se então, em especial, 2 (dois) destaques cruciais sobre o Direito à Saúde: por um lado, este se reafirma como não mais sendo somente necessidades de medidas curativas, indo além, envolvendo a qualidade de vida, visando também o bem-estar mental e social das pessoas, e por outro lado, se consolida como um direito fundamental de absoluta importância por ser inerente à vida e dignidade, sendo positivado e assegurado por legislações internacionais (OMS, 1946) de modo que, no ordenamento nacional, pautado fundamentalmente pela Constituição Cidadã não viria a ser diferente (BRASIL, 1988).

2.1.2.1 O direito à saúde nas Constituições brasileiras

Bonavides (2000 apud HUMENHUK, 2014) preceitua que o direito a saúde é considerado como direito de segunda geração, sendo ainda um direito fundamental de caráter prestacional, uma vez que necessita de uma atuação positiva por parte do ente estatal. Ainda, os direitos fundamentais prestacionais remontam das lutas sociais do século XIX, e possuem praticabilidade rápida, o que afasta a ideia de que os direitos fundamentais de segunda geração são normas constitucionais meramente programáticas, dependentes de regulação por norma infraconstitucional (HUMENHUK, 2014).

O Ente estatal nem sempre foi considerado como devedor de prestar o Direito à Saúde, como ocorre atualmente, onde ao longo das Constituições existentes no país, ocorreram muitas variáveis ao trilhar e chegar por fim ao que temos hoje com nossa Constituição cidadã (CASTILHO, P., 2014).

A primeira Constituição brasileira, como se sabe, surgiu no ano de 1824, ainda em período imperial, pelos mesmos motivos ficou reconhecida como “Constituição Imperial”. Embora apresentasse direitos muito escassos e precários, ela foi considerada um marco por sua representação de um país livre e independente da colonização portuguesa (CASTILHO, P., 2014). Com o advento da mesma, o Brasil como Estado, pela primeira vez assumiu um papel de guardião da saúde em alguns aspectos, como a saúde de escolares e de pessoas com problemas mentais, contudo, embora inovador, os gastos com saúde na época não chegavam a 1% do orçamento nacional (CAMPOS et al., 1987 apud CASTILHO, P., 2014).

Temos como exemplo o artigo 179, XXXI desta constituição que previa: “A Constituição também garante os socorros (sic) públicos” (BRASIL, 1824, p. 1), logo se percebe o pequeno papel dado à saúde nesta Constituição. Raefray (2015 apud CASTILHO, P., 2014, p. 1) explana que “[...] durante a Monarquia, foram praticados alguns atos pelo Estado, visando à proteção da Saúde. No entanto, configuraram-se como tímidas iniciativas”.

Compreensivelmente houve nesta Constituição a previsão do direito à saúde, embora, claramente de ideais arcaicos, foi um passo legislativo importante que caracterizava um avanço importante deste direito naquela época (BRASIL, 1824).

Com a derrocada do império, instaura-se no país o que conhecemos por “A primeira República”, com ela, em 1891, adveio também a primeira Constituição Republicana, embora emergida de lutas ideológicas que persistiam no país, como as referentes à abolição da escravatura, ela trouxe consigo um ideal mais democrático, baseado na descrença do regime monárquico pautado em alguns ideais liberais e de não intervenção Estatal, no entanto, a mesma pecou ao não cuidar nem prever o tema de direito à saúde em suas disposições, de fato, havia em suas disposições considerações sobre alguns direitos, mas não relacionados à saúde, fato este fora considerado um retrocesso e justificasse na preocupação principal de tão somente suprimir o poder moderador existente no período monárquico (LEMOS, 2012).

Anos após o surgimento da primeira república, ocorreram vários movimentos e revoluções, sendo propulsoras às de 1930 e 1932, naquela, viera a surgir o que ficou conhecida então como “Segunda República”, colocando assim um fim à república velha e instituindo um novo governo provisório no país, tendo ocasionado, por exemplo, a

chegada de Getúlio Vargas ao poder, um dos líderes políticos de maior influência e pauta de centenas de discussões no país até os dias atuais (CASTILHO, P., 2014).

Foi neste caminho que em 1934 surgira uma nova Constituição, agora, a da Segunda República, baseada fundamentalmente na Constituição de Weimar, nome dado para a Constituição do Império Alemão da época (LEMOS, 2012). Esta, nas palavras de Jacintho (2006, p. 116) “foi a primeira Constituição Brasileira a fazer referência ao Direito à Saúde, então previsto no inciso II do art. 10, como sendo de competência concorrente da União e dos Estados o cuidado com a saúde”. O texto de 1934, embora tenha trazido várias renovações além da previsão à saúde, trouxeram também, infelizmente, previsões negativas como a pena de morte (CASTILHO, P., 2014).

Apenas três anos após, em 1937, em período conhecido como “Estado Novo” fora lançado uma nova Constituição de caráter protecionista, esta conforme Lamarca (1972, p. 21) “inspirava uma ideologia corporativista, da Alemanha nazista e Itália fascista. Tratava-se da estrutura jurídica do Estado novo”.

Naquilo que tange seu teor, era marcada por grande protecionismo, principalmente voltados à temas trabalhistas, porém na área dos direitos fundamentais e consequentemente da saúde, havia enorme negação, porém, trazia em seu texto, especificamente no Art. 16, XXVII, a previsão de que caberia exclusivamente à União dispor sobre normas fundamentais de defesa e proteção à saúde, em especial relacionados à saúde da criança (BRASIL, 1937). Assim, salienta Raeffray (2005 apud CASTILHO, P., 2014, p. 1) que neste período: “[...] foram reformuladas e ampliadas as organizações estaduais de saúde, intensificadas as ações do Governo Federal no combate às epidemias e grandes endemias e dedicados recursos à assistência à maternidade e infância”.

Agora com a entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial, instituíam-se uma crise no poder e via-se a necessidade urgente de um novo texto normativo, e assim sendo, realizou-se em 1946 uma nova Constituinte, estabelecendo uma nova Constituição que tratava de uma redemocratização do país, afastando e repudiando o anterior Estado totalitário existente desde 1930 (RAEFFRAY, 2005 apud CASTILHO, P., 2014).

Este período ficou conhecido como “República Democrática” e representava intensos avanços democráticos e econômicos ao país (LEMOS, p, 2012). Esta nova ordem normativa com particular destaque aos fatos vivenciados na Segunda Guerra Mundial, trouxe ao país uma motivação no sentido de fortalecer os Direitos Fundamentais, os quais inclusos os econômicos, sociais, e outros, e, embora não houvesse conteúdo específico sobre o direito à saúde nesta Constituição, havia na mesma a previsão em seu Art. 5º, XV, “b”, de que era competência de a União legislar sobre normas benéficas e protetivas à saúde, bem como algumas outras disposições que fortalecia princípios de igualdade, dignidade e solidariedade humana (JACINTHO, 2006).

Por fim, a última Constituição que antecede a atual, foi a do período de 1967, fora marcada pelo retrocesso ao autoritarismo junto com o advento da assombrosa era militar, que embora trouxesse diversos avanços para certas áreas, teve como contrapartida um intenso retardamento de direitos e programas sociais, tais como a saúde, ficando o Brasil nesta época, marcado por baixos índices de saúde e outros direitos sociais (RAEFFRAY, 2005 apud CASTILHO, P., 2014).

No tocante específico do direito à saúde, a Carta Magna da época não possuía previsões específicas sobre, manteve-se a normativa da Constituição anterior meramente sobre a competência da união em legislar sobre normas gerais relacionadas (LEMOS, 2012).

Embora o texto de lei não cita diretamente a saúde, a Carta Magna reserva especial espaço, onde nela previa-se o que podemos considerar como 'resquícios' deste direito, com a previsão de algumas garantias que estão elencadas e podem ser observadas no disposto do Art. 158, XV e XVI:

Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

[...]

XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; (BRASIL, 1967, p. 1).

Conforme se percebe pelo trecho citado, isto era o mais próximo que se tinha de previsão constitucional ao direito à saúde, onde logo após alguns anos viria o fim da era militar surgiria uma nova espécie de Estado, este, foi por fim, vetor de nossa última e atual Constituição (LEMOS, 2012).

No Brasil a Constituição de 1988 é considerada o marco inicial da abordagem dos Direitos Humanos, sendo o principal feito resultante na concretização de um Estado democrático de Direito (SARLET, 2012).

A proteção constitucional à saúde seguiu a trilha do Direito Internacional, abrangendo a perspectiva promocional, preventiva e curativa da saúde, impondo ao Estado o dever de tornar possível e acessível à população o tratamento que garanta senão a cura da

doença, ao menos, uma melhor qualidade de vida (MOURA, 2013, p. 1).

Dallari (1988, p. 23) reafirma que “até a Promulgação da Constituição Cidadã, não havia nenhum texto explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social”.

Assim, em 1988, com a efetivação da Constituição, os direitos de cunho sociais foram destacados no Art. 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988, p. 1).

Ainda, o direito à saúde obteve, um aspecto conotativo, demonstrando sua importância ao receber um capítulo próprio com 4 (quatro) artigos, sendo o Art. 196 o primeiro que estabelece a função fundamental do Estado para com o ramo:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988, p. 1).

É possível destacar ainda, que:

Complementarmente, o Constituinte de 1988 possibilitou mais uma admirável evolução ao direito constitucional brasileiro ao prever o art. 196 da Magna Carta, vez que consolidou a saúde como direito de todos e dever do Estado, instituindo, ainda, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (MALLMANN, 2012, p. 1).

Nota-se, que dentre tantos direitos, o direito a saúde foi considerado pelo constituinte entre os mais vitais dos direitos (MOURA, 2013), haja vista que estabeleceu inclusive capítulo próprio, e uma das razões deste acontecimento, é pelo fato de consequentemente a saúde estar atrelada ao direito à vida e dignidade humana, assumindo assim a saúde como direito fundamental, o Estado se viu na condição de formular políticas públicas que visassem a proteção e promoção da saúde (GOMES, 2017).

“A constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa com inúmeras consequências práticas, sobretudo quanto à sua

efetividade, e desempenhando concreto de sua função social” (JÚNIOR, 2012 apud GOMES, 2017, p. 1).

Um exemplo prático disto é a Lei Orgânica n 8.080 de 1990 que dispõe sobre as ações e serviços de saúde em território nacional, onde em seu artigo 2º estabelece que a saúde é direito fundamental e dispõe sobre as demais conjecturas e ações a serem tomadas e protegidas pelo Estado, estabelece ainda temas pertinentes ao Sistema Único de Saúde – SUS (BRASIL, 1990).

Com base nos fatos acima expostos, nota-se a relevância dada à questão da saúde no Brasil, o ordenamento é cauteloso ao definir que o direito à saúde é transcendente e idealizado para todos (BRASIL, 1990).

É no contexto destes direitos que em meados de 2014 surge no Brasil a problemática da Substância Canabidiol (CBD). O uso dessa substância ainda é um assunto relativamente novo, tanto no ramo jurídico quanto no ramo da saúde, de modo a gerar ao Direito brasileiro um entrave, onde se percebia cada vez pessoas proclamando seus preceitos constitucionais e exigindo a efetivação do direito fundamental à saúde, seja para usar esta substância legalmente, ou, em posterior momento, para realizar o pedido de fornecimento desta substância pelo SUS, colocando em demonstração a real importância das políticas de saúde governamentais, em especial o Sistema Único de Saúde (SILVA, L., 2019).

2.1.2.2 Do SUS, ANVISA e a política de fornecimento de medicamentos

Para que seja possível entender como funciona a concessão do uso do Canabidiol e os motivos que levam a judicialização da saúde, se faz necessário compreender três pontos importantes das políticas públicas de saúde: O Sistema Único de Saúde (1990), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (1999) e a Política Nacional de Medicamentos (1998), Esses sistemas, integram no dever de promover a saúde no país (BRASIL, 1990) e estão ligeiramente correlacionadas com fatores de uso do Canabidiol, ao instante que possibilitará no próximo capítulo adentrar com mais afinco nas disposições legislativas que cerceiam a substância.

Antes de tudo, é importante salientar a ligação existente entre direitos fundamentais, organização (políticas) e os procedimentos para sua aplicação, no entendimento de Ingo Sarlet (2009 apud MOURA, 2013, p. 1) “os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes de organização e do procedimento, mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais”.

Assim, damos por início com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, esta trata-se de uma agência reguladora federal, sendo responsável pela regulação, disciplina e controle de algumas atividades que são responsabilidade do Estado, como o controle técnico e fiscalização da produção de medicamentos por exemplo (BRASIL, 1999).

Segundo Carvalho (2017), ela tem por objetivos a promoção e proteção da saúde por intermédio da fiscalização e controle de certos serviços e produtos.

A ANVISA foi instituída pela Lei nº 9.782 de 26 de Janeiro de 1999 e é uma autarquia sob regime especial, com sede e foro no Distrito Federal e se faz presente em todo território nacional através de coordenações exercendo controle de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados. A sua finalidade institucional é promover a proteção à saúde populacional por intermédio de controle sanitário que atua no âmbito tanto da produção quanto do consumo desses produtos e serviços que são submetidos à uma vigilância sanitária, incluindo aí os ambientes onde são produzidos, a cadeia de produção e assim como o caso do Canabidiol, dos insumos relacionados. A agência possui como missão proteger e promover a saúde populacional com a visão de ser uma instituição promotora da saúde, cidadania e desenvolvimento com atuação pautada na ética, responsabilidade, transparência e diálogo, possuindo ainda dentre suas competências o poder de autorizar e estabelecer normas e padrões a respeito de fabricação e distribuição de remédios, registro dos mesmos, entre outros (BRASIL, 1999).

Além da Lei nº 9.782 de 1999 que instituiu a ANVISA, seu conjunto de ações é definido também pelos §1º do Art 6º e Arts. 15 a 18 da Lei nº 8.080 de 1990, conforme cita o artigo 1º da lei nº 9.782/99:

Art. 1º O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária compreende o conjunto de ações definido pelo § 1º do art. 6º e pelos arts. 15 a 18 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, executado por instituições da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que exerçam atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária (BRASIL, 1999, p. 1).

Neste sentido, fica-se visível a importância da ANVISA, cabendo a ela exercer maiores disposições sobre áreas importantes da saúde, como o Canabidiol (BRASIL, 1999). Assim, a partir do momento que nossa Constituição Cidadã culminou o direito à saúde como fundamental, abriu precedentes também para diversas políticas públicas que visassem garantir a manutenção e funcionamento deste Direito e agregassem os demais órgãos do ramo (BRASIL, 1990).

Dentre essas políticas, está a Política Nacional de Medicamentos (PMN) instituída pela Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1998, que é parte essencial da política nacional da saúde e um dos elementos fundamentais para implementação de ações capazes de melhorar a assistência médica da população, obtendo como resultado este importante modelo de assistência farmacêutica básica, tendo como propósito garantir a segurança, promoção e acesso de medicamentos essenciais pela população, atua ainda por intermédio do SUS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998).

Sabendo da existência da PMN, há de se mencionar o Sistema Único de Saúde, efetivador fundamental desta política, pois o SUS é atualmente uma das principais garantias constitucionais da efetivação do direito à saúde, tratando-se de um complexo sistema que atua com um conjunto de ações e serviços da saúde prestados por órgãos de Estado, com validade para todos os cidadãos de todo o território nacional (WERNER, 2018).

O Sistema Único de saúde é pautado nos princípios de acesso universal, igualitário e integral às ações e aos serviços de saúde (FREIRE, ARAÚJO, 2015), sendo ainda, pautado também nos princípios fundamentais da Constituição Federal, devendo agir com absoluta integralidade, igualdade e transparência.

Sua regulação tem previsão na Lei Orgânica nº 8.080 de 1990 e na Lei nº 8.142 de 1990, ainda complementado pelo Decreto Federal nº 7.508 de 28 de junho de 2011 (FREIRE, ARAÚJO, 2015). A primeira dispõe sobre “as condições para promoção, proteção, funcionamento e demais providências desses serviços” (BRASIL, 1990, p. 1), a segunda dispõe sobre a participação popular e transferências de recursos financeiros em relação a esse sistema (BRASIL, 1990) e, este último possui previsões acerca da assistência farmacêutica do SUS (BRASIL, 2011).

A Lei 8.080 de 19 de Setembro de 1990 é indispensável ao âmbito do tema. Um dos fatos vitais desta lei é como já citado anteriormente, a instituição do SUS, por tratar-se de uma organização extremamente complexa de grande magnitude e volatilidade, surgiu a necessidade de uma regulamentação mais efetiva do texto de lei (8.080/1990), a qual viria surgir somente 21 anos após, através do Decreto nº 7.508/2011, trazendo assim uma maior efetividade e eficácia na organização do SUS, e demais planejamentos pertinentes a saúde, possibilitando uma maior transparência, além de estabelecer definições e responsabilidades mais concretas ao sistema (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011).

Cumpre-se frisar na respectiva lei, correlacionando com a discussão sobre a possibilidade de fornecimento de medicamentos de Canabidiol, o disposto em seu Art. 5º, Inciso I, alínea “d”:

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

[...]

I - a execução de ações:

[...]

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (BRASIL, 1990, p. 1).

A assistência farmacêutica citada no Art. 5º, atua de modo teórico na ideia de ser universal e igualitária a todos os cidadãos, e com o Decreto nº 7.508/2011 foi possibilitado a sua consolidação, ao ser estabelecido a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), neste, possibilitou a seleção e padronização dos medicamentos a serem indicados em tratamentos de doenças no âmbito do SUS, além de outros protocolos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011). As disposições acerca do RENAME estão previstas no Art. 25 e seguintes do Decreto supracitado (BRASIL, 2011).

A previsão dos campos de atuação do SUS aliado ao dever do Estado, através desse sistema, de fornecer ao cidadão toda assistência terapêutica que se fizer necessária e de forma integral está disposta no artigo 6º, I, letra d, e complementado no art 7º, I e II da Lei Orgânica nº 8.080 de 1990. Dentre seus campos de atuação, há a previsão de obrigatoriedade por parte do SUS em agir na execução de ações, na prestação de assistência, além de garantir que todas estas ações sejam prestadas nos termos constitucionais, bem como, buscar a universalidade do acesso aos serviços e integralidade de assistência (BRASIL, 1990).

Contudo como bem observa Silva (2006 apud AMORIM, 2016, p. 1) “O direito à saúde esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público. [...], o cidadão, hoje mais consciente de seus direitos, busca a tutela jurisdicional para ver atendida sua necessidade de saúde [...]”.

Assim, em muitas situações não é possibilitado à população o acesso à este sistema, quando uma situação foge do plano, como em casos que envolvem medicamentos que não são comuns, o sistema acaba por ficar sobrecarregado e impossibilitado de atender toda a demanda populacional (SILVA, A.,; SCHULMAN, 2017).

Decorrente destes vícios, tais como a falta de inclusão de medicamentos à base dessa substância, levando em consideração ainda o alto custo e a situação financeira da grande maioria dos brasileiros que dependem de políticas de Estado, estas situações acabam por gerar a busca do cidadão ao ativismo judicial proveniente da necessidade de efetivação de seu direito à saúde, que, por conseguinte gera o fenômeno conhecido como “Judicialização da Saúde” (BUCCI; DUARTE, 2017).

2.2 DO CANABIDIOL: DISPOSIÇÕES GERAIS E LEGISLAÇÃO NACIONAL

2.2.1 Conceito, História e Atuação Fisiológica do Canabidiol

O Canabidiol trata-se de uma substância natural derivada da planta *Cannabis Sativa*, nome científico da maconha, o CBD é um dos mais de 100 compostos canabinóides encontrados na planta podendo ser isolado ou sintetizado via métodos laboratoriais seguros. Há vários anos tem-se pesquisado esta substância e estudiosos apontam para a existência de enorme potencial terapêutico (ABREU, M., 2020).

Podendo compor até 40% dos extratos da *Cannabis*, o Canabidiol atua no sistema nervoso central do corpo humano e por estes motivos vem sendo motivo de pesquisas e discussões, na medida em que vão surgindo comprovações de benefícios da sua utilização como medicamentos para centenas de doenças, tal quais incluem as severas como epilepsia, parkinson, esquizofrenia, fibromialgia, até às mais “leves” como ansiedade e depressão (PALHARES, 2019).

Sem gerar efeitos psicoativos, dependência e nem possuir contraindicações formais pela comunidade científica (BONFÁL; VINAGRE; FIGUEIREDO, N., 2008) o Canabidiol produz vastos efeitos significativos a aqueles que necessitam de sua utilização, como por exemplo: Produz relaxamento muscular, efeitos ansiolíticos, estimula o apetite, atenua dores e inflamações crônicas entre outros. Estes efeitos, quando estimulados pela utilização da substância de forma correta e em proporções, auxiliam no tratamento de diversos problemas inerentes à saúde humana, o que levou por chamar muita atenção tanto das áreas científicas, quando de pessoas que viam no CBD uma oportunidade de tratamento mais eficaz para suas respectivas condições de saúde (SALES, 2015). As formas de uso do Canabidiol são as mais variadas, podendo ser via spray, óleo, cápsulas, entre outras que estejam previstas no “Vocabulário Controlado de Formas Farmacêuticas, Vias de Administração e Embalagens de Medicamentos” (ANVISA, 2020).

No complexo do corpo humano, existe o que chamamos de “Sistema Endocanabinoide”, trata-se de um sistema com vários receptores envolvidos em todo nosso organismo que são diretamente responsável na produção e regulação de outros processos, como os de funções fisiológicas, de apetite, dor, humor, estresse, memória e outros (GODOY-MATOS et al., 2006). O sistema endocanabinoide por vezes encontra-se desregulado em quase todas essas funções, é nestes receptores, por exemplo, que os medicamentos convencionais atuam (WILSON JÚNIOR, 2019).

Com o entendimento básico de como funciona o sistema endocanabinoide é possível compreender que tal como os compostos produzidos pelo nosso organismo (endógenos), o CBD atua na ligação com vários receptores dentro deste sistema endocanabinoide 'imitando' ou potencializando os efeitos destes endógenos, provocando assim as alterações no nosso humor, na sensação de dores, ansiedade, entre outros, estando estes endógenos fortemente ligados às doenças em que o Canabidiol é considerado como tratamento promissor (WILSON JÚNIOR, 2019).

A planta Cannabis, da qual é derivada o Canabidiol, possui relatos de sua utilização que remontam há 12 mil anos atrás, mas seu uso medicinal mesmo, só viera a possuir relatos escritos em meados de 2.737 A.C na China, onde o imperador Shen Neng utilizava para tratamento de dores articulares (PEDRO NETO, 2020), no entanto, como o tema deste trabalho não é a planta, e sim o Canabidiol em si, as minúcias da história da maconha não serão abordadas.

A história da 'descoberta' do CBD é extremamente nova se comparada à história da Cannabis. O isolamento da substância aconteceu pela primeira vez em Israel no ano de 1963 pelo bioquímico Raphael Mechoulam, que posteriormente também realizou o isolamento do THC (tetrahydrocannabinol), a substância que é psicoativa e produz o efeito de 'barato' (CRIPPA, 2016).

Mechoulam é considerado o "pai da Cannabis" por ser o primeiro a ter realizado o feito histórico de isolar as substâncias, mas seus experimentos não pararam ali, naquela data ainda não se sabia qual substância da planta era responsável pelos efeitos psicoativos, então, para sanar esta dúvida, o bioquímico resolveu realizar um experimento um tanto quanto curioso, produzindo dois bolos, onde um tinha em sua composição o THC e o outro possuía o CBD, em seguida fez uma confraternização para que amigos provassem a especiaria. Obviamente, o bolo com CBD não produziu efeitos visíveis, e assim descobriu-se que era o THC responsável pelos efeitos (TOVAR, 2016).

Curiosamente, por diversos anos, a comunidade científica não imaginava que o Canabidiol possuía efeitos, sendo considerado até então, uma substância irrelevante até a data de 1980 em que um estudo inovador fora realizado, inclusive, por brasileiros investigadores da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo em parceria com a Universidade Hebraica de Jerusalém, nesta pesquisa foram encontrados evidências inovadoras dos benefícios da substância no tratamento da epilepsia que seriam capazes de mudar a vida das milhões de pessoas que sofriam com esta doença, porém, mesmo sendo promissor, este estudo e seus apontamentos foram ignorados por um período de 30 anos pela comunidade científica, muito contribuído pelo preconceito acerca da Cannabis. Mechoulam, que fez parte desta pesquisa afirmou estar extremamente decepcionado com a irrelevância que fora dada às considerações de seu estudo sobre a

substância, que hoje tem se apresentado como um dos tratamentos disponíveis mais eficientes para o tratamento da epilepsia (TOVAR, 2016).

2.2.1.1 Dos benefícios da substância

Diversos estudos e pesquisas internacionais realizadas com animais e também com humanos surgiram nos últimos anos apontando diversos efeitos positivos da substância que poderiam trazer benefícios em várias ocasiões (GONTIJO et al., 2016), as quais algumas serão citadas a seguir:

Alívio da dor e inflamações: Um estudo publicado no *Journal of Experimental Medicine* apontou que foram obtidos resultados positivos em camundongos e ratos na inibição e alívio de dores e inflamações crônicas ao realizarem testes com a substância, sugerindo como uma ideia a adoção do CBD como tratamento viável para estes problemas (XIONG et al., 2012).

Auxílio para cessar vícios e abstinências: Estudo descobriu que fumantes que utilizavam a substância em formato de inalação, tinha diminuição significativa no vício por nicotina (MORGAN et al., 2013). Outra revisão apontou ainda que usuários de drogas opióides, possuíam significativa diminuição de sintomas de abstinência ao utilizarem o Canabidiol (HURD et al., 2015).

Efeitos Ansiolíticos: A substância apresentou resultados eficazes na produção de efeitos ansiolíticos em vários casos de transtornos de ansiedade e medo, como síndrome do pânico, estresse pós-traumático, transtorno obsessivo compulsivo, entre outros (BLESSING et al., 2015).

Efeitos Antidepressivos: Alguns pesquisadores analisaram ainda efeitos antidepressivos e estabilizadores de humor na utilização da substância em camundongos, podendo ser uma alternativa eficiente no tratamento de doenças psíquicas como a Depressão (ZANELATI et al., 2010).

Efeitos Antipsicóticos: Estudos sugerem ainda que o CBD produz efeitos semelhantes a muitos remédios antipsicóticos, podendo ser considerado como uma medida alternativa, eficaz e mais segura para os tratamentos de diversas doenças como a esquizofrenia, por exemplo (ZUARDI et al., 2012).

Combate ao câncer: Autores de uma revisão publicada no *British Journal of Clinical Pharmacology* apresentaram evidências significativas que o CBD auxilia na prevenção da propagação do câncer (MASSI et al., 2012).

Diabetes Tipo 1: O Canabidiol apresentou-se como eficiente em reduzir inflamação no pâncreas, que é resultante da Diabetes tipo 1, assim, a substância pode ser utilizada para proteger ou retardar o desenvolvimento da doença (LEHMANN et al., 2016).

Alzheimer: O Canabidiol expressiu resultados satisfatórios em pesquisas sobre a doença Alzheimer ao demonstrar a capacidade de impedir o desenvolvimento de déficits de memória de reconhecimento social em camundongos com a doença (CHENG et al., 2014).

Epilepsia: Sem dúvidas, a epilepsia foi uma das doenças onde a substância apresentou os melhores resultados possíveis equiparados a tratamentos que se tem acesso nos dias atuais. Testes são realizados há mais de 40 anos e sendo aperfeiçoados desde então, de modo que, em uma das pesquisas mais completas sobre o tema, de 1980, o CBD apresentou melhoras significativas na cessação de convulsões provocadas pela doença com uma margem muito grande de benefícios (CUNHA et al., 1980).

2.2.1.2 O que diz a OMS

A Organização Mundial da Saúde (OMS) trata-se de um órgão internacional ligada à Organização Das Nações Unidas (ONU), por meio dela, são realizadas questões relativas à saúde, tendo como principais objetivos trabalhar para promover o acesso à saúde para todos os povos, tal previsão de encontra ainda em sua Constituição (OMS, 1946).

Sua fundação oficial ocorreu no dia 07 de abril de 1948, quando seu estatuto foi ratificado por 26 (vinte e seis) Estados-Membros, sua sede oficial encontra-se em Genebra, na Suíça, e atualmente é composta por 194 (cento e noventa e quatro) Estados-Membros, isto é, são nações adeptas às suas idealizações com comprometimento para a efetivação de suas funções (MORALES, 2020).

Os principais objetivos dessa organização é atuar na promoção do acesso à saúde, com qualidade, para todos os povos como já citado anteriormente, isso inclui diversas ações como meios de concretizar tal proposição, dentre várias situações, temos, por exemplo, o empenho da organização em situações de emergência, como surtos epidemiológicos, tão constantes no mundo, vide Ebola, Covid-19, entre outras (MORALES, 2020). Outra função, extremamente vital da OMS é sua atuação na criação de padrões e recomendações à nível internacional na área de saúde, realizados através de cooperação técnica entre seus membros, assim possibilitando o fortalecimento de serviços médicos, formulação de políticas de medicamentos e pesquisas biomédicas (JANSEN, 2020).

São com base nestas recomendações e padrões realizados por diversas pesquisas biomédicas cautelosas, que a OMS (2017) realizou uma recomendação favorável à respeito da substância Canabidiol, tal qual, será analisado a seguir.

Em novembro do ano de 2017 a Organização Mundial da Saúde lançou uma recomendação à respeito do Canabidiol, demonstrado e fundamentado por centenas de análises e pesquisas científicas realizadas tanto em animais quanto em humanos, as quais auxiliaram, segundo a OMS na possibilidade de identificar que a substância tem potencial valor terapêutico para doenças graves como a epilepsia e Parkinson, por exemplo, tendo ainda, o reconhecimento por intermédio deste documento que quando o CBD é utilizado para fins terapêuticos, não existe quaisquer riscos de dependência nem física nem psíquica por aqueles que a utilizam, considerando que a mesma, nem sequer é psicoativa (ADJUTO, 2017).

Em seu sentido integral, o relatório concluiu que: “O CBD não apresenta psicoatividade, potencialização ou suscetibilidade a abuso. De fato as descobertas sugerem um uso terapêutico promissor” (OMS, 2017, p. 3, tradução nossa).

Como principal medida desta recomendação, a organização considerou e estabeleceu como orientação que não há motivações razoáveis para que o Canabidiol seja catalogado como droga e que o CBD não deveria estar sujeito a quaisquer tipos de controles internacionais incluindo casos de produção e venda, haja vista que em todos os testes, a substância foi considerada segura, embora seja um princípio ativo da planta *Cannabis Sativa* (OMS, 2017).

2.2.1.3 Canabidiol em outros países

Abaixo temos a lista de alguns países que legalizaram ou são permissivos com a substância Canabidiol:

- **Estados Unidos:** Nos EUA, as legislações são variáveis de Estado para Estado, mas grande parte do país é permissivo com a *Cannabis*, conseqüentemente com o Canabidiol também, tendo a mais variada diversidade de produtos com essa substância, que variam de medicamentos tradicionais a até mesmo balas de goma, por tamanha permissividade com o CBD (POLLO, 2019).

- **Portugal:** em 2018 o país regulamentou o uso medicinal da *Cannabis*, e em 2019 o país avançou na questão do Canabidiol, regulamentando a utilização de medicamentos com a substância, sendo o uso de medicamentos permitidos para fins também medicinais mediante prescrição médica, o país ainda dispõe sobre outras definições acerca de atividades de cultivo, extração, comércio e demais situações envolvendo o CBD (PORTUGAL, 2019).

- **Canadá:** Desde 2001 o uso medicinal da *Cannabis* é autorizado, trazendo consigo todas as permissões semelhantes ao Canabidiol (MACONHA..., 2019).

- **Uruguai** (2013): O Uruguai foi o primeiro país no mundo a legalizar a Cannabis para uso recreativo, obviamente, utilizações medicinais também foram bem-vindas, e o Canabidiol é uma substância com bastante presença em pontos de venda de lá, com o devido controle Estatal (RASMUSSEN, 2015).
- **China:** A China é um dos países com os controles sobre drogas mais rigorosos do mundo, mesmo assim, em 2017 algumas empresas obtiveram permissão especial para produzir a planta Cannabis Sativa para posterior extração do Canabidiol, a fim de comercialização destes produtos no exterior (MYERS, 2019).
- **Israel:** A maconha é proibida no país, porém, desde 1992 foi autorizado que pacientes que sofrem de determinadas doenças podem fazer o uso de substância a base da planta, incluindo o Canabidiol, o país ainda lidera a maior parte de pesquisas científicas sobre a planta, sendo um dos pioneiros neste tema e possuem aprovação de 75% da população para o uso com fins terapêuticos (RASMUSSEN, 2015).

2.2.2 Legislação Nacional

Antes mesmo de dispositivos mais efetivos por parte do Estado, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo — CREMESP lançou em 2014 a edição da Resolução nº 268, com aprovação e homologação na data de 07 de Outubro de 2014, esta, foi o primeiro passo dado de um debate largo e tortuoso sobre o Canabidiol no país, com o avanço realizado pela CREMESP, foi possibilitado a autorização à médicos para prescreverem o CBD, ainda que em casos muito específicos e observadas algumas considerações (EUEDES JÚNIOR, 2014).

O texto da Resolução, de dois únicos artigos, buscou ao máximo trazer esclarecimentos para a tomada da decisão, tanto sobre a substância em si, quanto os motivos que faziam da decisão algo benéfico (CREMESP, 2014), entre as ponderações expostas nesta legislação, dois pontos chamam atenção, o primeiro deles é o reconhecimento do tratamento auspicioso encontrado substância, no que dispõe o seguinte:

[...] o uso do CBD é um procedimento terapêutico restrito e excepcional, ainda não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, porém promissor e de boa tolerabilidade nas situações clínicas acima especificadas e quando adequadamente diagnosticadas (CREMESP, 2014, p. 1).

O segundo ponto, não menos importante, é a admissão da ideia de que o CBD, na forma de uso especificada pela Resolução, não fere os princípios da bioética, tão importantes nas decisões da área da medicina:

[...] a criteriosa ponderação entre os princípios bioéticos da beneficência, não maleficência, justiça e autonomia permitem, nas situações clínicas acima referidas, o uso do CBD, conforme os requisitos justificados acima (CREMESP, 2014, p. 1).

Por fim, o conselho estabeleceu em seu Art. 1º a aceitabilidade da prescrição médica do CBD em casos específicos, conforme observados seus critérios:

Art. 1º. O canabidiol poderá ser prescrito pelo médico mediante assentimento do paciente e consentimento livre e esclarecido assinado pelo seu responsável legal, para o tratamento das epilepsias mioclônicas graves do lactente e da infância refratárias a tratamentos convencionais (CREMESP, 2014, p. 1).

As principais leis existentes no Brasil condizentes com o Canabidiol, são, em sua maioria disposições tratadas pela ANVISA (1998, 2015, 2019, 2020), tais quais necessitam de enfoque especial sobre as características de cada uma delas.

Primeiramente, é necessário entender que no Brasil as substâncias sujeitas a controles especiais são regulamentadas e descritas na Portaria 344, de 12 de maio de 1998 e apesar de possui um texto extenso é rico em detalhes e de maneira bem objetiva, a Anvisa atualiza periodicamente os anexos da Portaria, com inclusões e alterações nas substâncias controladas (ANVISA, 1998).

O texto desta portaria é composto não somente de definições de substâncias e medicamentos, mas também trata de temas pertinentes, como as obrigações legais, sobre produção, uso, transporte, comércio, prescrição, entre outras situações, desta forma a Portaria define todos os parâmetros para fins relacionados a medicamentos e substâncias especiais, como o Canabidiol (ANVISA, 1998).

A Portaria, para melhor compreensão e detalhamento subdivide as substâncias em várias listas, estas estão enumeradas desde "A1" Até "F4" visando a separação das mesmas e de medicamentos à base destas, com base no tipo das substâncias, ou seja, como elas são enquadradas, se são entorpecentes, psicotrópicas, anorexígenas, etc, e estabelecendo ainda seus gêneros, as limítrofes de uso, produção e outras disposições, como por exemplo, quais tipos de controle estarão sujeitas, se são possuidoras de controle especial, se são estritamente proibidas, se são de uso permitidos, e assim por diante. No caso do CBD, hoje, é considerado uma substância sujeito a controle especial (ANVISA, 1998).

Conforme disposto acima, o Canabidiol derivado da Cannabis, durante muitos anos permaneceu como substância proibida elencada na lista F2 da Portaria de nº 344 de 1998,

ou seja, as substâncias psicotrópicas, contudo, com avanço projetado principalmente pela judicialização da saúde, em 2015 a Agência da ANVISA emitiu a RDC de nº 03, que alterava a Portaria, retirando a substância da lista F2 e passando-a para a lista C1 de controle especial, ou seja, a partir deste momento deixa-se de haver a expressa proibição da substância e ocorre sua reclassificação para uma substância de uso controlado (ANVISA, 2015).

De fato, foi um ganho significativo na discussão sobre o tema, nas palavras do Diretor da agência Ivo Bucaretsky ao declarar seu voto, tal feito tratou-se de um “momento histórico”. A reclassificação foi aprovada por unanimidade e levou como fundamentos diversos estudos científicos indicadores de que a substância não apresentaria riscos de dependência quando administradas (BITTENCOURT, 2015).

Através da importante Resolução da Diretoria Colegiada nº 03 de 26 de Janeiro de 2015, publicada no Diário Oficial dois dias depois, que ocorreu a primeira conquista em prol da substância CBD, esta RDC foi responsável pela primeira ação efetiva que reclassificava a substância da lista de substâncias proibidas para a lista de substâncias permitidas com controle especial, durante a votação, a decisão foi unânime ao estabelecer tais modificações (ANVISA, 2015), conforme se observa:

Art. 1º Publicar a atualização do Anexo I, Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial, da Portaria SVS/MS nº. 344, de 12 de maio de 1998, republicada no Diário Oficial da União de 1º de fevereiro de 1999.

Art. 2º Estabelecer as seguintes modificações:

I. INCLUSÃO

1.1 Lista "C1": canabidiol (CBD)

[...] (ANVISA, 2015, p. 1).

Esta decisão foi tomada com base em diversos estudos e pesquisas científicas que apresentavam comprovações efetivas de que a substância Canabidiol não apresentava relevância dependência para aqueles que o utilizassem (BITTENCOURT, 2015).

Norberto Fischer pai da menina Anny Fischer de 6 anos, pioneira tanto no uso da Canabidiol, quanto na busca de meios judiciais que efetivassem o direito ao uso do CBD e que ascendeu o debate sobre a substância no país, comemorou a decisão e relatou: “Estar na lista de proibidos passa para a sociedade a imagem de que é algo ruim. Reclassificar mostra que há outras opções de tratamento” (BITTENCOURT, 2015).

Nos anos seguintes, outras diversas ações por parte da ANVISA (2015, 2019) seriam tomadas, buscando uma concretização mais efetiva de direitos pertinentes ao Canabidiol, entre elas, citam-se as RDC nº 17 de 06 de maio de 2015 e RDC nº 327 de 2019, as quais serão apresentadas a seguir.

Com a importação de produtos à base de Canabidiol sendo cada vez recorrente a partir de 2014, ora por métodos judiciais quando diversas famílias buscavam seu direito na justiça, para obterem a permissão legal de importarem tais medicamentos, ora por métodos ilegais, resultou em enorme contribuição para posterior reclassificação da substância em 2015, e ainda neste mesmo ano, a ANVISA prosseguiu com um precedente inédito no país através da publicação da resolução RDC nº 17 no dia 06 de Maio de 2015, e efetivada no Diário Oficial no dia 08 de maio, a mesma:

Define os critérios e os procedimentos para a importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinoides, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde (ANVISA, 2015, p. 1).

Caminhando neste sentido, assim conforme a própria conceituação do termo “droga”, a fundamentação da ANVISA ao tomar tais decisões, presumidamente baseia-se na diferenciação do Canabidiol, que é uma substância canabinoide, em relação às outras substâncias extraídas da Cannabis, haja vista a indicação de que a mesma não é capaz de gerar dependência, possuindo potencial terapêutico, embora seja derivada de uma planta com potencial psicoativo, a substância não possui tais efeitos (PRESTES, 2018).

Embora a academia brasileira de neurologia, à época, tenha afirmado “que os dados atualmente disponíveis na literatura não são suficientes para sustentar o uso de canabidiol como tratamento rotineiro na epilepsia” (BRUCKI et al., 2015, p. 1) reconheceu que este poderia ser efetivo em casos refratários ou de difícil tratamento, e reforçou a ideia da importância de estabelecer novos estudos sobre o tema (BRUCKI et al., 2015).

Com o estabelecimento desta RDC que retrata os métodos de importação, fora definido diversas situações, tais como, a abrangência, meios de utilização, critérios e os métodos de importação. Situações estas que possuem a obrigatoriedade de serem seguidas para se conseguir a efetiva permissão por parte da agência (ANVISA, 2015). A seguir serão elencados alguns dos principais pontos como as abrangências e demais critérios dispostos na RDC que permitem a efetividade de uma importação legal:

A RDC foi criteriosa ao estabelecer as abrangências para a efetiva importação, estabelecendo ainda que para tais produtos poderiam ser realizadas também pelo

responsável legal do paciente, e, se necessária “poderá ainda ser intermediada por entidade hospitalar, unidade governamental ligada à área da saúde, operadora de plano de saúde ou entidade civil representativa de pacientes” (ANVISA, 2015, p. 2), devendo o paciente informar no momento da realização do cadastro o responsável que intermediará a importação (ANVISA, 2015).

Ficou-se estabelecido também, quais deveriam ser as características que o produto a ser importado deverá possuir, conforme §1 do Art. 3º:

§1º O produto a ser importado deve:

I – ser constituído de derivado vegetal;

~~II – possuir teor de THC inferior ao de Canabidiol;~~ (Revogado pela Resolução – RDC nº 66, de 18 de março de 2016)

III – ser produzido e distribuído por estabelecimentos devidamente regularizados pelas autoridades competentes em seus países de origem para as atividades de produção, distribuição ou comercialização;

IV – conter certificado de análise, com especificação e teor de Canabidiol e THC, que atenda às respectivas exigências regulatórias das autoridades competentes em seus países de origem (ANVISA, 2015, p. 3).

O Capítulo II da RDC busca tratar especificamente do cadastramento do paciente para que possa adquirir o benefício de importação legal destes medicamentos, tendo cerca de 4 (quatro) artigos que dispõem sobre as formas que devem ser realizados os procedimentos de cadastro, tais como: O cadastramento deve ser realizado em nome do paciente, do responsável legal e/ou em casos aplicáveis do responsável da importação, podendo ser realizado por meio eletrônico no sítio eletrônico da ANVISA; envio de formulário e documentação por correio eletrônico ou envio postal endereçado a sede da agência em Brasília-DF. Para o cadastramento ser bem sucedido é necessária a apresentação pelo paciente de formulário (disponibilizado pela ANVISA) devidamente preenchido; laudo do profissional legalmente habilitado, aliado à prescrição do produto devendo conter todos os detalhes pertinentes ao tratamento além de declaração de responsabilidade e esclarecimento para a utilização excepcional do produto. Depois de realizado o cadastro, este tem validade pelo período de 1 (um) ano (ANVISA, 2015).

Por fim a ANVISA estabeleceu os quesitos da importação, assim, estando na conformidade de todos os meios citados acima, “o interessado poderá realizar as importações do produto à base de Canabidiol, em associação com outros canabinoides em

caráter de excepcionalidade, pelo período de 1 (um) ano” (ANVISA, 2015, p. 4), ressaltando que a quantidade autorizada a ser importada poderá ser efetuada em uma única vez ou parceladamente, sendo ainda, proibida a importação destes produtos via remessa postal, e todas, sem exceção deverão ser submetidas à fiscalização por autoridade sanitária antes de seu desembarço aduaneiro mediante apresentação da prescrição do produto com todos os critérios exigidos na etapa de cadastramento (ANVISA, 2015).

Recentemente no início de 2020 houve o lançamento de uma nova RDC de nº 335 de 24 de Janeiro, visando estabelecer algumas facilidades acerca dos critérios de importação impostos pela RDC nº 17 de 2015, dentre as medidas mais importantes tomadas, algumas foram, por exemplo, alterações no prazo de validade dos cadastros, quais foram estendidos de 1 (um) ano para 2 (dois) anos, criou-se também a figura de procurador legal, que a partir deste novo modelo também poderá se responsabilizar pelo processo de importação de medicamentos à base de CBD, além de outras facilidades burocráticas como a necessidade de apresentação de prescrição médica sendo suficiente para dar continuidade ao processo e por fim, não se faz mais necessário informar a quantidade de canabidiol que será importado (ANVISA, 2020).

2.2.2.1 RDC nº 327 de 9 de dezembro de 2019

Esta RDC em especial é merecedora de particular destaque ao ser considerada a mais evolutiva nos quesitos de direitos sobre o CBD no Brasil, trata-se da concessão de autorização para fabricação nacional, comercialização e demais disposições à respeito do Canabidiol (ANVISA, 2019).

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária aprovou a RDC de nº 327 no dia de 9 de Dezembro de 2019, tendo suas disposições entrado em vigor em Março de 2020. Esta resolução foi um passo inovador para todos as pessoas necessitadas da utilização do Canabidiol, a presente RDC

Dispõe sobre os procedimentos para a concessão da Autorização Sanitária para a fabricação e a importação, bem como estabelece requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização de produtos de Cannabis para fins medicinais, e dá outras providências (ANVISA, 2019, p. 1).

Vale ressaltar que a decisão foi unânime, porém trata-se de uma regulamentação provisória prevista para ser revista em três anos posteriores ao seu vigor (ANVISA, 2019).

As funções principais desta RDC é estabelecer critérios para a fabricação e comercialização de produtos à base de Canabidiol pela indústria farmacêutica em território nacional (ANVISA, 2019).

Seu artigo primeiro expõe quais são os objetivos desta:

Art. 1º Esta Resolução define as condições e procedimentos para a concessão da Autorização Sanitária para a fabricação e a importação, bem como estabelece requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização de produtos de Cannabis para fins medicinais de uso humano, e dá outras providências (ANVISA, 2019, p. 1).

Com publicação no Diário Oficial da União, temos em seu corpo de texto diversas subdivisões que visam contemplarem desde disposições gerais, como a abrangência da lei até aos meios de se obter tal autorização, bem como o estabelecimento de como será regulado controles e demais disposições acerca do tema (ANVISA, 2019).

No capítulo que trata das disposições gerais, possui como objetivo tratar de algumas regras gerais, delas é possível destacar algumas, consideradas como principais: a) Os produtos contemplados pela RDC deverão conter predominantemente a substância Canabidiol em sua composição e deverão ainda, serem prescritos somente em casos extremos quando houverem esgotadas as possibilidades terapêuticas por outros métodos de tratamento disponíveis no mercado brasileiro (ANVISA, 2019); b) “A Autorização Sanitária dos produtos de Cannabis terá prazo improrrogável de 5 (cinco) anos, contados após a data da publicação da autorização no Diário Oficial da União - DOU” (ANVISA, 2019, p. 1); c) As empresas responsáveis pelos produtos poderão pleitear a regularização desses produtos pelas vias de registro de medicamentos, seguindo a legislação vigente; d) Ainda, os produtos devem possuir qualidade farmacêutica para uso humano, devendo serem utilizadas somente por via oral ou nasal, sem substâncias sintéticas nem potencialmente tóxicas; e) Produtos de usos fumígenos e cosméticos não serão considerados produtos para fins medicinais; f) Proibido a comercialização dos produtos em forma de droga vegetal e g) prevê a vedação de publicidade destes produtos, bem como “amostras grátis” (ANVISA, 2019).

No capítulo III dispõe de autorizações sanitárias e suas alterações. O procedimento de concessão da Autorização Sanitária de produtos à base de Cannabis possui rito simplificado a partir de requerimento específico petitionado pela empresa interessada, de modo que só será concedida se preenchido todos os requisitos formais necessários, devendo os produtos obrigatoriamente corresponder ao que for submetido pela ANVISA e caberá a empresa a responsabilidade pela qualidade e segurança destes produtos, além de que após o término da validade da Autorização, torna-se proibido a fabricação e

importação para fins comerciais. Já para fins de fabricação e comercialização em território nacional, as empresas têm por obrigação importar o insumo farmacêutico nas formas de derivado vegetal, fitofármaco, a granel ou produto industrializado, sendo vedada a importação da planta Cannabis ou partes dela (ANVISA, 2019).

Já nas medidas antecedentes e de submissão para obter a concessão de autorização, deve ser levada em consideração a obrigatoriedade da responsável pela submissão da Autorização do produto de Cannabis em possuir autorização de Funcionamento de Empresa (AFE; autorização especial (AE); Certificado de Boas Práticas de Fabricação de Medicamentos (CBPF); boas práticas de distribuição e armazenamento; documentação técnica de qualidade dos produtos, além de alguns outros detalhes como racional técnico e científico que justifique a formulação destes produtos (ANVISA, 2019), bem como “condições operacionais para realizar as análises do controle de qualidade em território brasileiro” (ANVISA, 2019, p. 1) e ter capacidade para receber e tratar notificações de efeitos adversos e demais queixas técnicas sobre os produtos. Ainda, todas as petições de solicitação de autorização necessitam de formulário de petição; formulário para o pedido de autorização; justificativa contendo o resumo do racional técnico-científico e justificativa contendo o resumo do racional de desenvolvimento dos produtos; relatório de estudos de estabilidade e alguns outros documentos técnicos (ANVISA, 2019).

Em relação ao controle de qualidade dos produtos, estes deverão ser realizados com base nas normas de medicamentos específicos (em casos de fitofármacos) e fundamentado em normas para medicamentos fitoterápicos (em casos de haver derivados vegetais como ativo), além de todos os excipientes terem a obrigação de ser aprovados para uso farmacêutico. Possui também a previsão de regulamento das embalagens destes medicamentos, sendo obrigatória a clareza visual, com o máximo de transparência, escritas de fácil leitura e fácil compreensão a fim de evitar interpretações errôneas quanto à origem, procedência, qualidade e composição dos produtos, não podendo conter em hipótese alguma alusões ao uso da Cannabis, nem selos ou marcas de associações, entidades e outros tipos de órgãos que representem os interesses de consumidores ou de profissionais de saúde, em seus rótulos há a necessidade de conter informações qualitativas e quantitativas do produto, além de nome do produto, frases de advertência, efeitos adversos e demais proibições, possuindo ainda, referências que possibilitem a rastreabilidade da origem do medicamento, como o número de lote, data de fabricação, validade, entre outros (ANVISA, 2019).

O capítulo V desta RDC dispõe sobre os controles de prescrição dos produtos à base de Canabidiol, onde é expresso firmemente que tais produtos devem ser prescritos somente em condições de ausência de alternativas terapêuticas, onde o médico prescritor deverá apoiar-se em dados técnicos capazes de sugerir que esta alternativa é segura e

eficaz, além de fornecer total transparência ao repassar as informações aos pacientes, devendo incluir minimamente, informações sobre os riscos envolvidos, possíveis efeitos adversos e cuidados na utilização. A dispensação destes medicamentos deverá ser realizada exclusivamente por profissional farmacêutico e por farmácias sem manipulação ou drogarias, mediante prescrição e apresentação de notificação de receita específica por profissional médico (ANVISA, 2019).

Os critérios para a realização de importação e exportação desses produtos deverão seguir o disposto em normas já preexistentes, onde também serão aplicadas todas as normativas relacionadas à ações de monitoramento aplicáveis a medicamentos, de modo que todos os profissionais legalmente habilitados à prescrição, e empresas responsáveis pela autorização deverão noticiar os eventos adversos decorrentes da utilização destes produtos, assim conforme for requisitado pela agência. Como parte da função da ANVISA, a mesma estabelecerá e coordenará um programa especial de monitoramento dos produtos de Canabidiol (ANVISA, 2019), realizando ensaios analíticos “de mercado e em atividades de monitoramento e fiscalização de rotina devem ser tornados públicos pela autoridade sanitária responsável” (ANVISA, 2019, p. 1) aplicando a estes fármacos, todas as normativas relacionadas aos atos de análise (ANVISA, 2019).

Por fim, a ANVISA (2019) prevê o estabelecimento de programas de acompanhamento de produtos e empresas que atuem no ramo, sob estritos cuidados sanitários.

Torna-se importante dar o devido destaque a esta RDC e expor minúcias de seu corpo de texto, com intuito de ensinar as argumentações deste presente trabalho, conforme reforçado diversas vezes ao longo desta pesquisa, é evidente a evolução legislativa que se teve nos últimos anos, mas com breve análise das partes da lei supracitada logo se denota a extensa burocracia em torno da legislação, ao notar, por exemplo, proibições como a de se produzir a planta em território nacional, que abriria a possibilidade de se ter dentro do próprio país uma cadeia completa de produção destes medicamentos, deste modo, as atuações do Estado acabam por tornar-se um tanto omissivo ao criar regulamentações que acabam por permitir a existência de vários problemas como os valores excessivos destes fármacos, uma burocracia ainda rígida e a continuidade do aumento da judicialização de casos que envolvam o CBD, sendo estes problemas reconhecidos até mesmo pelo presidente da Anvisa William Dib (MACHADO, L.,; BARIFOUSE, 2019).

2.3 – O PAPEL DO ESTADO E A JUDICIALIZAÇÃO

2.3.1. Caso Anny Fischer

O caso Anny Fischer foi um dos mais emblemáticos ocorridos no Brasil, através dele se originou todo o debate posterior sobre a luta em prol do Canabidiol. Após intensa divulgação pela mídia e televisão, Anny Fischer foi a primeira pessoa no país a ganhar o direito de obter a importação legal da substância, isso pressionou as instituições governamentais a criarem medidas legais e mais efetivas sobre o CBD, além de fazer surgir à luz centenas de outras pessoas que faziam o uso do Canabidiol nos mesmos moldes de Fischer (OLIVEIRA, M., 2016).

2.3.1.1. História Anny Fischer

Anny de Bortoli Fischer, Brasiliense, nasceu em 2008, atualmente com 12 anos de idade, é filha de Norberto e Katiele Fischer. A pequena menina possui uma doença chamada encefalopatia epilética infantil também conhecida como Síndrome CDLK5 (BURGATI, 2016). Esta doença rara não possui cura e causa diversos problemas ao portador, como falhas intensas no desenvolvimento psicomotor, tais como andar, falar, além de convulsões rotineiras, no caso específico de Anny, a mesma chegou a ter até 80 convulsões semanais (BUENO, 2014).

Os pais de Anny aderiram inicialmente à tratamentos convencionais, com a utilização de diversos anticonvulsivantes e tratamentos paliativos, chegando inclusive a realizar uma cirurgia para a colocação de marca-passo no nervo vago como tentativa de estabilizar as convulsões, sem êxito (BURGATI, 2016).

O início da jornada com o CBD, como consequência, uma nova esperança para a filha, se deu quando Katiele Fischer, a mãe da menina, adentrou em um grupo sobre a doença, na rede social Facebook, e viu uma postagem relatando sobre o sucesso obtido por um estadunidense ao tratar a filha com a substância, após isso, os dias subsequentes resultaram em diversas pesquisas, contatos com usuários, até que efetivamente, os pais de Anny decidiram dar o próximo passo: importar ilegalmente a substância, pois há época não havia uma legislação permissiva (OLIVEIRA, M., 2016).

Após o início do tratamento, os resultados foram acalentadores, em poucos dias os avanços apareciam, a menina reiniciou o progresso físico e em alguns meses as crises convulsivas semanais caíram de 80 para 19, chegando a zerarem após a continuidade do tratamento, conforme relataram Norberto e Katiele Fischer em documentário/filme denominado "Illegal", produzido por Tarso Araújo e Raphael Erichsen (ILEGAL..., 2014).

Como não havia meios legais de se obter o CBD no Brasil, a família, passou a importar ilegalmente dos Estados Unidos, via online, de forma periódica, a medida que o tratamento demandava, contudo, uma dessas importações que adentrava no país normalmente via Correios, acabou retida pela ANVISA dada as características de ser uma

substância derivada da Cannabis (OLIVEIRA, M., 2016). Com a proibitiva de o produto chegar até a família Fischer, a evolução de Anny decaiu, e suas convulsões voltaram fortemente, chegando a 42 episódios semanais (BUENO, 2014).

Depois da parada brusca do tratamento da criança, o caso ganhou o país através de grandes sistemas de televisão e da propagação via internet (OLIVEIRA, M., 2015). O principal vetor da história e da luta para obter o Canabidiol pela família é contada através do documentário "Ilegal", produzido pelo jornalista Tarso Araújo, o documentário explanava a evolução de Anny, e a luta diária de Katiele e Norberto que só tiveram sucesso após o uso do CBD (ILEGAL..., 2014).

Tamanha proporção alcançada pelo caso resultou em enorme discussão do tema, onde havia como fator principal para dar jus ao direito de usufruir da substância, a proclamação da existência, bem como a cobrança, do direito à saúde e dignidade humana da criança.

Neste sentido, torna-se indispensável destacar as palavras de Ingo Sarlet (2001, p. 60) acerca de dignidade humana:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A batalha e exposição para dar continuidade ao tratamento de Anny Fischer não foi em vão, culminando na ação de nº 0024632-22.2014.4.01.3400 da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, de acrônimo TRF1 (BRASIL, 2014).

A Ação nº 0024632-22.2014.4.01.3400 tinha como autora Anny de Bortoli Fischer, e como réu a Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA). Nela pleiteava-se o cumprimento por parte da ANVISA de Obrigação de não fazer, e assim atuasse na condição de inércia, não incorrendo impedimentos para importação da substância e uso da mesma pela autora (BRASIL, 2016).

O processo tramitou na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, tendo a petição sido protocolada no dia 01/04/2014. Nela pleiteava-se o direito de Anny com

fulcro dos direitos fundamentais, com pedido de tutela antecipada, por tratar-se de situação que incorria risco de vida da parte autora (BRASIL, 2014).

A concessão da tutela veio por intermédio do Juiz Federal Bruno César Bandeira Apolinário e foi estabelecida seguindo diversos critérios técnicos expostos por ele, entre eles, está o relatório produzido pelo Neurologista Wagner Teixeira que concluiu por recomendar a manutenção do tratamento à base de Canabidiol, após constar informações sobre a doença e reconhecer a eficácia do tratamento (BRASIL, 2014).

Outro ponto da decisão proferida pelo juiz que chama atenção e é válido destacar, é o extremo cuidado e zelo para desvencilhar a autorização do uso do CBD com apologia ao uso da Cannabis Sativa em si:

[..] Considero relevante advertir, já de início, que, pelos termos em que posta a questão pela autora, não se pretende com a presente demanda fazer apologia do uso terapêutico da Cannabis sativa, a maconha, no tratamento da encefalopatia epiléptica infantil precoce tipo 2, menos ainda da liberação de seu uso para qualquer fim em nosso país (BRASIL, 2014, p. 4).

A sentença final veio através do Tribunal Regional Federal da Primeira Região no dia 12 de Dezembro de 2016, onde fora confirmado a procedência do pedido na questão de obrigatoriedade da Anvisa em abster-se de apreender ou impedir o consumo do CBD pela autora (BRASIL, 2016).

Quem proferiu a sentença foi a Juíza Federal Maria Cecília De Marco Rocha, tendo tomado como base os argumentos proferidos na decisão que concedeu a tutela antecipada, reiterando a procedência do pedido (BRASIL, 2016).

2.3.2 Da Judicialização Da Saúde

A Judicialização da Saúde ocorre quando há uma omissão de algum dos poderes, seja o Legislativo ou Executivo, assim, busca-se por meio desta sanar omissão ou deficiência praticada pelo Estado através das garantias constitucionais, sob premissa dada ao cidadão de recorrer ao judiciário para pleitear necessidades fundamentais, que outrora lhe é negado seja pelo SUS ou pela própria legislação que não prevê ou proíbe o anseio em questão (SILVA, J.,; PESSOA, 2019).

Marinho (2013) expõe que o caráter fundamental que foi atribuído à saúde pela constituinte, permitiu a subjetividade deste direito, permitindo a judicialização deste.

Ordacgy (2018, p. 10), explica de forma didática os principais fatos geradores desta judicialização:

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos pelos órgãos públicos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se das tutelas judiciais de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização” da saúde.

Neste contexto, reforça-se a ideia de que o papel do judiciário é observar se as políticas públicas atendem aos princípios constitucionais do acesso à saúde e verificar por quais motivos o cidadão obteve negativa de seu direito (MENDES; COELHO; BRANCO, 2012).

Ainda, considera-se que a proteção judicial efetiva atua também sobre qualquer lesão potencial ou ameaça a direito, não apenas em lesões efetivas, por tais razões, a proteção judicial efetiva abrange também as medidas cautelares destinadas à proteção do direito (MENDES; COELHO; BRANCO, 2012).

A Constitucionalidade da intervenção jurisdicional que visa afastar lesão ou ameaça de direito a saúde, está positivada no Artigo 5º, XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Assim, este fenômeno a princípio se põe como uma inovação, ‘filha’ da Constituição cidadã de 1988 onde o Poder judiciário ganha extrema relevância no sentido que pratica a função de atuar como guardião da Constituição e das leis, se destacando cada vez na medida em que sua procura aumenta voltadas à proteção concreta do direito à saúde, assim o Judiciário passa a atuar no ato de obrigar o Executivo a oferecer bens e serviços pertinentes à saúde (BUCCI; DUARTE, 2017).

Devido a ineficácia das políticas públicas de saúde na garantia da mesma, pautado ainda na idealização de que todos os cidadãos possam alcançar direitos que lhe são devidos, acaba por surgir uma explosão de ações que judicializam a saúde, as quais são decorrentes da inércia por parte de órgãos de Estado em garantir a funcionalidade e eficácia destes direitos, portanto, ao instante que o Estado não produz ações concretas, decorre na geração dessa atuação judicial que beneficia tão somente partes individuais, sendo de certa forma ineficiente de modo coletivo ao não haver políticas que englobem todos aqueles dependentes do exercício efetivo destes direitos (SILVA, J.; PESSOA, 2019), sendo este fenômeno um dos principais vetores de conquistas na temática do CBD.

O tema da judicialização é relevante quando busca abordar a problemática do Canabidiol (CBD), ao considerar as inúmeras famílias que precisam acionar a justiça para obter acesso a esta substância, onde como decorrência, acabou por prestigiar os 3 Poderes com discussões que são vitais ao país, forçando ações Estatais mais efetivas em garantias de acesso ao CBD (PRESTES, 2018).

Os avanços existentes são devidos principalmente à judicialização da saúde, Rios (2009, p. 1) preceitua a importância deste fenômeno na conquista e efetivação de direitos:

Essas demandas judiciais são de extrema significação. Do ponto de vista jurídico, elas reclamam a realização não só de uma norma constitucional que veicula um direito fundamental com eficácia jurídica imediata, mas de um direito fundamental social, cuja natureza prestacional positiva implica uma série de desafios práticos e disputas teóricas. Do ponto de vista da saúde pública, elas apontam as compreensões e as tensões atinentes aos princípios norteadores das políticas de saúde pública e as consequências de sua implementação, com desdobramentos decisivos no direito à saúde dos indivíduos e no desenvolvimento de tais políticas.

Tornara-se visível a crescente demanda judicial que esta substância trouxe, onde cada vez mais cidadãos se viam no reconhecimento de seu direito de obter o auxílio governamental, seja pelo SUS ou pela ANVISA, a autorização de importar ou receber legalmente estes medicamentos (COLLUCI, 2019).

Para complementar, permeado pela judicialização da saúde, é necessário destacar o papel que o ativismo judicial possui no âmbito da saúde, considerando que a administração pública, como já citada anteriormente, não cumpre seu dever como deveria. Tal ativismo então decorre de negligências gerenciadas por parte dos outros poderes (Executivo e Legislativo), assim exigindo cada vez mais do Judiciário uma atuação mais efetiva no sentido de garantir e aplicar direitos de competência dos outros poderes (RIBEIRO, 2013).

Nas palavras de Verbicaro (2012, p. 17):

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

Assim, tanto este fenômeno de judicialização quanto o ativismo gerado se convalida no sentido de que o Judiciário deve atuar de forma ativa como protetor das garantias Constitucionais, suprindo as omissões existentes por parte dos outros poderes que possuem o real dever de efetivar estes direitos (JOSE JUNIOR, 2014).

2.3.2.1 Da demanda judicial e desjudicialização

Embora a ANVISA tenha realizado algumas atitudes efetivas acerca do Canabidiol a partir de 2014 e anos subsequentes, os cidadãos dependentes destes medicamentos continuam a ter a necessidade de adentrar por vias judiciais a fim de obter o CBD para uso pessoal, tal fato é facilmente explicado diante da recusa existente por parte do Estado em fornecer a medicação necessária (MELO; SANTOS, 2016 apud GURGEL et al., 2019).

Estima-se que até período de 2019 só no Estado de São Paulo, as ações judiciais que pleiteavam o fornecimento perante o governo estadual, cresceu 1.750% em 4 (quatro) anos, geralmente, as ações decorrem de pessoas sem condições mínimas de obter o Canabidiol, haja vista o alto custo de uma importação desse porte (COLLUCI, 2019).

Mas as ações judiciais não se limitam só a São Paulo, podendo ser encontrados exemplares de processos semelhantes em todos os estados da União, como o processo de nº 0027155-05.2015.8.17.0001, proveniente do Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE (PERNAMBUCO, 2015).

O pedido exigia ao Estado de Pernambuco para que viabilizasse o fornecimento de medicamento específico descrito em prescrição médica, contendo Canabidiol Líquido (PERNAMBUCO, 2015). Na decisão o juiz Mozart Valadares Pires definiu considerações de que o poder público não pode atuar com inércia perante os problemas de saúde da população, além de citar o princípio constitucional à saúde e à vida, após, concedeu a antecipação de tutela e decidiu:

Ante todo o exposto, confirmando a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para determinar que o ESTADO DE PERNAMBUCO forneça o medicamento Canabidiol CDB Líquido (Hemp Oil), conforme prescrição médica de fls. 21, até a conclusão do tratamento, sem qualquer interrupção no fornecimento [...] (PERNAMBUCO, 2015, p. 1).

Ao analisar outros casos provenientes do Estado de Pernambuco, além do processo supracitado, como o processo de nº 0088321-72.2014.8.17.0001, e também o de nº 0023395-48.2015.8.17.0001, é possível perceber pontos específicos que se coincidem entre as demandas judiciais envolvendo o Canabidiol (GURGEL et al., 2019).

Dadas as características da concessão desse medicamento, bem como a burocracia e o alto custo, os pontos expoentes desses pedidos são quase sempre os mesmos: Todos os pacientes atendem aos requisitos estabelecidos por lei, geralmente acometidos por epilepsia grave e sem evolução do quadro clínico perante tratamentos convencionais, sendo o fator principal que leva à necessidade de utilização do Canabidiol (GURGEL et al., 2019).

As questões que iniciam a problemática deste tipo de demanda judicial iniciam-se na notória desarmonia burocrática presente em documentos dispostos pela ANVISA e CFM, trazendo aos pacientes controvérsias quanto ao processo normativo de obtenção desse tipo de medicamento, atrasando e, ou, dificultando em muito sua obtenção rápida e eficaz. Outro ponto observado nos processos citados é ainda, a hipossuficiência, comprovada mediante declarações, pelas partes autoras, sendo isto outro fator justificante à necessidade de cobrar do Estado por meios judiciais o fornecimento desses medicamentos, considerando ainda, que o Estado não fornece medidas saneadoras aos enfermos dependentes da substância (GURGEL et al., 2019).

A alta demanda judicial envolvendo o Canabidiol é visível e constante na medida em que o poder público falha em oferecer uma normatização e fornecimento de forma descomplicada e objetiva acerca do CBD tornando os meios administrativos ofertados quase que impossibilitados para muitos cidadãos, restando a judicialização, como sendo o meio mais eficaz de se obter acesso à substância (GURGEL et al., 2019).

Em grande parte das situações, os tribunais se deparam com questões envolventes a um risco de morte ou dano grave a saúde da parte, que aclamava preceitos constitucionais, e o juiz, por sua vez, opta em sua maioria por dar provimento aos pedidos, gerando este ativismo judicial (DE SÁ, 2020). No entanto, embora a judicialização soe como algo positivo, acaba impondo ao poder judiciário diversos desafios (BUCCI; DUARTE, 2017).

Com a tentativa de suprir as lacunas dos demais poderes, o judiciário se vê na obrigação de atuar positivamente a fim de fazer falar os direitos dos cidadãos, gera-se, por consequência, um abarrotamento de ações judiciais (SOUZA, F.; COSTA, 2019), destarte, com as inúmeras demandas nessa esfera, o poder judiciário se vê sobrecarregado, tornando-se um processo penoso, de realização custosa e passos lentos, resultado da numerosa quantia de pedidos semelhantes, impossibilitando a tão necessária rapidez e eficácia para aqueles que dependem da urgência (LIMBERGER; GRISON, 2010 apud AMORIM, 2016).

Quando o papel da seara administrativa do Estado se confunde com ações atribuídas e confeccionadas pelo Poder Judiciário, acaba por culminar na idealização de que o judiciário é o único meio de se obter tais direitos sobrecarregando esta esfera e

trazendo consigo o anseio de uma desjudicialização, a fim de aliviar este poder e harmonizar-se com os demais (MARQUES, N., 2014).

Embora o Poder Judiciário atue de forma a corrigir essas omissões ao direito da saúde das pessoas, é razoável citar que a judicialização não deveria ser o modo mais eficaz para corrigir tais falhas, afinal, tamanha a demanda e a complexidade de um processo, muitos dos indivíduos dependentes destes fármacos possuem um estado de saúde intensamente crítico, não estando muitas vezes em condições de resistir a morosidade do resultado efetivo dessas ações (GURGEL et al., 2019), ainda mais, se partir do preceito de que não há essa necessidade, quando seus respectivos tratamentos pudessem ser resolvidos pela esfera administrativa do Poder Público (GURGEL et al., 2019).

Neste sentido, a desjudicialização se torna necessária, pois embora traga resultados necessários, não traz uma uniformização concreta na implementação do direito a saúde, deste modo:

Logo, para que haja a possibilidade de implementação máxima desses direitos, é necessária a adoção de medidas concretas, planejadas e bem definidas, as quais tenham o condão de efetivá-los. A relação existente entre políticas públicas e a realização de direitos, de maneira especial dos direitos sociais, é por isso direta, por demandar prestações positivas por parte do Estado (BUCCI; DUARTE, 2017, p. 347).

Um das finalidades teóricas para alcançar um resultado jurisdicional eficaz é o objetivo de produzir rápida e justa solução dos conflitos, mas um dos pontos principais que impedem o alcance desta ideia é a excessiva demanda de processos repetitivos, com a causa de pedir similares, causando gastos extras de tempo e dinheiro (SOUZA, A., 2015).

Nascimento (2020, p. 1) de forma assertiva observa que:

O fenômeno da Judicialização traduz a falta de resolução consensual das discordâncias do dia a dia, muitos dos casos resolvidos na esfera judicial poderiam ser solucionados de forma célere e simples na via extrajudicial. Todavia, as questões mais complexas, de fato, podem e são chamadas a ter sua solução diante dos tribunais, inclusive os superiores.

As causas dessa judicialização excessiva podem ser encontradas em lacunas geradas na própria administração do Estado, quando esta, por vários motivos não geram políticas públicas sociais eficientes, ou então, são frutos de uma gerência de recursos ineficaz, seja por questões orçamentárias ou falta de zelo com o bem público (SOUZA, F.,; COSTA, 2019).

A elaboração de políticas públicas e de uma boa gestão de recursos na área da saúde, aliado à participação do povo nas ações de formulações e fiscalizações, seria outro aspecto importante capaz de auxiliar na eficiência da prestação da saúde através de métodos extrajudiciais (DE SÁ, 2020).

Buscar uma estruturação conjunta, possibilitando soluções que se permitam gerar reflexos padronizados na atuação de outras, seria, em tese, inadiável para diminuir a crescente judicialização, deste modo, ser capaz de alinhar e articular os trabalhos e resultados reduziria e muito a fragmentação destes casos, facilitando a resolução deste entrave político, judiciário e administrativo (BUCCI; DUARTE, 2017).

Na seara que tange a distribuição de medicamentos, sendo um dos principais vetores das demandas judiciais, é extremamente importante fazer uma reanálise do procedimento de acesso à saúde existente, onde muitas vezes ocorre a recusa de fornecimento pela parte administrativa, justificada em lacunas normativas (como a ausência do medicamento no RENAME), sem, por fim, oferecer meios ou alternativas aos pacientes que dependem, onde simples mediações ou diálogos interinstitucionais resultariam em diminuição da judicialização (SILVA, A.,; SCHULMAN, 2017).

A busca de novos métodos que auxiliem no procedimento de prestar o direito à saúde, por vias além do Judiciário, buscando pacificação entre os poderes e atendimento aos anseios da população é de necessidade urgente (SILVA, A.,; SCHULMAN, 2017), cita-se como exemplo, a procura de uma extensão de diálogo entre Poder Judiciário, SUS e demais poderes, visando o fortalecimento de políticas públicas, que por si só, seria indubitavelmente valoroso para a redução dos obstáculos do tema (CARNEIRO, 2015).

2.3.3 Do Papel do Estado

Com o lançamento da nova Carta Magna, constituída em 1988, surgiria no Brasil uma nova forma de Estado, além de uma reestruturação nos demais poderes (BAPTISTA; MACHADO; DE LIMA, 2009), assim como houve também o surgimento das políticas públicas na área da saúde (CORREA, 2017).

Desde este período, incrustou-se no senso comum a ideia de que cabe ao Estado a responsabilidade pela concretização dessas políticas públicas idealizadas pela Constituição Federal, bem como, os demais direitos sociais, assim, os direitos de prestação são vistos como inteiramente exigíveis do órgão público. Nesta linha de raciocínio, encaixa-se também o fornecimento de medicamentos, haja vista, a obrigação constitucional fornecida ao Poder Público em fornecer tais idealizações àqueles que não possuem condições financeiras (BRAUNER; CIGNACHI, 2011).

Novais (2003 apud ALVES; GAERTNER, 2015, p. 13) preceitua que o Estado tem como desafio constante proteger os direitos de seu povo, de forma atuar sempre na adequação de suas políticas e ordenamento: “O dever de proteção se traduz numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica [...] e através dela, os direitos fundamentais sejam garantidos [...]”.

Santos (2018, p. 1) entende ainda que, o dever do Estado em cumprir o Direito à Saúde torna-se válido a partir do momento que as garantias fundamentais de dignidade foram expostas pela Constituição de 1988:

[...] além de buscar assegurar a soberania e a cidadania, também se constitui como objetivo fundamental do nosso Estado Social Democrático de Direito a garantia de uma existência digna a seus cidadãos, pretensão esta que encontra aliado direto nos direitos e garantias fundamentais preconizados no Título II da Carta Política.

Ao analisar o papel do Estado (Executivo e Legislativo) nos anos subsequentes ao surgimento da Constituição Federal atual, é possível observar que os aspectos do direito à saúde ainda se encontram remotos à idealização que foi definida pela Constituinte (BAPTISTA; MACHADO; DE LIMA, 2009).

Embora tenham ocorrido mudanças importantes na atuação federal, durante todo o período não se configurou um projeto positivo abrangente para o Ministério da Saúde, orientado por finalidades coerentes com as diretrizes da Reforma Sanitária, que seriam, no mínimo, a inserção da saúde num novo modelo de desenvolvimento e numa lógica de proteção social abrangente; a busca da consolidação dos princípios e diretrizes do SUS no território nacional e a redução das desigualdades em saúde (BAPTISTA; MACHADO; DE LIMA, 2009, p. 1).

Dando continuidade a esta análise, Baptista; Machado e De Lima (2009), observaram de forma contundente que na seara legislativa o setor da saúde deixou de ser preponderado, no sentido de atender as demandas sociais e passaram a buscar atender interesses privados e corporativos, quais se sobressaem em detrimento do efetivo interesse público, pouco importando ideias em prol do fortalecimento de um sistema de saúde com qualidade, universal e que atue integralmente.

2.3.3.1 Do princípio da reserva do possível

A teoria argumentativa do poder público Estatal a fim de justificar as deficiências na efetivação dos direitos, parte do princípio de limitados recursos financeiros, culminando na aclamação do Princípio da Reserva do Possível (BRAUNER; CIGNACHI, 2011).

Este princípio teve origem em meados do ano de 1972, na Alemanha, através de um julgamento da Corte Alemã (GUIMARÃES; SOBRINHO, 2013), nesta decisão definiu-se que, ainda que a Constituição atue no âmbito protetivo a certos direitos, as ações do Estado só podem ser cobradas observando-se a plausibilidade na possibilidade de efetua-las (ABREU, C., 2015).

Tratando-se do âmbito da saúde, pode se afirmar que este princípio é ainda mais recorrente, afinal, a problemática complica-se ainda mais, levando o poder público a repetidas alegações de falta de recursos e impossibilidade da sua efetivação coletiva (ABREU, C., 2015). Portanto, do ponto de vista do Estado, a escassez dos recursos leva à necessidade de optar por determinadas ações em detrimento de outras (CORREA, 2017).

Embora não exista qualquer impedimento ao Estado, em invocar o princípio da reserva legal, o mesmo não deve ser utilizado irregularmente, isto é, como meio de se desprender do seu dever de cumprimento de políticas públicas (SILVA, K.; VITA, 2014, p. 259).

Na concepção de Araraki e Viero ao realizar ponderações sobre o princípio da reserva do possível, constatou-se que:

A análise da reserva do possível deve ser verificada com cautela no caso concreto, não podendo o conceito dessa teoria se tornar um obstáculo à concretização do mínimo existencial, quando por ineficiência da administração dos recursos financeiros. Deve ser aplicado apenas em casos extremos, quando o fundamento for a igualdade das prestações mínimas existenciais, numa perspectiva universal, e não como justificativa para o Estado não realizar as suas obrigações, afastando direitos fundamentais mínimos dos indivíduos (ARARAKI; VIERO 2018, p. 172).

Como complemento, há de ser considerado o que se diz Araújo, Soares e Rangel, na ótima colocação ao comparar a razoabilidade da aplicação do princípio da reserva legal, em um país como a Brasil, de aspectos sociais extremamente diferentes da Alemanha, onde este princípio nasceu:

Fica evidente que a situação atual brasileira não poderia ser comparada com a aquela vivenciada num passado remoto na

Alemanha, pois, o Brasil é um dos países que atualmente tem uma alta carga de tributação, chegando ao equivalente há 35,13% do PIB, ou seja, há grande quantidade de dinheiro nos cofres públicos. Em razão disso, não poderia, de forma alguma, alegar o princípio da reserva do possível como justificativa para não cumprimento de uma obrigação (ARAÚJO; SOARES; RANGEL, 2017, p. 1).

Pode-se por assim dizer, que o real problema do Brasil e seu poder público, não é indisponibilidade de orçamento para efetivar as políticas públicas previstas em nossa constituinte, mas sim, uma elevada incidência de corrupção, aliada a uma má administração (ARAÚJO; SOARES; RANGEL, 2017), em nenhuma conjectura utilizar o princípio da reserva do possível contra direitos fundamentais deveria ser visto como argumento apto do âmbito estatal, quando afinal, este mesmo argumento se convalida e justifica-se tão somente por sua incompetência e ineficiência (ABREU, C., 2015).

Com a promulgação da Constituinte em 1988, colocou-se sob comando do Estado as garantias previstas na mesma, dentre elas o direito à saúde, assim, de tal modo, não há razoabilidade nas ações do Estado quando este alega falta de condições orçamentárias, haja vista, que tal pretexto frustra inteiramente o fornecimento de políticas públicas, quais fazem parte, justamente de deveres mínimos impostos na Constituição Cidadã (GUIMARÃES; SOBRINHO, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na medida em que acontecimentos históricos foram ocorrendo em âmbito mundial, tais como as grandes guerras e grandes revoluções, os Direitos Fundamentais concretizaram-se cada vez mais e tornaram-se mais complexos, em um bom sentido de englobar e garantir ainda mais direitos. Neste contexto todo surgiu os direitos sociais, dentre estes o direito à saúde, que hoje possui legislações, órgãos e garantias específicas, tamanha sua importância, no Brasil, em especial, destaque, há a garantia constitucional exemplar oferecida pela Carta Magna de 1988. Portanto, este direito consagrou-se como um dos mais importantes e inerentes a outros direitos humanos, tornando-se uma obrigação de Estado zelar e promover, independente de aspectos idealistas.

Com a concretização dos direitos fundamentais e o direito à saúde, deu-se início há centenas de novas questões sobre meios e métodos de efetivação desses direitos. Uma delas, ainda recente no Brasil e no mundo é acerca da substância canabidiol, um derivado da planta Cannabis e tema central deste trabalho que vem ganhando cada vez mais relevância e sendo palco de diversas discussões, não apenas no viés da saúde, mas em outras, como comportamento humano, relações jurídicas e legislativas.

Conhecendo os aspectos históricos e científicos da substância, bem como se comporta as legislações tanto internacionais como nacionais é possível entender a íntima relação de preceitos fundamentais com a concessão, ativismo e atuação de leis em relação a essa substância. Na presente pesquisa, foi possível perceber que embora o direito à saúde tenha se consolidado por anos até chegar ao nível que se encontra, ao adentrar na temática do Canabidiol, ocorre a fácil percepção de que houve mínima evolução neste âmbito, principalmente no Brasil, quando a legislação e as atuações de Estado se encontram longe de efetivamente garantir a dependentes desses fármacos o acesso a seus direitos, onde muitas vezes só se é possível a realização destes direitos através de meios judiciais.

O contexto do Canabidiol Medicinal ganhou campo em 2015 com o emblemático caso de Anny Fischer, e de lá pra cá, ainda que houvesse a criação de leis posteriores, o alcance eficaz aos enfermos foi mínimo, desvirtudes geradas por trâmites burocráticos, alto custo destes medicamentos e escassez de informação. Isso acabou gerando uma alta demanda judicial, quando há dificuldade da população em conseguir seus direitos por meios administrativos, recorrem à judicialização. Embora este método facilite o objetivo dos pacientes, colocou o poder judiciário como centro de uma discussão que não lhe é pertinente e ao instante que assume este papel cuja responsabilidade seria do Executivo e Legislativo, demonstra a completa desarmonia entre os poderes, e um excesso número de ações semelhantes, que não só requer um maior trabalho do Judiciário, como impossibilita uma rápida resposta aos enfermos, quais muitas vezes, ao custo da deterioração de suas condições de saúde, dependem de medidas mais rápidas.

A resolução dessa excessiva judicialização só seria possível através da união dos 3 poderes na busca de fortalecimento das políticas públicas sócias, amplamente asseguradas pela Constituição Federal, além de buscar vias extrajudiciais, como por exemplo, diminuindo a burocracia na seara administrativa do Estado e fortalecendo o sistema de saúde com maior fiscalização e participação da população na tentativa de diminuir os excessivos problemas na área, sendo válido tanto para o problema do Canabidiol, como os demais.

Quanto ao papel do Estado, a Carta Magna de 1988 foi criteriosa ao deixar em mãos do poder estatal a criação de políticas públicas eficientes e demais responsabilidades dos direitos sociais, de tal forma que a preponderância do Estado no sentido de efetivar os direitos fundamentais é fato indiscutível, não abrindo espaço para situações diversas que possibilitem a esquiva dos deveres estatais, pois as necessidades do povo estão em nível supremo a partir do surgimento de nossa Constituição Cidadã.

Em contrapartida, o âmbito estatal de utilizada da argumentação de falta de orçamento e invoca o princípio da reserva do possível como justificava do não

cumprimento de seus deveres, no entanto, pode-se afirmar com segurança que tais fatos invocados destoam da realidade, haja vista que tal princípio surgiu na Alemanha, país de uma realidade social inteiramente diferente da existente no Brasil cujo possui uma das maiores cargas tributárias do mundo. Assim, é fato que o que leva o país a não cumprir com seus preceitos fundamentais, não é a falta de poder financeiro, mas sim, a péssima administração e estonteante corrupção que se há em todas as esferas.

Em vista disso o presente trabalho nada mais constata que o Canabidiol caminha em passos lentos em território nacional, e o Estado, como principal defensor de seu povo, representa não se esforçar em cumprir o que dispõe a Constituição Federal, pois, embora transpareça tentativas benéficas, e até se realize algumas com sucesso, pouco se encontra determinação em seus atos, quando o que se observa, é a instituição de leis que em certo modo estão 'incompletas', além de negativas com baseamento estapafúrdio.

Ora vejamos, atos simples seriam capazes de trazer a resolução da problemática, cita-se como exemplo fundamental, a concessão de permissão do plantio nacional da Cannabis puramente para fins medicinais, o que ainda não ocorre, mas se assim fosse, o Brasil se tornaria capaz de diminuir os custos financeiros de produção e a demanda desses fármacos consideravelmente, mas não o faz, por mero preconceito institucionalizado, que inconsequentemente resiste em quebrar.

O presente trabalho procurou ao máximo demonstrar a relevância dos direitos fundamentais e a importância que se possui a discussão sobre o devido respeito a estes, correlacionados ao debate sobre o uso do Canabidiol com fins medicinais, este que por sua vez vem requisitando cada vez mais atenção especial, cobrando constantemente a necessidade de que o Estado cumpra com suas obrigações constitucionais perante a promoção do direito à saúde, através de suas políticas aplicadas na área, seja, pelo ideal legislativo e executivo, no intuito de proteger e ressignificar estes direitos pertinentes à substância CBD, de modo que seja possível que o acesso seja integrado a todos àqueles dependentes, e assim traga a idealização utópica da verdadeira defesa dos nossos direitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Camila Sousa P. O Direito à saúde, o dever de sua efetivação pelo Estado e o papel do Poder Judiciário. **Âmbito Jurídico**, n. 136, p. 1, 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-saude-o-dever-de-sua-efetivacao-pelo-estado-e-o-papel-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

ABREU, Mafalda. Canabidiol: o que é, para que serve e efeitos colaterais. **Tua Saúde**, p. 1, 2020. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/canabidiol/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

ADJUTO, Graça. OMS divulga recomendação para não catalogar canabidiol como droga. **Agência Brasil**, p. 1, 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-12/oms-divulga-recomendacao-para-nao-catalogar-canabidiol-como-droga>. Acesso em: 23 jun. 2020.

ALVES, Felipe Dalanogare; GAERTNER, Bruna Tamiris. O dever de proteção do estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais: o direito à saúde e a proporcionalidade entre a proibição de proteção insuficiente e a proibição de excesso. *In*: Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, n. 15, 2015, Santa Cruz do Sul/RS. **Anais Eletrônicos ...** Santa Cruz do Sul/RS: Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, 2015. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14313>. Acesso em: 09 nov. 2020.

AMORIM, Tâmara Neto. O direito à saúde e sua judicialização no acesso ao canabidiol. **Âmbito Jurídico**, n. 152, p. 1, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-saude-e-sua-judicializacao-no-acesso-ao-canabidiol/>. Acesso em: 30 out. 2020.

ANVISA. **Perguntas e Respostas**, 1. ed. Brasília, DF: Anvisa. 2014. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33836/2501251/Perguntas+e+Respostas++Produtos+de+Cannabis+-+1%C2%AA+edi%C3%A7%C3%A3o/b6ea8e5b-240a-48fe-ba1c-7116ee4cf095>. Acesso em: 21 jun. 2020.

ANVISA. **Portaria/Svs Nº 344 De 12 De Maio De 1998**. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília, DF: Anvisa. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/PRT_SVS_344_1998_COMP.pdf/a3ee82d3-315c-43b1-87cf-c812ba856144. Acesso em: 21 jun. 2020.

ANVISA. Resolução Da Diretoria Colegiada nº 327, De 9 De Dezembro De 2019. Dispõe sobre os procedimentos para a concessão da Autorização Sanitária para a fabricação e a importação, bem como estabelece requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização de produtos de Cannabis para fins medicinais. Brasília, DF: Anvisa. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/5533192/RDC_327_2019_.pdf/db3ae185-6443-453d-805d-7fc174654edb. Acesso em: 21 jun. 2020.

ANVISA. Resolução Da Diretoria Colegiada nº 335, De 24 De Janeiro De 2020. Define os critérios e os procedimentos para a importação de Produto derivado de Cannabis.

Brasília, DF: Anvisa. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-rdc-n-335-de-24-de-janeiro-de-2020-239866072>. Acesso em: 21 jun. 2020.

ANVISA. Resolução De Diretoria Colegiada nº 17, De 6 De Maio De 2015. Define os critérios e os procedimentos para a importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de Canabidiol. Brasília, DF: Anvisa. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/\(1\)RDC_17_2015_COMP.pdf/9d27a357-8a83-4246-a0b3-2711ef7ad916](http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/(1)RDC_17_2015_COMP.pdf/9d27a357-8a83-4246-a0b3-2711ef7ad916) Acesso em: 21 jun. 2020.

ANVISA. Resolução De Diretoria Colegiada nº 3, De 26 De Janeiro De 2015. Dispõe sobre a atualização do Anexo I, Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998. Brasília, DF: Anvisa. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32132854/do1-2015-01-28-resolucao-rdc-n-3-de-26-de-janeiro-de-2015-32132677. Acesso em: 21 jun. 2020.

ARARAKI, Fernanda Franklin Seixas; VIERO, Guérula Mello. **Direitos Humanos.** Porto Alegre: Grupo A, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595025370>. Acesso em: 09 nov. 2020.

ARAÚJO, Cassiano Silva; SOARES, Hebner Peres; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Teoria da reserva do possível versus direito à saúde: uma reflexão à luz do paradigma da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, n. 164, p. 1, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/teoria-da-reserva-do-possivel-versus-direito-a-saude-uma-reflexao-a-luz-do-paradigma-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 30 out. 2020.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria; MACHADO, Cristiane Vieira; LIMA, Luciana Dias de. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, n. 3, v. 14, p. 1, mai./jun., 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300018. Acesso em: 09 nov. 2020.

BITTENCOURT, Claudia. Anvisa tira canabidiol, derivado da maconha, da lista de substâncias proibidas. **UNASUS**, p. 1, jan., 2015. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/anvisa-tira-canabidiol-derivado-da-maconha-da-lista-de-substancias-proibidas>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BLESSING, Esther M. et al. Cannabidiol as a Potential Treatment for Anxiety Disorders. **Neurotherapeutics**, n. 12, p. 1, out., 2015. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4604171/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BONFÁ, Laura; VINAGRE, Ronaldo Contreiras de Oliveira; FIGUEIREDO, Núbia Verçosa de. Uso de canabinóides na dor crônica e em cuidados paliativos. **Revista Brasileira de Anestesiologia**, v. 58, n. 3, p. 1, mai./jun., 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-70942008000300010. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL, **Constituição Política Do Imperio Do Brazil (De 25 De Março De 1824)**. Rio de Janeiro, RJ: Imperio do Brazil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 16 De Julho De 1934)**, Rio de Janeiro, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1967**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **DECRETO Nº 7.508, DE 28 DE JUNHO DE 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em: 20 de 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. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 8.142, De 28 De Dezembro De 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Brasília, DF: Presidência da

República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 9.782, De 26 De Janeiro De 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (3ª Vara Federal de Brasília). **Ação Ordinária – Sentença**, n. 0024632-22.2014.4.01.3400. Relator: Juíza Maria Cecília de Marco Rocha. Distrito Federal, dez., 2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00246322220144013400&secao=DF&pg=1&enviar=Pesquisar#aba-inteiro-teor>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (3ª Vara Federal de Brasília). **Ação Ordinária – Decisão de Antecipação de Tutela**, n. 0024632-22.2014.4.01.3400. Relator: Juiz Bruno César Bandeira Apolinário. Distrito Federal, abr., 2014. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00246322220144013400&secao=DF&pg=1&enviar=Pesquisar#aba-inteiro-teor>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; CIGNACHI, Janaina Cristina Battistelo. O direito à saúde e o papel do poder judiciário: uma perspectiva acerca das dimensões constitucionais e das tutelas coletivas. **JURIS**, Rio Grande-RS, v. 16, p. 29-48, 2011. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/3420>. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRUCKI, Sonia M. D. et al. Canabinoides e seu uso em neurologia – Academia Brasileira de Neurologia. **Arquivos de Neuro-Psiquiatria**, São Paulo, v. 73, n. 4, p. 371-374, abr., 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X2015000400371. Acesso em: 23 jul. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarisse Seixas. **Judicialização da saúde** - DIG. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211295/>. Acesso em: 30 out. 2020

BUENO, Fernanda Silva. **A Concretização do Direito à Saúde Pelo Poder Judiciário: O Caso Anny Fischer**. 2014. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília-DF, 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/187131038.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

BURGATI, Marcelo de Oliveira. O Caso da Menina Anny Fischer e a Derrotabilidade do Crime de Tráfico de Drogas Ante o Princípio Da Dignidade Humana. **Revista Jurídica**

Luso Brasileira (RJLB), São Paulo, n. 4, p. 1247-1279, 2016. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/4/2016_04_1247_1279.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

CARNEIRO, Alexandre Mansuê Ferreira. **Ações Judiciais de assistência à saúde**: uma caracterização dos dados da Secretaria de Saúde Pública do Pará-SESPA. 2015. Artigo (Mestrado em Gestão de Organizações da Saúde) – Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto – USP, Ribeirão Preto-SP, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/17/17157/tde-07102015-173443/publico/ARTIGO.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

CARVALHO, Cristiane Ribeiro de. et al. **Canabinoides e Epilepsia**: potencial terapêutico do canabidiol. **VITTALLE – Revista de Ciências da Saúde**, v. 29, n. 1, p. 54-63, 2017. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/vittalle/article/download/6292/4740>. Acesso em: 20 jun. 2020.

CASTILHO, Paula de Abreu Pirotta. O direito à saúde nas Cartas constitucionais brasileiras. **Âmbito Jurídico**, n. 127, p. 1, ago., 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-saude-nas-cartas-constitucionais-brasileiras/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600946/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

CHENG, David. et al. Long-Term Cannabidiol Treatment Prevents the Development of Social Recognition Memory Deficits in Alzheimer's Disease. **Journal of Alzheimers Disease**, n. 42, p. 1, jul., 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263934508_Long-Term_Cannabidiol_Treatment_Prevents_the_Development_of_Social_Recognition_Memory_Deficits_in_Alzheimer's_Disease_Transgenic_Mice. Acesso em: 20 jun. 2020.

CINTRA, Caio Henrique de Moraes. O uso medicinal da cannabis e o conflito entre direitos e normas. **Revista Juris UniToledo**, v. 4, n. 1, p. 127-142, jan./mar., 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juris-UNITOLEDO_v.4_n.1.09.pdf. Acesso em: 21 jun. 2020.

COLLUCI, Claudia. Ações judiciais para acesso à Cannabis crescem 1.750% em quatro anos em São Paulo. **Valor Econômico**, São Paulo, p. 1, out., 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/10/06/aes-judiciais-para-acesso->

cannabis-crescem-1750-pontos-percentuais-em-quatro-anos-em-so-paulo.ghtml. Acesso em: 21 jun. 2020.

CORREA, Karina Ambrozio. **Direito à saúde: a responsabilidade do estado e a judicialização da saúde**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade do Norte Novo de Apucarana, Apucarana-PR, 2017. Disponível em: <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974729091845.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2020.

CREMESP. **Resolução Cremesp nº 268**. Regulamenta o uso do canabidiol nas epilepsias mioclônicas graves refratárias ao tratamento convencional. São Paulo, SP: Cremesp, 2014. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Legislacao&id=777>. Acesso em: 07 nov. 2020.

CRIPPA, José Alexandre S.; ZUARDI, Antonio Waldo; HALLAK, Jaime E. C. Uso terapêutico dos canabinoides em psiquiatria. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, v. 32, p. 1, mai., 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462010000500009. Acesso em: 21 jun. 2020.

CUNHA, JM. et al. Chronic administration of cannabidiol to healthy volunteers and epileptic patients. **Pharmacology**, n. 21, p. 1, 1980. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/7413719/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, n. 22, p. 57-63, 1988. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2020.

DESCARTES, René. **Discurso do método**: Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martin Fontes. 3. ed. 2001. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/363690/mod_resource/content/1/DESCARTES_Discurso_do_m%C3%A9todo_Completo.pdf. Acesso em: 21 jun. 2020.

FACUNDO, José Charles Matos; LIMA, Francisca Lidiane de Sousa. A importância do uso medicinal da maconha frente à legislação proibitiva brasileira. **Jus Brasil**, p. 1, 2016. Disponível em: <https://advfacundo.jusbrasil.com.br/artigos/444607128/a-importancia-do-uso-medicinal-da-maconha-frente-a-legislacao-proibitiva-brasileira>. Acesso em: 20 jun. 2020.

FREIRE, Caroline; ARAÚJO, Débora Peixoto de. **Política Nacional de Saúde - Contextualização, Programas e Estratégias Públicas Sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

GODOY-MATOS, Amélio F. et al. O sistema endocanabinóide: novo paradigma no tratamento da síndrome metabólica. **Arquivos Brasileiros de Endocrinologia & Metabologia**, v. 50, n. 1, abr., 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0004-27302006000200025&script=sci_arttext. Acesso em: 21 jun. 2020.

GOMES, Yuri Pereira. A efetividade do direito fundamental à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 por meio de instrumentos de tutela jurisdicional. **Jus Navigandi**, p. 1, out., 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60985/a-efetividade-do-direito-fundamental-a-saude-na-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-de-1988-por-meio-de-instrumentos-de-tutela-jurisdicional>. Acesso em: 20 jun. 2020.

GONTIJO, Érika Cardoso. et al. Canabidiol e suas aplicações terapêuticas. **REFACER**, Goiás, v. 5, n. 1, p. 1-9, 2016. Disponível em: <http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/refacer/article/view/3360/2360>. Acesso em: 21 jun. 2020.

GUIMARÃES, Marcia; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. O direito à saúde sob a ótica do mínimo existencial e da reserva do possível. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí-SC, vol. 4, n. 4, p. 574-594, 2013. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/960/Arquivo%2032.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2020.

GURGEL, Hannah Larissa de Carvalho. et al. Uso terapêutico do canabidiol: a demanda judicial no estado de Pernambuco, Brasil. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 28, n. 3, p. 283-295, set., 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902019000300283#B15. Acesso em: 30 out. 2020.

HUMENHUK, Hesterston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 227, p. 1, fev., 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4839>. Acesso em: 24 jun. 2020.

HURD, Yasmin L. et al. Early Phase in the Development of Cannabidiol as a Treatment for Addiction: Opioid Relapse Takes Initial Center Stage. **Neurotherapeutics**, n. 12, p. 1, out., 2015. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/26269227/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

ILEGAL, A Vida Não Espera. Direção: Tarso Araújo e Raphael Erichsen. Fotografia: Braga. 1h22min, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=rHehU9kh5_0&ab_channel=OriginalThc>. Acesso em: 23 out. 2020.

JACINTHO, J.M.M. **Dignidade Humana Princípio Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

JÚNIOR, Eudes Quintino. Resolução permite o uso de canabidiol. **Jus Brasil**, São José do Rio Preto-SP, p. 1, 2014. Disponível em: <https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/146846434/resolucao-permite-o-uso-de-canabidiol>. Acesso em: 07 nov. 2020.

JUNIOR, Jose Aldizio Pereira. O Poder Judiciário e a sua função constitucional: algumas reflexões. **Conteúdo Jurídico**, p. 1, jul., 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40171/o-poder-judiciario-e-a-sua-funcao-constitucional-algumas-reflexoes>. Acesso em: 21 jun. 2020.

JÚNIOR, Wilson Lessa. Afinal, o que é o canabidiol, ou CBD?. **Sechat**, p. 1, nov., 2019. Disponível em: <https://sechat.com.br/afinal-o-que-e-o-canabidiol-ou-cbd/>. Acesso em 21 jun. 2020.

LAMARCA, A. **Curso expositivo de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

LEHMANN, Christian. et al. Experimental Cannabidiol Treatment Reduces Early Pancreatic Inflammation in Type 1 Diabetes. **Clinical Hemorheology and Microcirculation**, n. 64, p. 1, out., 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309273203_Experimental_cannabidiol_treatment_reduces_early_pancreatic_inflammation_in_type_1_diabetes. Acesso em: 20 jun. 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Direitos Humanos**, 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522488605/>. Acesso em: 07 nov. 2020.

LEMONS, Fábila de Castro. **SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA**: uma análise do direito à saúde e sua concepção atual na sociedade brasileira. 2012. Dissertação (Mestrado profissional em educação profissional em saúde) - Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/xmlui/bitstream/handle/icict/8726/Fabia_Lemos_EPSJV_Mestrado_2012.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 21 jun. 2020.

LIMA, Caio Souza Pitta. Breve aspecto sobre os direitos fundamentais e seus princípios. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, p. 1, out., 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45298/breve-aspecto-sobre-os-direitos-fundamentais-e-seus-principios>. Acesso em: 21 jun. 2020.

MACHADO, Leandro; BARIFOUSE Rafael. Manter cultivo de maconha medicinal proibido multiplicará ações na Justiça, diz presidente da Anvisa. **BBC News Brasil**, p. 1, dez., 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50611878>. Acesso em: 21 jun. 2020.

MACONHA legalizada enfrenta obstáculos no Canadá. **Deutsche Welle**, p. 1, jul., 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/maconha-legalizada-enfrenta-obst%C3%A1culos-no-canad%C3%A1/a-49814349>. Acesso em: 21 jun. 2020.

MALLMANN, Eduardo. Direito à saúde e a responsabilidade do Estado. **DireitoNet**, p. 1, 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MARINHO, Tiago de Lima. Direito à saúde e o Supremo Tribunal Federal: mudanças de posicionamento quanto ao fornecimento de medicamentos. **Âmbito Jurídico**, n. 118, p. 1, nov., 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-a-saude-e-o-supremo-tribunal-federal-mudancas-de-posicionamento-quanto-ao-fornecimento-de-medicamentos/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 8. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

MARQUES, Lucas Renan. A judicialização do direito social à saúde, sua especialidade em relação aos demais direitos sociais e o teor exceptivo frente à reserva do possível. **Âmbito Jurídico**, n. 137, p. 1, jun., 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-judicializacao-do-direito-social-a-saude-sua-especialidade-em-relacao-aos-demais-direitos-sociais-e-o-teor-exceptivo-frente-a-reserva-do-possivel/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. A desjudicialização como forma de acesso à Justiça. **Âmbito Jurídico**, n. 123, p. 1, 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-desjudicializacao-como-forma-de-acesso-a-justica>. Acesso em: 30 out. 2020.

MASSI, Paola; SOLINAS, Marta; CINQUINA, Valentina; PAROLARO, Daniela. Cannabidiol as potential anticancer drug. **British Journal of Clinical Pharmacology**, n. 75, p. 1, abr., 2013. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/224050748> Cannabidiol as potential anticancer drug. Acesso em: 20 jun. 2020.

MEDEIROS, Kézia Sayonara Franco Rodrigues. O controle dos atos da Administração Pública em tempos de pandemia diante da supremacia do direito à vida. **Jus Navigandi**, p. 1, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81931/o-controle-dos-atos-da-administracao-publica-em-tempos-de-pandemia-diante-da-supremacia-do-direito-a-vida>. Acesso em: 21 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**: Série IDP - Linha Doutrina, 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610945/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Regulamentação da Lei 8.080 para fortalecimento do Sistema Único da Saúde: decreto 7508, de 2011. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 6, p. 1, dez., 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000600025. Acesso em: 07 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998**. Dispõe sobre a aprovação da Política Nacional de Medicamentos. Brasília, DF: Ministério da Saúde. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau delegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 21 jun. 2020.

MORALES, Juliana. O que é a Organização Mundial da Saúde e qual a sua função?. **Guia do Estudante**, p. 1, mar., 2020. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/o-que-e-a-organizacao-mundial-da-saude-e-qual-a-sua-funcao>. Acesso em: 21 jun. 2020.

MOREIRA, Vagner Rangel. Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais Prestacionais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, p. 1, fev., 2011. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/23554/eficacia-e-efetividade-dos-direitos-sociais-prestacionais>. Acesso em: 07 nov. 2020.

MORGAN, Celia J A. et al. Cannabidiol Reduces Cigarette Consumption in Tobacco Smokers: Preliminary Findings. **Addictive Behaviors**, n. 38, p. 2433-2436, abr., 2013.

Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/236919748_Cannabidiol_reduces_cigarette_consumption_in_tobacco_smokers_Preliminary_findings. Acesso em: 20 jun. 2020.

MOURA, Elisângela Santos de. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. **Âmbito Jurídico**, n. 114, p. 1, jul., 2013. Disponível em:

https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988/#_ftn7. Acesso em: 20 jun. 2020.

MYERS, Steven Lee. China Cashes In on the Cannabis Boom. **The New York Times**, p. 1, 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/05/04/world/asia/china-cannabis-cbd.html>. Acesso em: 21 jun. 2020.

NASCIMENTO, Flodoaldo da Silva. A Judicialização como consequência de Garantias Constitucionais, e o Ativismo Judicial como protagonismo político dos tribunais. **Âmbito Jurídico**, n. 198, p. 1, 2020. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-judicializacao-como-consequencia-de-garantias-constitucionais-e-o-ativismo-judicial-como-protagonismo-politico-dos-tribunais/>. Acesso em: 30 out. 2020.

NETO, Pedro Antônio Pierro. Uma breve história de 12 mil anos sobre o uso medicinal da Cannabis, por Dr. Pedro Pierro. **Sechat**, p. 1, jan., 2020. Disponível em:

<https://sechat.com.br/uma-breve-historia-de-12-mil-anos-sobre-o-uso-medicinal-da-cannabis/>. Acesso em 21 jun. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional** - Volume Único, 9. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2014. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5496-3/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos Humanos**. São Paulo: Grupo GEN, 2016.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968908/>.

Acesso em: 07 nov. 2020.

OLIVEIRA, Monique Batista. **O medicamento proibido**: como um derivado da maconha foi regulamentado no Brasil. 2016. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016. Disponível em:

<http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/320910>. Acesso em: 20 jun. 2020.

OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Nova Iorque, EUA: Organização Mundial da Saúde, 1946. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.

OMS. **Expert Peer Review for Cannabidiol (CBD)**. Geneva, CH: Organização Mundial da Saúde, nov., 2017. Disponível em: https://www.who.int/medicines/access/controlled-substances/5.2_CBD_PeerReview1.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, FR: Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em:

http://www.mp.go.gov.br/portaWeb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_ho_mem.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

ORDACGY, André da Silva. O direito humano fundamental á saúde pública. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 1, p. 1-20, dez., 2018. Disponível em:

<https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/artide/view/185/162>. Acesso em: 21 jun. 2020.

PALHARES, Gustavo de Lima. O uso medicinal do canabidiol e seu papel no tratamento de doenças. **Revista Hospitais Brasil**, v. 102, p. 1, ago., 2019. Disponível em:

<https://portalhospitaisbrasil.com.br/artigo-o-uso-medicinal-do-canabidiol-e-seu-papel-no-tratamento-de-doencas/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco (8ª Vara da Fazenda Pública).

Procedimento Comum Cível – Antecipação de Tutela, nº 0027155-05.2015.8.17.0001.

Relator: Juiz Mozart Valadares Pires. Recife, out., 2015. Disponível em:

<https://srv01.tjpe.jus.br/consultaprocessualunificada/processo/00271550520158170001>. Acesso em: 23 out. 2020.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Coleção Sinopses Jurídicas 17 - Direito Constitucional:**

teoria geral da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601226/>.

Acesso em: 21 jun. 2020.

POLLO, Luiza. Canabidiol até em bala de goma: o que a febre do produto nos EUA nos ensina. **Uol**, p. 1, ago., 2019. Disponível em:

<https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2019/08/23/o-que-a-febre-do-canabidiol-nos-eua-pode-nos-ensinar.htm>. Acesso em: 21 jun. 2020.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 8/2019**. Regulamenta a utilização de medicamentos, preparações e substâncias à base da planta da canábica para fins medicinais. Lisboa, PT:

Presidência do Conselho de Ministros. Disponível em:
<https://dre.pt/application/conteudo/117821810>. Acesso em: 20 jun. 2020.

PRESTES, Luis. Judicialização da Saúde com Uso de Medicamentos a Base de CBD. **JusBrasil**, p. 1, 2018. Disponível em:
<https://luiscarlosprestes6.jusbrasil.com.br/artigos/643911133/judicializacao-da-saude-com-uso-de-medicamentos-a-base-de-cbd>. Acesso em: 20 jun. 2020.

RASMUSSEN, Bruna. O que mudou nos países que decidiram regulamentar a maconha medicinal. **Hypeness**, p. 1, jul., 2015. Disponível em:
<https://www.hypeness.com.br/2015/07/quais-foram-os-impactos-do-uso-medicinal-da-maconha-nos-paises-que-o-legalizaram/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. O ativismo judicial como mecanismo de garantia do direito à saúde. **Âmbito Jurídico**, n. 113, p. 1, 2013. Disponível em:
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-como-mecanismo-de-garantia-do-direito-a-saude/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. **Revista de Doutrina TRF4**, Porto Alegre, n. 31, p. 1, ago., 2009. Disponível em:
https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html. Acesso em: 20 jun. 2020.

SÁ, Thais Carvalho de. Direito à Saúde Frente às Demandas Judiciais de Medicamentos de Alto Custo. **Âmbito Jurídico**, n. 202, p. 1, 2020. Disponível em:
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-a-saude-frente-as-demandas-judiciais-de-medicamentos-de-alto-custo/>. Acesso em: 30 out. 2020.

SALES, Janyele. O que é canabidiol e para que serve?. **Médico Responde**, p. 1, mai., 2015. Disponível em: <https://medicoresponde.com.br/o-que-e-canabidiol-e-para-que-serve/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

SANTOS, Charlene Cortes Dos. O ser humano e sua cidade: o papel do estado na concretização do direito fundamental social à moradia à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, n. 169, p. 1, 2018. Disponível em:
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ser-humano-e-sua-cidade-o-papel-do-estado-na-concretizacao-do-direito-fundamental-social-a-moradia-a-luz-do-principio-fundamental-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4567769/mod_resource/content/1/1.%20SARLET.%20Ingo%20Wolfgang.%20A%20Efic%C3%A1cia%20dos%20Direitos%20Fundamentais.%20p.%20280-373.pdf. Acesso em: 21 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. As assim chamadas dimensões dos direitos fundamentais e a contribuição de Paulo Bonavides. 2016. *In*: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (Org.). **Democracia e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Grupo GEN, 2016. p. 379-402. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006575/>. Acesso em: 07 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre-RS: Livraria do Advogado Editora, 2006. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/4065026/ingo-wolfgang-sarlet-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-fundamentais-na-const>. Acesso em: 23 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Fillchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, p. 1, jul., 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 21 jun. 2020.

SILVA, Alexandre Barbosa; SCHULMAN, Gabriel. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, Brasília, v. 25, n. 2, p. 290-300, ago., 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422017000200290. Acesso em: 30 out. 2020.

SILVA, Jackelline Sousa; PESSOA, Andréia Nádia Lima de Sousa. Judicialização da saúde e seus impactos como meio de efetivação de direito fundamental. **Âmbito Jurídico**, n. 191, p. 1, dez., 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/judicializacao-da-saude-e-seus-impactos-como-meio-de-efetivacao-de-direito-fundamental/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

SILVA, Karina Zanin Da; VITA, Jonathan Barros. O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun., 2014. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3439/2298>. Acesso em: 09 nov. 2020.

SILVA, Lívia Marcella da. A Legalização do Uso do Canabidiol e Tetrahydrocannabinol no Brasil à Luz do Direito Humano à Saúde. **Âmbito Jurídico**, n. 190, p. 1, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-legalizacao-do-uso-do-canabidiol-e-tetrahydrocannabinol-no-brasil-a-luz-do-direito-humano-a-saude/>. Acesso em: 23 jun. 2020.

SOUZA, Artur César De. **Resolução de Demandas Repetitivas** - Comunicação de demanda individual, Incidente de resolução de demandas repetitivas, Recursos repetitivos. São Paulo: Grupo Almedina, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584930913/cfi/4!/4/4@0.00:42.4>. Acesso em: 30 out. 2020.

SOUZA, Fabrício Alves De; COSTA, Vanuza Pires De. A Concretização do Direito Fundamental à Saúde Pela Via Judicial. **Âmbito Jurídico**, n. 190, p. 1, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-190/a-concretizacao-do-direito-fundamental-a-saude-pela-via-judicial/>. Acesso em: 30 out. 2020.

TOVAR, Juan Camilo Maldonado. Conheça o 'Pai da Cannabis', o cientista que descobriu por que a maconha dá barato. **Vice**, p. 1, fev., 2016. Disponível em: https://www.vice.com/pt_br/article/4xg57b/conheca-o-pai-da-cannabis-o-homem-que-descobriu-por-que-a-maconha-da-barato. Acesso em: 21 jun. 2020.

Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Uniarp. **Normatização de trabalhos acadêmicos**. Caçador: EdUNIARP, 2019. Disponível em: https://www.uniarp.edu.br/home/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2019/09/Normaliza%C3%A7%C3%A3o_EditoraUNIARP2019.pdf. Acesso em: 21 jun. 2020.

VASCONCELLOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609741/>. Acesso em: 07 nov. 2020.

VERBICARO, Loiane Prado. A (i)legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 13 n. 101, p. 445-466, jan., 2012. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/131>. Acesso em: 20 jun. 2020.

WERNER, Patricia Ulson Pizarro. Direito à Saúde. São Paulo. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, São Paulo, n. 1, p. 1, fev., 2018. Disponível em:

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/170/edicao-1/direito-a-saude>. Acesso em: 20 jun. 2020.

XIONG, Wei. et al. Cannabinoids suppress inflammatory and neuropathic pain by targeting $\alpha 3$ glycine receptors. **Journal of Experimental Medicine**, n. 209, p. 1121-1134, mai., 2012. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/224958461_Cannabinoids_suppress_inflammatory_and_neuropathic_pain_by_targeting_3_glycine_receptors. Acesso em: 20 jun. 2020.

ZANELATI, T.V. et al. Antidepressant-like effects of cannabidiol in mice: possible involvement of 5-HT_{1A} receptors. **Br J Pharmacol**, n. 159, p. 1, dez., 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/40680017_Antidepressant-like_effects_of_cannabidiol_in_mice_Possible_involvement_of_5-HT_1A_receptors. Acesso em: 20 jun. 2020.

ZUARDI, Antonio Waldo. et al. A Critical Review of the Antipsychotic Effects of Cannabidiol: 30 Years of a Translational Investigation. **Current Pharmaceutical Design**, n. 18, p. 1, jun., 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/227707576_A_Critical_Review_of_the_Antipsychotic_Effects_of_Cannabidiol_30_Years_of_a_Translational_Investigation Acesso em: 20 jun. 2020.

O DIREITO À SEGURANÇA SOCIAL E AS PLATAFORMAS DE TRABALHO DIGITAL: CRÔNICA DE UMA MORTE ANUNCIADA?

BIANKA ZLOCCOWICK BORNER DE OLIVEIRA:

Advogada e Procuradora do Município de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Pós-graduada em Direito Tributário pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. 111

Resumo: O artigo visa examinar os fundamentos jurídico-constitucionais do direito à segurança social e os impactos das novas plataformas de trabalho digitais na sustentabilidade do sistema constitucional de segurança social. A análise tem por foco a marginalização dos trabalhadores dessas plataformas do sistema de segurança social, suas consequências em longo prazo, e as responsabilidades individuais e públicas pela garantia do direito à segurança social desses trabalhadores. Partindo desse cenário, o trabalho busca examinar experiências estrangeiras e propostas de inclusão no âmbito da União Europeia.

Palavras-chave: segurança social; trabalhadores; plataformas de trabalho digitais; responsabilidade; inclusão.

Abstract: The article aims to examine the legal and constitutional foundations of the right to social security and the impacts of new work digital platforms on the sustainability of the constitutional social security system. The analysis focuses on the marginalization of these workers of the social security system, its long-term consequences, and the individual and public responsibilities for guaranteeing the right to social security for these workers. Based on this scenario, the work seeks to examine foreign experiences and proposals for inclusion within the European Union.

Keywords: social security; workers; work digital platforms; responsibility; inclusion.

1.Introdução

Em *Les Misérables* (1862), Victor Hugo retrata o cenário de profunda desigualdade social e miséria enfrentadas pela população na França do século XIX. A história da personagem *Fantine* apresenta especial interesse para o presente trabalho. *Fantine* foi demitida da fábrica onde trabalhava depois que seu supervisor descobriu que, no passado, ela engravidou de um estudante que a abandonou, e deu à luz a uma filha “ilegítima”, chamada *Cosette*. Após sua abrupta demissão, *Fantine* foi relegada a um cenário de

111 E-mail: biaborner@gmail.com.

absoluta miséria, vendo-se obrigada a vender os próprios cabelos, os dentes e até a se prostituir para obter o mínimo para sua própria subsistência e de sua filha.

Ao analisar a situação da população judaica pobre antes da criação do Estado de Israel (1948), Michael Walzer aponta a dependência do *tzedaká*,¹¹² um mandamento moral de caridade judaico que possui duas dimensões, a da filantropia (doação) e da justiça social (obrigação). O autor, então, observa como um sistema de solidariedade unicamente privado, baseado na caridade, pode ser prejudicial para a concretização da justiça social, uma vez que permite aos ricos decidirem quanto e quais bens irão doar e submete os pobres à posição de pedintes.¹¹³

Embora obviamente distintas, as duas situações narradas possuem um ponto em comum: tanto na França do século XIX, como no caso da população judaica dispersa pelo mundo, não havia um Estado Social que garantisse o direito à segurança social e protegesse os direitos mínimos da população em casos de vulnerabilidade.

Em um ou outro caso, a inexistência de um sistema de segurança social sujeitava os indivíduos, nos momentos de maior necessidade material - seja pelo desemprego, invalidez, velhice - ao total desamparo ou, quando muito, à caridade dos mais ricos.

A segurança social surge, neste sentido, para garantir a todos os indivíduos o mínimo de dignidade existencial, em sua acepção individual, mas também para assegurar o bem-estar social, na sua acepção coletiva.

No presente trabalho, inicialmente, de forma bastante resumida, serão resgatadas as origens e finalidades essenciais da segurança social, como forma de contextualizar as discussões atuais.

Em um segundo momento, o estudo será voltado para o regime constitucional da segurança social na Constituição da República Portuguesa de 1976 e o papel do Estado como provedor do direito à segurança social, assim como a divisão de responsabilidades pela concretização desse direito entre os particulares e Estado. Em seguida, serão expostas as linhas gerais da arquitetura geral do sistema português de segurança social e as críticas quanto à sustentabilidade do sistema.

Ultrapassadas as linhas gerais, serão abordadas as novas relações de trabalho em plataformas digitais, a marginalização dos trabalhadores desse setor do sistema de seguridade social e os possíveis riscos sociais aos quais estão submetidos. Também neste

¹¹² A origem da palavra deriva do hebraico *tzedek*, que pode ser traduzido por justiça ou justiça social.

¹¹³ WALZER, Michael. "On Humanitarianism: Is Helping Others Charity, or Duty, or Both." *Foreign Affairs*, vol. 90, no. 4, July/August 2011, p. 73.

tópico, será examinado o tratamento atual dessas novas relações pelo ordenamento jurídico e as perspectivas futuras.

Por fim, as ideias serão sumarizadas e apresentadas de maneira conjugada, a fim de fazer um panorama da importância da segurança social, a sua proteção constitucional e os desafios trazidos pelas novas tecnologias, que incitam a sua adaptação e revisão constantes.

2.O direito à segurança social: linhas gerais

O desenvolvimento dos sistemas estatais de segurança social está fortemente ligado à revolução industrial, em finais do século XIX, quando os indivíduos deixaram a vida rural, a economia de subsistência, e passaram a trabalhar nas indústrias, por conta de outrem. A mecanização da produção, combinada com longas jornadas de trabalho, e total desregulação das relações trabalhistas, conduziram a um cenário de miséria, exclusão social e insegurança, que exigiam mudanças, seja do ponto de vista individual, seja do coletivo.

Também não se pode olvidar que, nesse mesmo contexto, cresciam os movimentos da classe operária, as reivindicações de sufrágio universal, o desenvolvimento do pensamento marxista e a introdução do princípio do Estado Social no cenário constitucional.¹¹⁴

Neste processo, foram desenvolvidos dois modelos básicos de segurança social, o primeiro por Bismark, na Alemanha, e o segundo por Beveridge, no Reino Unido.

O sistema alemão proposto por Bismark foi revolucionário para a época, na medida em que criou um seguro obrigatório e imprimiu ao Estado o papel de promotor do bem-estar da coletividade e principalmente dos mais necessitados. A reforma bismarckiana criou o seguro doença (1883), o seguro de acidente de trabalho (1884) e o seguro de invalidez e velhice (1889). Contudo, a proteção atingia parcela restrita da sociedade,¹¹⁵ ou seja, não era universal.

Esse modelo tem matriz *comutativa*, isto é, visa assegurar a cada trabalhador, nos períodos de inatividade, uma renda em contrapartida às suas contribuições. Em outras

114 LOUREIRO, João Carlos. *Cidadania, Proteção Social e Pobreza Humana*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 90, no. 1, 2014, p. 77-78.

115 Apenas abrangia trabalhadores que recebiam salários inferiores a uma certa faixa cf. DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Droit de la sécurité sociale*. 17^a Ed., 2011, Dalloz, p. 23.

palavras, o sistema se baseia na máxima "*à chacun selon son travail*".¹¹⁶ O sistema bismarckiano, assim, promoveu uma integração do proletariado, ou da comunidade do trabalho, mas deixou à margem aqueles que não estavam nela inseridos.

Após a emergência do capitalismo e a crise da bolsa de Nova Iorque de 1929, o modelo de Bismark, pela sua limitação, mostrou-se insuficiente para fazer frente a todas as mazelas sociais que assolavam a população. Esse contexto foi agravado pela crise social verificada durante a Segunda Guerra Mundial, o que levou o *Sir Beveridge*, em 1942, a propor um novo sistema de segurança social, que tinha como objetivo garantir uma segurança social *universal e uniforme*,¹¹⁷ que visava a proteção de todos os cidadãos, perante todos os riscos de necessidade, incluindo os cuidados de saúde, desde o nascimento até a morte.¹¹⁸

Esse modelo ganhou mais força após a Segunda Guerra Mundial, momento de grave crise social e grande ascensão dos direitos humanos, nomeadamente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948),¹¹⁹ e de afirmação do papel do Estado como responsável pela concretização desses direitos.

Neste cenário, o direito à segurança social, apesar de assumir contornos jurídicos diferentes em cada Estado, a depender da estrutura de governo, econômica, social e cultural, surgiu com finalidades similares: garantir um mínimo de segurança material individual e ao mesmo tempo, uma integração coletiva, mais forte ou mais fraca.¹²⁰

A proteção da segurança social é o reconhecimento, individual e coletivo, de que a condição humana é dotada de vulnerabilidade. Como afirma João Carlos Loureiro "vulnerabilidade que rima com necessidade acrescida de proteção".¹²¹

Assim, a segurança social é uma resposta coletiva a um conjunto de necessidades socialmente reconhecidas, selecionadas pelo critério do mínimo existencial, em que o Estado, seja diretamente ou com a cooperação de entidades não governamentais, assume o dever de, por meio de prestações em dinheiro ou espécie, garantir a satisfação, cobrindo

116 A cada um de acordo com o seu trabalho (tradução livre).

117 De acordo com Dupeiroux, o seguro seria uniforme no sentido de ser fixado em uma base mínima igual para todos os cidadãos (DUPEYROUX, *Jean-Jacques*. Op. cit., p. 35)

118 BEVERIDGE, William. *Social Insurance and Allied Services* [SIAS], London: HMSO, Cmd. 6404, 1942.

119 Artigo 22º (seguridade social), artigo 23º (direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego) e artigo 25º (mínimo existencial).

120 DUPEYROUX, Op cit., p. 5.

121 LOUREIRO, João Carlos. *Cidadania, Proteção Social e Pobreza Humana*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 90, no. 1, 2014, p. 76.

os défices individuais de rendimento, surgidos em função de alguma privação, seja temporária ou permanente.¹²²

3.O regime constitucional da segurança social

A Constituição da República Portuguesa de 1976, no seu artigo 63.º, prevê que “todos têm direito à segurança social” e que “o sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho”.

Neste sentido, o direito à segurança social se articula com dois princípios basilares da Constituição portuguesa: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, previstos simbolicamente no artigo 1º da carta constitucional.

Numa perspectiva kantiana, ao declarar a dignidade da pessoa humana como base de todo o ordenamento jurídico e da República, a Constituição de 1976 coloca a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado.¹²³

Como ressalta Jorge Miranda “a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”.¹²⁴ Em outras palavras, não é possível ignorar as diversas realidades sociais e comunitárias em que as pessoas estão inseridas. É por esta razão que a concretização do direito à dignidade da pessoa humana impõe ações positivas, a fim de superar as desigualdades sociais, pois não é possível uma sociedade livre sem garantir o mínimo necessário à dignidade de todos.

Neste sentido, a dignidade aponta para uma articulação com a solidariedade, como “expressão de uma exigência de cuidado fundamental com o outro”.¹²⁵ Solidariedade, portanto, não apenas no sentido de caridade, que é facultativa, mas no de justiça social, como um dever de todos. Michael Walzer relembra a noção antiga de justiça social, no sentido de que “[...] *some part of everyone's wealth belongs to the political community,*

¹²² LOUREIRO, João Carlos. *A segurança social, o seguro social: novos perímetros e universalidade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 94, no. 1, 2018, p. 672.

¹²³ MIRANDA, Jorge. *A Constituição e a Dignidade da Pessoa Humana*. Didaskalia, XXIX, 1999, p.473-485.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ LOUREIRO, João Carlos. *Constituição da Segurança Social: Sujeitos, Prestações e Princípios*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, 84, p. 189-250.

which makes economic activity and peaceful accumulation possible and it can and should be used to promote the well-being of all the members of the community".¹²⁶

Dessa forma, o direito à segurança social vem garantir que o acesso a certos bens (no sentido fático e jurídico), por responderem a necessidades básicas a uma existência digna, devem ser assegurados a todos, independentemente da capacidade econômica, do mérito, ou outros fatores.

3.1 O Estado Social como provedor da segurança social

O artigo 63.º da Constituição da República Portuguesa estabelece que "incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários."

A norma vem na esteira do princípio da socialidade (ou da democracia econômica, social e cultural, como prefere chamar J. J. Gomes Canotilho), consagrado no núcleo firme do Estado Constitucional democrático (artigos 2.º, 9.º, 80.º e 81.º).

Como leciona J. J. Gomes Canotilho, a socialidade é uma "*imposição* constitucional conducente à adoção de medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos econômicos, sociais e culturais. (ex.: rendimento mínimo garantido, subsídio de desemprego)".¹²⁷

Nesse contexto, o Estado Social assume o papel de protagonista e responsável principal pela promoção do direito à segurança social, devendo garantir os direitos básicos de subsistência dos cidadãos, a justiça social, o bem-estar coletivo e o enfrentamento das desigualdades sociais.

Na medida em que o funcionamento do mercado, o *laissez-faire*, não conduz automaticamente à distribuição dos bens e direitos de forma igualitária entre os cidadãos, a Constituição impõe ao Estado Social a função de promover a adequada redistribuição justa dos bens sociais.

¹²⁶ WALZER, Michael. Op. Cit., p. 71.

¹²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed., Almedina, 2018, p. 342.

Assim, na Constituição portuguesa, o Estado Social *deve* garantir a todos o acesso a um sistema de segurança social, que assegure as condições materiais mínimas para a existência humana condigna.¹²⁸

3.2 Segurança social: responsabilidade do Estado e a responsabilidade individual na balança

Apesar do protagonismo constitucional do Estado Social na proteção e na concretização do direito à segurança social, a Constituição da República Portuguesa não exclui a responsabilidade pessoal e coletiva na prossecução dos valores jurídicos tutelados. Pelo contrário. No artigo 63.º da Constituição, nota-se que a segurança social pressupõe a cooperação entre Estado e sociedade na busca dos fins constitucionais.

No seu relatório publicado em 1942, Beveridge já lançava luz ao princípio da cooperação entre Estado e indivíduo para o alcance da segurança social, e salientava que, a par do mínimo nacional garantido pelo sistema, caberia a cada indivíduo voluntariamente buscar mais para si mesmo e sua família.¹²⁹

Daí advém a ideia de subsidiariedade da segurança social, que decorre da noção de responsabilidade própria pela dignidade da pessoa humana.¹³⁰ Contudo, essa subsidiariedade não deve ser entendida em um sentido de hierarquia, ou seja, a responsabilidade primária do indivíduo e secundária do Estado, mas de cooperação.

Quanto a essa questão, interessante observar as diferenças apontadas por Amartya Sen quanto à divisão de responsabilidades pela segurança social entre o Estado e o indivíduo nos Estados Unidos da América e na Europa. Enquanto a cultura norte-americana do "*self-help*" imprime principalmente ao indivíduo a responsabilidade para obter os direitos básicos como saúde e segurança social, a Europa tende a imputar o peso dessa responsabilidade majoritariamente ao Estado Social. ¹³¹

A ausência de políticas públicas de segurança social nos Estados Unidos gera impactos relevantes em termos de desigualdade, como no exemplo citado por Amartya

128 LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social: O Insustentável Peso do Não-Ter*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 83, 2007, p. 124.

129 BEVERIDGE, William. Op. Cit.

130 LOUREIRO, João Carlos. *Constituição da Segurança Social: Sujeitos, Prestações e Princípios*, 2008, p.194.

131 Sen, Amartya. "Inequality, Unemployment and Contemporary Europe." *International Labour Review*, vol. 136, no. 2, Summer 1997, p. 155-172.

Sen sobre taxa de mortalidade e esperança de vida dos negros, que possuem indicadores piores que países como Sri Lanka, Índia e Kerala. 132

Por outro lado, a sobrecarga da responsabilidade do Estado pode levar a duas consequências negativas: de um lado, pode ocasionar o esgotamento dos recursos financeiros, a instabilidade fiscal e, conseqüentemente, a ineficácia do direito à segurança social; por outro, pode produzir um desincentivo à iniciativa e aos esforços individuais.

Nesta linha, Amartya Sen propõe o direcionamento das políticas públicas que foquem no combate à privação das capacidades básicas, e não apenas da renda. Segundo o autor, esse tipo de abordagem tende a ser mais eficaz contra a pobreza, pois afasta distorções que podem ser criadas pelo próprio beneficiário e garante que as políticas atinjam quem realmente necessita e cumpram as suas finalidades sociais. Além disso, Amartya Sen também ressalta que o direcionamento das políticas públicas gratuitas deve visar o público-alvo dos necessitados, e não aqueles que podem pagar por elas. Desse modo, a disponibilização deve apurar a capacidade econômica do indivíduo, a partir do “teste de meios”.¹³³

A aplicação dessa técnica no sistema português pode gerar algumas polêmicas, pois admite uma mitigação do princípio da universalidade previsto no artigo 63.º da CRP. No entanto, a análise sistemática das normas constitucionais permite a interpretação da “universalidade na necessidade”, ou seja, deve ter acesso à prestação do Estado, aquele que demonstre não ter os meios necessários à sua subsistência.

3.3. A responsabilidade do mercado

Além de contribuírem de forma geral para a justiça social por meio dos impostos, as empresas também têm sua responsabilidade direta na promoção dos direitos sociais de seus trabalhadores, dentre os quais o direito à segurança social.

Neste sentido, teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que determina o cumprimento desses direitos também nas relações entre particulares, decorre do reconhecimento de que as desigualdades estruturantes da sociedade não se situam apenas na relação entre o Estado e os particulares, mas também entre os próprios particulares.

No caso dos direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais se insere o direito à segurança social, a principal corrente doutrinária aponta para uma eficácia horizontal

132 Idem.

133 SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Companhia de Bolso. Tradução Laura Teixeira Motta, 2010. E-book;

“mediata” ou “indireta”, que impõe ao legislador a tarefa de concretizar os direitos sociais nas relações privadas; e obriga o intérprete a uma interpretação conforme a constituição (daí se falar, atualmente, em “constitucionalização” do direito civil, laboral, consumerista, entre outros).¹³⁴

Sobre essa matéria, J. J. Gomes Canotilho afirma que a Constituição portuguesa aponta para uma eficácia horizontal dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em suas palavras: “o comércio jurídico privado está, portanto, vinculado pelos direitos fundamentais sociais sobretudo no que respeita ao núcleo desses direitos intimamente ligados à dignidade da pessoa humana”.¹³⁵

Assim, o mercado tem participação fundamental na promoção da segurança social, de modo que as empresas devem ser chamadas a contribuir para a proteção do direito em favor dos seus trabalhadores, na medida em que se beneficiam diretamente desse trabalho.

4. A arquitetura do sistema português de segurança social

O sistema de segurança social português está estruturado nos seguintes princípios: i) princípio da universalidade, que garante o acesso de todos à proteção contra os riscos sociais;¹³⁶ ii) princípio da igualdade, que assegura a não discriminação dos beneficiários; iii) princípio da equidade social, que se propõe a garantir a igualdade material, isto é, o tratamento diferente em situações desiguais; iv) princípio da coesão intergeracional, fundado no equilíbrio e equidade geracionais na assunção das responsabilidades do sistema; v) princípio da solidariedade, que aponta a responsabilidade coletiva pela realização das finalidades do sistema; vi) princípio da subsidiariedade, que indica o papel essencial das pessoas, famílias e outras instituições na prossecução dos fins da segurança social; vii) princípio da participação, que pressupõe a participação dos interessados na definição, planeamento e gestão do sistema; e, por fim, viii) princípio do primado da responsabilidade pública, que transfere ao Estado o principal papel na criação de condições necessárias à efetivação do direito à segurança social.¹³⁷

¹³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit, p. 483.

¹³⁵ Idem, p. 484.

¹³⁶ Cf. afirma João Carlos Loureiro, o acesso vai além da noção de cidadão para abranger estrangeiros e apátridas, todos os indivíduos que se encontrem no território de Portugal (*A segurança social, o seguro social...* Op. cit., p. 673).

¹³⁷ COELHO, Miguel Teixeira. Segurança Social: Passado, Presente e Futuro. Vida Econômica – Editorial S.A., 2019.

De acordo com a arquitetura desenhada na Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro), o sistema se divide em Sistema Previdencial, e Sistema de Proteção Social e Cidadania, além do Sistema Complementar.

O Sistema Previdencial está assente na solidariedade profissional, um modelo que tem base contributiva, de responsabilidade dos beneficiários e dos empregadores, e lógica comutativa, de modo que só tem acesso aos benefícios aqueles que contribuem para esse subsistema. Assim, o subsistema previdencial visa garantir a segurança dos trabalhadores em casos de eventualidades como invalidez, desemprego, doença, maternidade, paternidade, adoção e na velhice.

A norma portuguesa impõe a obrigatoriedade de inscrição no Sistema Previdencial apenas para os *trabalhadores por contra de outrem*, em relação aos quais a contribuição é custeada pelo empregador em benefício do trabalhador, e para os *trabalhadores independentes*, cuja contribuição é paga pelo próprio beneficiário.

Já o Sistema de Proteção Social e Cidadania, funda-se na solidariedade nacional, de base não contributiva, e tem por finalidade efetivar o direito ao mínimo de existência condigna de todos, garantir a igualdade de oportunidades, bem como promover o bem-estar e a coesão social. Esse subsistema protege a generalidade das pessoas em situações de vulnerabilidade, sendo financiado através de transferências do Orçamento de Estado (sobretudo impostos) e outras bases (transferências da União Europeia, jogos sociais, por exemplo).

Neste contexto, João Carlos Loureiro ressalta a função da segurança social para a promoção da cidadania ao atuar como "um direito gerador de igualdade", na medida em que "a igualdade de oportunidades é elemento essencial na estruturação de uma cidadania social". Em outras palavras, "trata-se de permitir o acesso a um conjunto de bens básicos, independentemente do mérito ou da capacidade de pagamento, mas a partir da necessidade".¹³⁸

A partir da estrutura exposta, é possível observar que o sistema de segurança social português (assim como muitos outros no mundo) mescla os modelos laboral-contributivo e assistencial-não contributivo, admitindo-se, no primeiro caso, a limitação da proteção social a um certo grupo de pessoas. No segundo caso, porém, considera-se que a essencialidade dos bens protegidos é tão evidente, que deve ser garantida a todos, independentemente de qualquer condição.

138 LOUREIRO, João Carlos. *Cidadania, Proteção Social e Pobreza Humana*...p. 82.

Por fim, o Sistema Complementar visa o reforço da segurança social, a partir de iniciativas coletivas (regimes profissionais complementares) ou individual (poupança-reforma, seguros de vida, entre outros).

4.1. Crise à vista

A partir de 1980, os sistemas de segurança social são afetados por uma crise financeira ou de capacidade, de eficiência e de legitimidade.¹³⁹ Desde então, tem-se observado, com frequência, diversas críticas ao Estado Social, por vezes tido por paternalista ou assistencialista, ineficiente e insustentável.

Embora algumas críticas tenham caráter meramente ideológico, muitas parecem ter fundamento. Neste sentido, Miguel Coelho aponta diversas fragilidades do sistema de segurança social português atual, tais como a complexidade, a iniquidade, dificuldade de controle, arquitetura financeira inadequada, e fraco desenvolvimento do sistema complementar.¹⁴⁰

Além dos problemas de administração do sistema, há questões demográficas, econômicas e sociais que ameaçam o futuro do sistema de segurança social. Por exemplo, segundo Miguel Coelho, a sustentabilidade do Sistema de Proteção Social de Cidadania dependerá do crescimento econômico do País, uma vez que as transferências do Orçamento do Estado já têm um grande peso no PIB e seria inaceitável aumentar a já excessiva carga fiscal.¹⁴¹

Neste sentido, Pereirinha aponta que, caso não adotadas as reformas necessárias, o sistema enfrentará grandes desafios para sua sobrevivência: i) a sustentabilidade dos riscos sociais clássicos (desemprego, pensões, doenças, etc.); ii) proteção dos novos riscos sociais inerentes às transformações sociais e econômicas; e a estes acrescenta o desafio de “garantir que ambos os riscos sociais (os riscos sociais clássicos e os novos riscos sociais) são protegidos de forma ‘adequada’ (isto é, que garantam a dignidade humana na realização desses direitos – satisfação das necessidades sociais) e de forma a assegurar a equidade na sua realização”.¹⁴²

¹³⁹ DUPEYROUX, Jean-Jacques. Op. Cit., 53.

¹⁴⁰ COELHO, Miguel. Op. Cit., p. 95-124.

¹⁴¹ Idem, p. 113.

¹⁴² PEREIRINHA, J.A. Pobreza e novos riscos sociais em Portugal: uma análise da despesa social. In Albuquerque, C. & Luz, H.A. (coord.). Políticas Sociais em tempos de crise – perspectivas, tendências e questões críticas. Lisboa: Pasctor, 2016, pp.127-143.

5. As novas tecnologias de serviços em plataformas digitais a segurança social

É notório o crescimento das plataformas digitais nos últimos anos. Hoje, é comum a utilização dos serviços disponibilizados *on-line* por plataformas digitais de *delivery* de refeições, compras, transporte individual, de mercadorias, entre outros.

Muitas vezes chamadas de “economia compartilhada”, “economia colaborativa” ou “*gig economy*”, as plataformas digitais de trabalho podem ser definidas como redes digitais que coordenam prestações de serviços de mão-de-obra por meio de algoritmos.¹⁴³

Não há dúvidas de que a entrada dessas empresas na economia gera oportunidades de inserção no mercado de trabalho para muitos que estavam em situação de desemprego ou subutilização e surge como uma nova fonte de renda, o que contribui para a subsistência pessoal e da família.¹⁴⁴

Contudo, apesar do grande festejo dessas novas tecnologias, é preciso lembrar que elas dependem do trabalho de seres humanos. Não há *Uber*, *Glovo*, *Ifood*, sem o trabalho dos entregadores e motoristas.

Ocorre que, o modelo de negócio adotado pela maioria das plataformas digitais não trata o trabalhador como empregado, mas, sim, como um prestador de serviços independente, muitas vezes utilizando termos atraentes como “parceiro de negócios”. Consoante o Relatório da Comissão Europeia produzido pelo *Joint Research Centre (JRC)* em 2018, as condições laborais, a representação laboral e a proteção social neste tipo de contratação “*are at best unclear, at worst clearly unfavourable*”.¹⁴⁵

Por um lado, a prestação de serviço pelas plataformas digitais envolve um grau de flexibilidade e autonomia que muitos consideram incompatível com o conceito tradicional de relação de emprego, que exige a presença de subordinação. Por outro lado, há estudos

143 Cf. EUROPEAN COMMISSION. Joint Research Centre (JRC) Technical Reports. Digital Labour Platforms in Europe: Numbers, Profiles, and Employment Status of Platform Workers. Cesira Urzì Brancati, Annarosa Pesole, Enrique Fernández-Macías, 2019. Disponível em: < <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC112157>>. Acesso em 30/04/2021.

144 Cf. Relatório JRC cit., 10% da população adulta europeia já prestou serviços para plataformas digitais e 2% tem esse trabalho como principal fonte de rendimento. Disponível em: < <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC112157>>. Acesso em 30/04/2021.

145 Disponível em: < <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC112157>>. Acesso em 30/04/2021.

que indicam a presença de “dependência econômica”¹⁴⁶ nas relações entre trabalhadores e plataformas digitais, que conduziriam a uma relação de “parassubordinação”¹⁴⁷. A reforçar esse argumento, aponta-se que os contratos são de adesão, isto é, elaborados unilateralmente pelas plataformas e, além disso, são elas que detêm o controle da gestão do trabalho, fixam os preços, as condições do serviço, escolhem o cliente, além de possuírem diversos mecanismos de controle do serviço prestado pelo trabalhador.

Para além das diversas questões laborais subjacentes à relação entre as plataformas e o trabalhador, importa analisar, para fins do presente estudo, os riscos sociais aos quais estão submetidos esses trabalhadores, decorrentes da marginalização do sistema previdencial, e os reflexos de um possível sobrecarregamento do sistema assistencial, e as expectativas futuras para o enfrentamento da questão.

5.1. A marginalização dos trabalhadores do sistema de segurança social

Em estudo realizado pela Comissão Europeia, verificou-se que, dentre os trabalhadores que usam as plataformas digitais como principal fonte de renda, o perfil mais comum é de homens jovens.¹⁴⁸ Por sua vez, a composição familiar majoritária indica que os trabalhadores estão inseridos em casais com filhos dependentes.¹⁴⁹

Tais dados são importantes para desmistificar a ideia do trabalhador de plataforma digital como “jovem solteiro” e apontar para as preocupações sociais em termos de responsabilidade familiar, o que inclui os direitos das crianças dependentes, não apenas de subsistência financeira, mas de cuidado, convívio e lazer.

Os dados da Comissão Europeia também denotam o nível de dependência financeira desses trabalhadores em relação às plataformas digitais, e principalmente, o

146 CHESALINA, Olga. *Access to social security for digital platform workers ins Germany and in Russia: a comparative study*. *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*. N.º 1-2, Vol. 7, noviembre 2018, p. 19.

147 A noção de parassubordinação foi desenvolvida na doutrina italiana, no qual foi criada a figura da *parasubordinazione*, para contemplar as relações de trabalho em que há um vínculo de dependência substancial e disparidade contratual. Outros países europeus possuem figura semelhante, como a Alemanha (*Arbeitnehmerähnliche*), a Inglaterra (*workers*), e Espanha (*trabajadores autónomos económicamente dependientes*) cf. SILVA, Otávio Pinto e. *O trabalho parassubordinado*. 2002). O trabalho parassubordinado. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 97, 195-203.

148 Cf. Relatório JRC cit., 37.8% são homens jovens (abaixo dos 35 anos), 35.9% homens acima dos 35 anos, 15.7% mulheres jovens, e 10.6% mulheres acima dos 35 anos.

149 Cf. Relatório JRC cit., 29% fazem parte de casais acima dos 35 anos com filhos, e 27% casais jovens com filhos.

vínculo direto entre a remuneração e a performance no trabalho.¹⁵⁰ Não há remuneração por horas de descanso, como almoço, férias, e nem em caso de afastamento por razões médicas.

Pelo tipo de contratação atualmente praticada no mercado de plataformas digitais, os trabalhadores não têm o mesmo *status* legal de “empregado” ou “trabalhador por conta de outrem”, o que gera inúmeras consequências em termos de proteção social. De fato, em muitos ordenamentos jurídicos, o sistema de segurança social só é obrigatório para o “empregado” tradicional, e não confere o mesmo regime de proteção social a outros tipos de segurados facultativos.¹⁵¹

Em termos globais, o inquérito do Bureau Internacional do Trabalho (BIT) de 2017 revelou que a cobertura da proteção social nos serviços de plataformas digitais é inversamente proporcional ao grau de dependência do indivíduo em relação ao trabalho nas plataformas digitais.¹⁵² Ou seja, os trabalhadores que usam as plataformas digitais como principal fonte de renda são os mais desprotegidos, principalmente no que diz respeito a planos de pensão ou de reforma.¹⁵³

Disso resulta o aumento dos riscos sociais ligados a uma interrupção do trabalho desses trabalhadores, como nos casos de desemprego, doença, acidentes de trabalho, maternidade, paternidade, adoção, invalidez e velhice. Dessa forma, a proteção social inadequada pode colocar os trabalhadores de plataformas digitais em um alto risco de pobreza e exclusão social, elevando os níveis de desigualdade social.

Para além disso, a marginalização desses trabalhadores dos sistemas previdenciais pode resultar no subfinanciamento do sistema de segurança social,¹⁵⁴ já que não haverá contribuição empresarial e quotização dos trabalhadores. Com isso, há o risco de

150 Cf. Relatório JRC cit., a remuneração normalmente é baseada na performance (61%), sendo que grande parte é associada a um valor fixo pago diária ou mensalmente pela prestação de serviços (39%). A renda proveniente do trabalho nas plataformas representa, para 38% dos trabalhadores, 25% da renda pessoal; para 29% dos trabalhadores, ela representa entre 26 e 50%, e para 6% dos trabalhadores, representa entre 76% e 100%.

151 No sistema alemão, por exemplo, não há obrigatoriedade de inscrição dos trabalhadores digitais no sistema de segurança social cf. CHESALINA, Olga. Access to social security for digital platform workers ins Germany and in Russia: a comparative study. Spanish Labour Law and Employment Relations Journal. N.º 1-2, Vol. 7, noviembre 2018, pp. 17-28.

152 Bureau Internacional do Trabalho (BIT), 2017. Relatório Mundial sobre Proteção Social 2017–19: Proteção social universal para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Genebra).

153 Apenas cerca de 16% desses trabalhadores estavam cobertos por um plano de reforma, em comparação com 44% daqueles para quem o trabalho nas plataformas digitais não era a principal fonte de rendimento.

154 Bureau Internacional do Trabalho (BIT), 2020. As plataformas digitais e o futuro do trabalho: Promover o trabalho digno no mundo digital. (Genebra).

sobrecarregar o sistema assistencial, uma vez que, se o trabalhador não encontra amparo no sistema previdencial, o grau de suscetibilidade à pobreza se eleva, aumentando a necessidade dos benefícios do sistema assistencial.

Considerando a ausência ou limitações orçamentárias já encontradas nos sistemas assistenciais, um cenário desse tipo gera uma previsão nada favorável aos sistemas de segurança social.

5.2. Modelos e propostas de inclusão

O Direito, enquanto estratégia de condução social, se baseia no momento passado para reger relações futuras. Não se trata, pois, de um fenômeno estático, mas em constante construção.

No caso do mercado de trabalho, as novas modalidades laborais, por meio de plataformas digitais, distanciaram-se significativamente das relações de emprego tradicionais, o que gera insegurança jurídica quanto aos direitos de proteção social dessas novas classes de trabalhadores.

Neste contexto, um cenário de “plataformização” do mercado de trabalho e das condições laborais exige uma profunda revisão das instituições laborais e dos sistemas de segurança social.¹⁵⁵

Em Portugal, a proporção de trabalhadores em plataformas digitais já atingiu uma estimativa de 10.6% da população adulta em 2017, a terceira maior taxa da União Europeia, atrás apenas do Reino Unido (12%), em primeiro lugar, e da Espanha (11.6%), em segundo.¹⁵⁶

Diante do cenário de insegurança jurídica atual, organizações trabalhistas e trabalhadores individuais travam uma luta pela equiparação à figura do “empregado” tradicional ou do “trabalhador por conta de outrem”, a fim de obterem os direitos e garantias mínimos laborais e de proteção social.

No entanto, como já dito, diante das especificidades dessa nova modalidade de trabalho, há certa dificuldade em enquadrá-la dentro das características do conceito de relação de emprego tradicional, o que, muitas vezes, resulta na frustração da proteção dos direitos desses trabalhadores.

155 Relatório da Joint Research Centre (JRC) em 2018. Disponível em: <<https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC112157>>. Acesso em 30/04/2021

156 Idem.

Ainda que não se reconheça o vínculo de emprego tradicional, os mandamentos constitucionais sobre a segurança social exigem uma resposta por parte do Estado para a proteção desses trabalhadores.

Neste sentido, algumas propostas sugerem a criação de uma nova categoria *sui generis* de beneficiário da segurança social, uma espécie de “trabalhador equiparado”,¹⁵⁷ que garanta um nível mínimo de proteção social para os trabalhadores de plataformas digitais e responsabilize a empresa ou o cliente pelo financiamento.¹⁵⁸

Embora possa enfraquecer a luta pela equiparação desses trabalhadores à figura do “empregado” tradicional, a criação de uma nova modalidade pode ser mais adequada à realidade da relação laboral, e por fim à insegurança sobre a proteção social desses trabalhadores.

Outro ponto importante em uma proposta de regulação dessa nova relação consiste na responsabilidade pelo financiamento do sistema. Isso porque, é preciso ter cautela para não deslocar a responsabilidade pelo financiamento da empresa para o trabalhador.

Em um contexto de economia globalizada e altamente digitalizada, marcada pela presença da “*gig economy*”, como já referido, a desigualdade intrínseca nas relações de trabalho se torna flagrante, acentuando a vulnerabilidade e hipossuficiência do trabalhador. Para ilustrar o que foi dito, basta observar que os contratos de trabalho são de adesão, ou seja, elaborados unilateralmente pelas plataformas sem qualquer intervenção do trabalhador, as comissões são geralmente baixas,¹⁵⁹ e a interação se dá completamente por meio de máquinas, o que dificulta o exercício de qualquer tipo de manifestação pelo trabalhador.

Dessa forma, embora seja discutível o reconhecimento do vínculo laboral tradicional, ante a constatação de certa flexibilização nessa nova forma de trabalho, constata-se uma relação de dependência econômica e desigualdade contratual.

É necessário, portanto, reconhecer a responsabilidade das plataformas digitais, que se beneficiam e lucram com a atividade prestada pelo trabalhador, pela promoção da

¹⁵⁷ Na mesma linha das categorias de parassubordinação, com a regulação dos direitos laborais e o reconhecimento de proteção social para esses trabalhadores.

¹⁵⁸ Cf. CHESALINA, Olga. Access to social security for digital platform workers ins Germany and in Russia: a comparative study. Spanish Labour Law and Employment Relations Journal. N.º 1-2, Vol. 7, noviembre 2018, pp. 17-28

¹⁵⁹ Na Uber, a remuneração é composta por um valor base de R\$ 1,50 por viagem, somado ao valor do Km rodado, que em São Paulo é de R\$ 1,05, e ao valor de tempo transcorrido de R\$ 0,19 por minuto. Assim, por exemplo, uma viagem de 10 Km e 20 minutos, irá render R\$15,80, sendo que do total do rendimento, cerca de 20% é repassado para a Uber. Ver: < <https://www.uber.com/pt-BR/blog/entenda-taxa-servico/>>.

segurança social. Neste sentido, Amartya Sen relembra, ainda, o papel da ética empresarial, que é pouquíssimo reconhecido, e muitas vezes ignorado, em economias capitalistas desenvolvidas.¹⁶⁰

Assim, sob o enfoque da eficácia horizontal da socialidade, é necessário que o legislador crie meios de responsabilizar a plataforma digital pela garantia da proteção do direito à segurança social dos trabalhadores.

Abaixo serão analisados alguns exemplos do tratamento atual do tema, e as iniciativas no âmbito da União Europeia.

5.2.1. O modelo português

No sistema português, já foi dito que o Sistema Previdencial tem base de incidência contributiva, de modo que o acesso é limitado aos trabalhadores inscritos no sistema, sendo obrigatória nas categorias de trabalhador por conta de outrem ou trabalhador independente.

Considerando que os trabalhadores de plataformas digitais não estão inseridos no primeiro grupo, restar-lhes-iam a inserção no grupo de trabalhadores independentes, para os quais a contribuição prevista na lei gira em torno de 20% sobre uma base de 70% dos rendimentos do trabalhador.

Neste contexto, o Decreto-Lei n.º 2/2018, de 9 de janeiro, reformulou o regime contributivo dos trabalhadores independentes, com o objetivo de combater a precariedade nas relações laborais destes trabalhadores, de forma a tornar o regime mais amplo e acessível.

Contudo, o enquadramento dos trabalhadores de plataformas digitais nesta categoria pode não ser adequado aos fins constitucionais da segurança social. Isso porque, ao contrário dos tradicionais "recibos verdes", que em geral prestam serviços intelectuais, são autônomos ou empreendedores, a realidade de grande parte dos trabalhadores digitais é de dependência econômica e desigualdade contratual em relação aos "*gig economy*".

Disso decorre que, ao deslocar todo o ônus pelo financiamento do sistema ao próprio trabalhador, sem qualquer contribuição da plataforma, há uma distorção do princípio da solidariedade que rege o sistema. Mais ainda, isso pode gerar uma rede de informalidade, com a total marginalização desses trabalhadores do Sistema Previdencial e,

¹⁶⁰ SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Companhia de Bolso. Tradução Laura Teixeira Motta, 2010. E-book;

consequentemente, a perda de benefícios como seguro doença, seguro maternidade, paternidade e adoção, seguro desemprego, seguro de acidentes de trabalho e doenças profissionais, pensão por invalidez, velhice e morte.¹⁶¹⁻¹⁶²

Por outro lado, a marginalização desses trabalhadores pode ocasionar o subfinanciamento do Sistema Previdencial e o consequente sobrecarregamento do Sistema de Proteção Social de Cidadania, que como apontado em tópico anterior, já está no seu limite.

Recentemente, o governo português deu indicativos de que está em linha com as mudanças, ao apresentar o *Livro Verde do Futuro do Trabalho*,¹⁶³ no qual aponta para a necessidade de adequação do sistema de segurança social às novas formas de trabalho. No capítulo dedicado ao trabalho em plataformas digitais, o mencionado Livro sugere como linhas de reflexão: i) “regular o trabalho em plataformas digitais e criar um sistema contributivo e fiscal adaptado a esta nova realidade”, ii) “criar uma presunção de laboralidade”, iii) “garantir o acesso a proteção social adequada dos trabalhadores”, e iv) “melhorar o enquadramento contributivo e fiscal destas atividades, tanto na ótica da clarificação e efetividade das obrigações dos empregadores como do acesso a mecanismos contributivos e direitos por todos os trabalhadores da plataforma”.

No entanto, pelo fato de o Livro Verde não ter força normativa, é possível dizer que ele representa apenas um passo preliminar nas mudanças que devem ser implementadas no sistema português, diante da crise que se anuncia, para garantir a adequada proteção social desses trabalhadores e a sustentabilidade do sistema.

5.2.2. O caso inglês

Em 19 de fevereiro de 2021, a Suprema Corte do Reino Unido concluiu o julgamento do caso *Uber BV and others v. Aslam and others*,¹⁶⁴ que originalmente cuidou de ação laboral proposta por ex-trabalhadores que usavam o aplicativo de transporte *Uber* para prestar serviços de transporte em Londres. Na decisão, o *Lord Leggatt* analisa o sistema da

161 CHESALINA, Olga. Access to social security for digital platform workers ins Germany and in Russia: a comparative study. Spanish Labour Law and Employment Relations Journal. N.º 1-2, Vol. 7, noviembre 2018, pp. 17-28

162 Artigo 52.º da Lei de Base da Segurança Social.

163 O Livro Verde é um documento preparatório de consulta aos cidadãos, cujo objetivo é fomentar o debate público. Disponível em: https://www.staaezn.pt/_files/200000901-9c5ef9c5f4/LivroVerdeFuturoTrabalho_300321_CPCS.pdf. Acesso em 01/05/2021.

164 UNITED KINGDOM. The Supreme Court. *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*. Judgment given on 19 february 2021. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>. Acesso em 30/04/2021.

plataforma *Uber* e concluiu que as características contratuais, nomeadamente, (i) a gestão do serviço é feita pela plataforma (remuneração, preços, termos e condições de serviço, gestão de clientes, etc.), e (ii) as diversas formas de controle do trabalhador constantes no aplicativo (taxas de aceitação e cancelamento de viagens, avaliações dos clientes, etc.), e (iii) a ausência de comunicação entre o trabalhador e o cliente, apontam para um quadro de “dependência e subordinação”. No entanto, a Suprema Corte concluiu que os trabalhadores não se enquadram no conceito típico de “employee”, uma vez que possuem certa flexibilidade e autonomia, mas no conceito de “worker”, previsto na seção 230(3) do *Employment Rights Act 1996*:

(b) any other contract, whether express or implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual;

Apesar da relevância da decisão, não ficou claro se o reconhecimento do *status* de “worker” garantirá os mesmos direitos de proteção social que o “employee”, uma vez que o *Employment Rights Act 1996*, ao tratar do seguro doença, maternidade, paternidade, entre outros, usa especificamente o termo “employee”.

De qualquer forma, a decisão teve repercussões favoráveis no plano fático, pois a plataforma digital decidiu reclassificar todos os trabalhadores do Reuni Unido como “worker” e garantir direitos mínimos como férias, salário mínimo, e inscrição em um plano de previdência, com financiamento da empresa e dos trabalhadores e a manutenção de seguro privado em caso de doença, acidente, e licença parental.¹⁶⁵

5.2.3. As iniciativas da União Europeia

O direito à segurança social está positivado em diversos diplomas da União Europeia, tais como no artigo 153. do Tratado de Lisboa (2007), no artigo 34.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), além de ter sido elegido em diversos princípios do Pilar Europeu dos Direitos Sociais (2017).

Em tempos de globalização e digitalização, torna-se importante a criação de um tratamento comum sobre a proteção mínima social para essa nova modalidade de

¹⁶⁵ Sobre o assunto, conferir <https://www.bbc.com/news/business-56412397>. Acesso em 30/04/2021.

trabalho, assim como as condições de pagamento das contribuições sociais ao nível da União Europeia.

Desde 2016, a Comissão Europeia tem envidado esforços para entender as especificidades dessas novas modalidades de trabalho, com o escopo de orientar os Estados-Membros e definir um tratamento uniforme e coerente com os direitos protegidos pelo direito comunitário.

Em 2017, o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão proclamaram o Pilar Europeu dos Direitos Sociais, em que são indicados os princípios para conduzir a uma Europa “justa, inclusiva e plena de oportunidades”, relacionados ao mercado de trabalho e a proteção da segurança social. Além dessa, outras ações foram apresentadas para lidar com as mudanças nas instituições laborais dos últimos anos, como a Diretiva (UE) 2019/1152 relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, e Diretiva (UE) 2019/1158 relativa a Conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores.

Além disso, em 2019, o Conselho adotou uma Recomendação (UE) 2019/C 387/01, relativa ao acesso à proteção social dos trabalhadores por conta de outrem e por conta própria, na qual estabelece, como princípio geral, “a cobertura efetiva de todos os trabalhadores, independentemente do tipo de relação de trabalho, e dos trabalhadores por conta própria”.

6. Conclusão

O direito à segurança social é corolário dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade e adquiriu *status* de direito social universal na Constituição da República Portuguesa de 1976.

A Constituição portuguesa garante a todos o direito à proteção social e impõe ao Estado Social o dever de criar os meios necessários ao exercício deste direito. Contudo, apesar do protagonismo do Estado, a responsabilidade pela segurança social exige a cooperação do indivíduo, da sociedade e, inclusive, do mercado.

As inovações no mercado de trabalho desafiam os sistemas tradicionais de segurança social e exigem transformações. O trabalho em plataformas digitais possui especificidades atípicas e encontra dificuldades de enquadramento nas categorias legais dos regimes de segurança social. Embora não se enquadre na típica relação de “trabalhador por conta de outrem”, há indicativos de “dependência econômica” e hipossuficiência desses trabalhadores em relação às plataformas.

Dessa insegurança jurídica decorre a marginalização desses trabalhadores do Sistema Previdencial e a consequente perda de proteção contra doenças, acidente de

trabalho, licença parental, pensão de invalidez e velhice, o que resulta na elevação da pobreza e da exclusão social.

Assim, independentemente do enquadramento laboral, cabe ao Estado tomar as medidas necessárias para garantir a proteção do direito à segurança social desses trabalhadores, seja por meio de alterações nas categorias existentes ou na criação de uma nova categoria.

No processo de inclusão social desses trabalhadores, tendo em vista as características de dependência existentes, é importante atrair a participação das plataformas digitais no financiamento do Sistema Previdencial, como mecanismo de solidariedade, justiça social e cidadania.

As novas tecnologias, sem afastar o importante papel econômico que desempenham, não podem ficar à margem da regulação estatal e devem assumir o seu compromisso na contribuição para uma sociedade livre, justa e solidária.

Ao contrário dos habitantes de Riohacha, que, mesmo cientes, nada fizeram para evitar o assassinato de Santiago Nasar na famosa obra *Crônica de uma morte anunciada*, de Gabriel Garcia Marquez, o Estado precisa agir para evitar o colapso da segurança social que se anuncia caso não sejam adotadas as medidas para inclusão dos trabalhadores de plataformas digitais no sistema.

Referências bibliográficas

BEVERIDGE, William. Social Insurance and Allied Services [SIAS], London: HMSO, Cmd. 6404, 1942;

BUREAU INTERNACIONAL DO TRABALHO (BIT). 2017. Relatório Mundial sobre Proteção Social 2017 –19: Proteção social universal para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Genebra);

_____, 2020. As plataformas digitais e o futuro do trabalho: Promover o trabalho digno no mundo digital. (Genebra);

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed., Almedina, 2018, p. 342;

CHESALINA, Olga. Access to social security for digital platform workers ins Germany and in Russia: a comparative study. Spanish Labour Law and Employment Relations Journal. N.º 1-2, Vol. 7, noviembre 2018, pp. 17-28;

COELHO, Miguel Teixeira. *Segurança Social: Passado, Presente e Futuro*. Vida Econômica – Editorial S.A., 2019;

DUPEYROUX, *Jean-Jacques*. *Droit de la sécurité sociale*. 17^a Ed., Dalloz, 2011;

EUROPEAN COMMISSION. Joint Research Centre (JRC) Technical Reports. Digital Labour Platforms in Europe: Numbers, Profiles, and Employment Status of Platform Workers. Cesira Urzì Brancati, Annarosa Pesole, Enrique Fernández-Macías, 2019. Disponível em: Disponível em: <<https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC112157>>. Acesso em 30/04/2021;

LOUREIRO, Joao Carlos. "Adeus ao Estado Social: O Insustentavel Peso do Nao-Ter." *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 83, 2007, p. 99-182;

_____. *Constituição da Segurança Social: Sujeitos, Prestações e Princípios*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2008, 84, p. 189-250;

_____. *Cidadania, Proteção Social e Pobreza Humana*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 90, no. 1, 2014, p. 77-78;

_____. *A segurança social, o seguro social: novos perímetros e universalidade*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 94, no. 1, 2018, p. 667-692;

MIRANDA, Jorge. *A Constituição e a Dignidade da Pessoa Humana*. Didaskalia, XXIX, 1999, p.473-485;

PEREIRINHA, J.A. *Pobreza e novos riscos sociais em Portugal: uma análise da despesa social*. In Albuquerque, C. & Luz, H.A. (coord.). *Políticas Sociais em tempos de crise – perspectivas, tendências e questões críticas*. Lisboa: Pasctor, 2016, pp.127-143;

SEN, Amartya. "Inequality, Unemployment and Contemporary Europe." *International Labour Review*, vol. 136, no. 2, Summer 1997, p. 155-172;

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. Companhia de Bolso. Tradução Laura Teixeira Motta, 2010. E-book;

SILVA, Otávio Pinto e. *O trabalho parassubordinado*. 2002). *O trabalho parassubordinado*. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 97, 195-203;

WALZER, Michael. "On Humanitarianism: Is Helping Others Charity, or Duty, or Both." *Foreign Affairs*, vol. 90, no. 4, July/August 2011, p. 69-80;

Legislação e jurisprudência

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976;

_____ Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro, aprova as bases gerais do sistema de segurança social;

_____. Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro, aprova o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social;

_____. *Livro Verde Para o Futuro do Trabalho*. Disponível em: https://www.staezn.pt/files/2000009019c5ef9c5f4/LivroVerdeFuturoTrabalho_300321_CPCS.pdf. Acesso em 01/05/2021;

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2019/1152 relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia;

_____ Diretiva (UE) 2019/1158 relativa a Conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores.

_____ Recomendação (UE) 2019/C 387/01, relativa ao acesso à proteção social dos trabalhadores por conta de outrem e por conta própria;

UNITED KINGDOM. The Supreme Court. *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*. Judgment given on 19 february 2021. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>. Acesso em 30/04/2021;

_____ *Employment Rights Act* 1996.

A DUALIDADE ENTRE A FORÇA DO DIREITO E AS AUTORIDADES FRENTE A DIFERENTES NÚCLEOS SOCIAIS E CULTURAIS

MARINA BORTOLETTO MORENO:

Advogada de Societário, M&A, Mercado Financeiro e Capitais. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Mestranda (em andamento) no Núcleo de Direito das Relações Econômicas Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP166

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar a problemática envolvendo a dualidade entre o que teria maior poder em um núcleo social onde preconizam-se “leis” sociais substancialmente defeituosas. Se seria a autoridade que transmite e pressupõe um elo de confiança com aqueles que estão a ela subordinados ou seria a força coercitiva que o direito transmite, entre a análise de aplicação do pluralismo jurídico e as diferenças em núcleos sociais. Além disso, se o contexto de autoridade se aplica tão somente a um indivíduo ou é um conceito expansivo que pode abranger uma comunidade que se organiza conforme seus valores morais e sociais que não estariam teoricamente englobados pelas normas positivadas dentro do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: autoridade; núcleo social; força do direito; relativismo cultural; direito de pasárgada.

THE DUALITY BETWEEN THE FORCE OF LAW AND THE AUTHORITIES IN THE DIFFERENT SOCIAL AND CULTURAL CENTERS

ABSTRACT: The present study aims to analyze the problem involving the duality between what would have greater power in a social core where social “laws” are advocated preventing defective ones, would be the authority that transmits and supported a link of trust with those who are in it. subordinates or would be the coercive force that the law transmits, between the analysis of the application of legal pluralism and the differences in social nucleus. In addition, the context of authority applies only to an individual or is an expansive concept that can encompass a community that organizes itself according to its moral and social values that would not be theoretically encompassed by the positive norms within the legal system.

166 E-mail: mb.moreno@outlook.com

Keywords: authority; social nucleus; force of law; cultural relativism; right of pasárgada.

1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade existem regras positivadas aplicadas a todos que nela estão inseridos; entretanto, o que não se observa no aspecto individual é que a norma não analisa os aspectos das sociedades marginais que não estão efetivamente incluídos no entendimento do homem médio.

Assim, quando se fala em força do direito para uma sociedade marginalizada, nem sempre esta será a regra que terá maior validade em sua concepção factual, dado que, dentro do contexto individual de determinado núcleo social, há leis substancialmente defeituosas, não positivadas em sua maioria, que são impostas por uma autoridade que ali figura nesse papel.

Note-se que não falamos, aqui, de uma autoridade na condição de um agente público do Estado, mas de uma figura que representa um vínculo de autoridade nos núcleos marginalizados, que por promover uma hierarquia social e um elo de confiança com aquela parcela social traz de forma compelida a posição de autoridade.

A autoridade se perfaz, nesse contexto, de forma semelhante aos modelos tirânicos, onde as regras sociais de determinados núcleos são efetivadas pela ameaça da força. Logo, o medo é um fator substancial para que essa autoridade tenha tal posição.

Trazendo à baila o contexto relacionado à força do direito, fica a indagação de onde estaria, para esse núcleo social marginalizado, a coerção do Direito Social Comum (assim denominaremos o direito aplicável à sociedade como um todo), dado que, frente à ameaça imposta pelo medo de uma autoridade singular de um contexto próprio, está mais próximo da sua realidade factual do que o Direito Social Comum.

2 A ORIGEM DE APLICAÇÃO INDIVIDUAL E COLETIVA DA CONDUTA

Para o início dessa análise, vale-se fazer uma sintaxe da característica que a conduta humana pode se perfazer, nota-se que diferentes aspectos de conduta dentro de uma sociedade delimitam como as normas vão se moldar e serem positivadas para a sua efetiva aplicação. Nesse sentido, KELSEN, transmite que:

A referência da conduta de um a outro ou a vários outros indivíduos podem ser individual, como no caso da norma que vincula toda e qualquer pessoa a não matar outra pessoa, ou da norma que obriga o devedor a pagar ao credor determinada soma de dinheiro, ou da norma que a todos obriga a respeitar a propriedade alheia. Essa referência, porém, também pode ter um caráter coletivo. A conduta que é regulada por uma norma que obriga ao

serviço militar não é a conduta de um indivíduo em face de outro indivíduo determinado – como no caso da norma que proíbe o homicídio –, mas a conduta desse indivíduo em face da comunidade jurídica, isto é, em face de todos os subordinados à ordem jurídica, de todas as pessoas pertencentes à comunidade jurídica.¹⁶⁷

Nesse sentido, a partir da percepção de que a conduta humana pode ser classificada como individual ou coletiva, analisa-se também a aplicação da norma em seu sentido estrito de forma individual ou coletiva, fazendo uma conexão com o objeto desse estudo, uma vez que, ao analisarmos determinados núcleos sociais, vislumbra-se que há a regra geral devidamente positivada dentro do ordenamento jurídico de aplicação coletiva a todos; entretanto, nem sempre a sua aplicação se perfaz na efetividade das realidades de núcleos sociais marginalizados, pois as regras parecem ter uma aplicação abstrata frente a determinados cenários que se distanciam do que é considerado o padrão tomado pela norma positivada para sua aplicação.

A partir desse pressuposto, de que há uma regra geral que deve ser aplicada coletivamente, mas que pode se distanciar individualmente da conduta de determinado núcleo social, questiona-se sobre qual seria a efetividade da força do direito e sua coerção implícita quando a regra positivada se torna abstrata à realidade individual.

Se o Direito não fosse definido como ordem de coação mas apenas como ordem posta em conformidade com a norma fundamental e esta fosse formulada com o sentido de que as pessoas se devem conduzir, nas condições fixadas pela primeira Constituição histórica, tal como esta mesma Constituição determina, então poderiam existir normas jurídicas desprovidas de sanção, isto é, normas jurídicas que, sob determinados pressupostos, prescrevessem uma determinada conduta humana, sem que uma outra norma estatuísse uma sanção para a hipótese de a primeira não ser respeitada. ¹⁶⁸

Assim, depreende-se que a sanção e a coerção implícita pela norma preconizam a ação de determinada conduta humana – mas, em análise de um núcleo social onde tenhamos uma construção social diferente, a composição da conduta humana seria baseada somente na imposição da coerção da norma jurídica ou da figura de autoridade que ali se estabelece.

3 A DISPOSIÇÃO DA FIGURA DE AUTORIDADE

¹⁶⁷KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 35.

¹⁶⁸Ibidem, p. 59.

Para início dessa explanação, é válido trazer uma passagem de SCHAUER, Frederick, em seu livro que cita o experimento realizado pelo psicólogo Stanley Milgram de Yale, qual seja, a conclusão que se toma:

Mas, e o Milgram? De 1963 a 1974, o psicólogo Stanley Milgram, de Yale, conduziu uma série de experimentos agora notórios, nos quais os indivíduos eram instruídos a infligir quantidades crescentes de dor (através de choques elétricos) a várias vítimas, supostamente como parte de um experimento de punição por aprendizados. Na realidade, as vítimas não receberam choque elétrico algum, e o experimento não foi sobre o efeito da punição no aprendizado, mas sobre obediência à autoridade. Os sujeitos, no entanto, cuja maioria seguiu as instruções para infligir dor, não sabiam disso na época. Assim, os experimentos de Milgram foram amplamente citados como suporte à conclusão de que as pessoas obedecerão à autoridade até o ponto de fazerem coisas que de outra forma não fariam e que, de outra forma, achariam inaceitáveis por razões morais ou outras.¹⁶⁹

A partir dessa explicação, conseguimos definir um aspecto em relação à questão de autoridade, apesar de a norma estabelecer as diretrizes da conduta humana valendo-se de uma coação por meio de sanção para se tornar efetiva, ao mesmo tempo, a figura da autoridade toma um viés de sobreposição de poder, de modo que as pessoas passam a ter determinadas condutas conforme preconiza aquela autoridade onde se estabelece um vínculo de confiança. Note que Schauer ainda traz novamente esse estabelecimento do vínculo de obediência à autoridade com o vínculo de obediência à norma jurídica.

Para nossos presentes propósitos, parece que a lição que podemos tirar dos experimentos de Milgram é que as pessoas farão coisas que uma figura de autoridade lhes disser para fazer, mesmo que seu julgamento “independente -da-autoridade” diga-lhes para não fazer.¹⁷⁰

A conduta humana é guiada, muitas vezes, pela obediência das pessoas ao que elas entendem dentro do seu contexto social como sendo o mais correto, ainda que pela ordem jurídica seja uma conduta vedada. Há a flexibilização humana quanto ao que é a conduta efetivamente coerente para aquele contexto, fazendo com que a obediência à autoridade

¹⁶⁹ SCHAUER, Frederick. *A força do Direito*. Trad. Andre Luiz Freire. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022, p. 106.

¹⁷⁰ SCHAUER, Frederick. *A força do Direito*. Trad. Andre Luiz Freire. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022, p. 106.

independa de sanções, pois aquele que está sendo o patamar de autoridade para determinadas pessoas pode ser um parâmetro para obediência e respeito.¹⁷¹

Posso obedecer a meus pais por respeito a eles, mas não ter o mesmo respeito pelo direito. E posso entender que inúmeras tarefas sociais exigem que alguém esteja no comando sem acreditar que o direito seja muitas vezes o melhor candidato para esse papel. De fato, a distância do direito em relação a seus sujeitos pode tornar a obediência jurídica menos provável do que em alguns desses outros exemplos e a distância do direito em relação a seus sujeitos pode tornar mais necessário para o direito ter sanções à sua disposição do que para sargentos, pais, professores, e comandantes de botes salvavidas. ¹⁷²

Por esse distanciamento, do direito positivado em normas jurídicas ao indivíduo, a figura da autoridade toma uma posição, em alguns contextos, de superioridade e de maior valor, pois ela está mais próxima da realidade do indivíduo do que a ordem jurídica, que parte de uma abstração que por vezes pode estar longe da realidade daquele núcleo social.

4 O PLURALISMO JURÍDICO

Ante a exposição até então apresentada, salienta-se, através do estudo de Boaventura de Sousa Santos¹⁷³, o Direito de Pasárgada, que traz muito a concepção de que o direito comum, positivado no ordenamento jurídico, não se assemelha a algumas realidades, justamente em caso do estudo promovido aqui apresentar a figura da autoridade – como, em alguns aspectos, uma silhueta do pluralismo jurídico.

Depreende-se que o direito, apesar de ser um composto normativo que tem a pretensão de ser único, abarca uma relação jurídica fora do escopo do direito estatal positivado. Há, assim, esse pluralismo jurídico, entendendo-se a presença de outro sistema jurídico em funcionamento dentro da mesma localização geográfica, mas que não é o direito estatal positivado e institucionalizado.

Parece claro que o esforço do pluralismo está voltado para a edificação de um espaço social de mediação que se contraponha aos extremos da fragmentação atomista e da ingerência desmensurada do

¹⁷¹SCHAUER, Frederick. *A força do Direito*. Trad. Andre Luiz Freire. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022, p. 107-108.

¹⁷²Ibidem, p. 108.

¹⁷³SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito dos Oprimidos*. sociologia crítica do direito - Parte 1. São Paulo: Cortez, 2014.

Estado. Desse modo, como prevalência de corpos sociais intermediários, o pluralismo tem sempre sua luta articulada contra o “estatismo” e o “individualismo”. Ainda que o pluralismo possa aproximar-se do individualismo, porquanto implica o direito particular à autonomia e à diferença, ambos não se confundem. Diferentemente do individualismo, a dimensão pluralista não se limita a conclamar à realização estritamente particular de cada um, mas sim à particularidade de cada um com uma diferença.¹⁷⁴

Em “o Direito de Pasárgada”, Boaventura de Sousa Santos salienta o estudo realizado em uma comunidade no Rio de Janeiro, onde, por questões de confidencialidade, a comunidade foi denominada como Pasárgada.

Durante esse estudo, contempla-se a análise rica das diferenças estruturais do direito, que é o que rege as relações dentro desse núcleo social; um direito paralelo interno, diferente do que Boaventura chama de direito estatal, que é o direito institucionalizado, que comumente conhecemos. Nesse sentido, ele transmite que:

Conclui-se que, à luz do conhecimento antropológico e sociológico do direito, resulta com segurança que as diferenças verificadas entre o direito de Pasárgada e o direito estatal são expressão de variações significativas entre os fatores (ou variáveis complexas) analisados, as quais se podem formular, em termo de correlação, da seguinte forma: *A amplitude do espaço retórico do discurso jurídico varia na razão inversa do nível de institucionalização da função jurídica e do poder dos instrumentos de coerção a serviço da produção jurídica.* Esta formulação da covariação múltipla entre fatores pressupõe, por um lado, a possibilidade de mediação rigorosa dos valores relativos de cada um deles e, por outro, a determinação das relações internas entre os fatores que na estrutura das correlações funcionam como variáveis independentes (o nível de institucionalização da função jurídica e o poder dos instrumentos de coerção).¹⁷⁵

Dentro desse contexto, no estudo de Boaventura, o resultado dessa ordem jurídica paralela exprime-se na reunião de membros fazendo uma associação para dirimir conflitos

¹⁷⁴WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, Ebook, p. 188, *apud* ANSART, Pierre. Op. cit., p. 172-173. <Disponível na biblioteca eletrônica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP>.

¹⁷⁵SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito dos Oprimidos: sociologia crítica do direito - Parte 1*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 43-44.

de ordem interna, que não envolvam matéria de ordem criminal, por uma questão de exposição ao Estado e a possível pretensão de ser ilegalizada, mas seria o meio pelo qual a comunidade de Pasárgada faria uso para dirimir seus conflitos relacionados à sua ocupação territorial e outras questões de relações jurídicas com outros habitantes, mas novamente fora do escopo criminal.¹⁷⁶

Há ainda que se pontuar a relação de antagonismo entre essa associação e a autoridade policial, onde há um esforço da comunidade em se abster do contato com a polícia, utilizando um contato necessário entre essa autoridade da associação e a polícia sem haver uma colaboração mútua de ações efetivas.¹⁷⁷

Através de toda essa análise que o estudo de Boaventura proporcionou, vemos em um caso fático, onde efetivamente a ordem jurídica positivada não tem efetividade de aplicação, pois não consegue resolver os conflitos dessa comunidade interna de forma eficaz e que não faça a alienação do direito do indivíduo. Para tanto, o questionamento inicial desse estudo se desdobra: seria autoridade só uma figura insígnia de um indivíduo, ou poderia ser um conjunto de construções sociais e morais de um determinado núcleo social que traga efetividade àquela comunidade que teoricamente estaria sujeita a essa ordem jurídica paralela?

Pode ser possível, sim, ter uma desconexão da expressão de autoridade de um indivíduo e trazer à sua constituição uma simbiose de determinações morais, culturais e de um direito paralelo interno que convalida a existência do pluralismo jurídico em diferentes espectros.

Uma vez que entendamos que as pessoas realmente se comportam moral e altruisticamente, o direito surge não a um, mas a dois passos além do interesse próprio. Existe um interesse próprio e, em seguida, há a disposição documentada de pessoas e agentes públicos de fazerem a coisa certa como eles a enxergam (incluindo o envolvimento num comportamento cooperativo e a obediência a normas sociais relevantes) e, até mesmo, com algum sacrifício pessoal. Mas, então há o direito, que obtém sua força e muito de sua importância precisamente quando diz às pessoas que, mesmo aquilo que acham ser a coisa certa a fazer e mesmo quando coisa certa a fazer não é necessariamente do seu interesse pessoal, não é o que eles deveriam fazer. E, quando visto dessa maneira – quando entendemos que o valor do direito muitas vezes repousa em sua capacidade de levar as

¹⁷⁶SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito dos Oprimidos*. sociologia crítica do direito - Parte 1. São Paulo: Cortez, 2014, p. 156-160.

¹⁷⁷Ibidem.

pessoas a deixar de lado não apenas seu interesse próprio, mas também seu melhor julgamento não necessariamente interessado –, o desafio de garantir obediência ao direito apenas porque é direito se torna muito mais compreensível. 178

A passagem de Schauer evidencia que o direito surge com a função de ser um instrumento que pensa em trazer uma solução que leve adiante o interesse individual; logo, analisamos as estruturas do pluralismo jurídico, que ali se constroem num direito interno paralelo que independem da questão da coerção, mas pela necessidade de regulação de algo que o direito institucional não pode convalidar ou da necessidade imposta pela origem cultural, social e histórica que o direito institucional também não conseguiria abranger.

Ante todo o exposto, deduz-se que, ao observamos núcleos sociais em sua individualidade, cada qual possui sua “personalidade” específica, seja por meio da influência religiosa, cultural ou até mesmo ancestral que ali influi.

Podemos usar como exemplo inicial alguns casos de maior repercussão internacional, como a mutilação genital feminina¹⁷⁹, que, conforme dados disponibilizados pela BBC, atingem 30 países na África e no Oriente Médio. Dessarte, há uma concentração de sua ocorrência em diferentes lugares da Ásia, América Latina, e, conforme os dados acima e das Nações Unidas, também por imigrantes residentes na Europa Ocidental, América do Norte, Austrália e Nova Zelândia. A prática consiste em uma espécie de costume que deriva da convenção social daquela comunidade e também de perfil religioso. Em geral, o referido procedimento não é feito com o consentimento da pessoa a que se sujeita.

Para tanto, observa-se que, dado o contexto social da comunidade em questão, essa é uma prática não somente comum, mas necessária para uma validação social/religiosa. Nessa seara, finda-se o questionamento de se temos uma coerção que advém da norma internacional que estabelece o respeito à dignidade humana, ou se estaríamos tratando de uma situação onde a autoridade local, que seria em um aspecto a comunidade, quem possuiria o poder de compelir determinada conduta para aquele núcleo social.

178SCHAUER, Frederick. *A força do Direito*. Trad. Andre Luiz Freire. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022, p. 149-150.

179ONTIVERSOS, Eva. *Mutilação genital feminina*: o que é e por que ocorre a prática que afeta ao menos 200 milhões de mulheres. BBC World Service, online, 6 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47136842>. Acesso em: 29 dez. 2022.

Os quatro propósitos essenciais da Carta da ONU mostram a necessidade da cooperação internacional para resolução de problemas relacionados ao caráter social, cultural e humanitário, e trazem o respeito ao princípio de igualdade de direitos e autodeterminação dos povos.

Nesse sentido, ao observar a proteção que a Carta nos traz, há uma dicotomia de tutela de direitos em um caso concreto, pois analisa-se que, dentro dos propósitos da Carta, as Nações Unidas devem respeitar não somente os povos, mas aquilo que os constitui como uma sociedade em seu caráter individual que engloba cultura, religião e costumes, ao passo que, por outro lado, é preciso tutelar a proteção e a integridade da vida humana.

Então, em que momento deve ocorrer a análise de onde começa um direito e termina o outro, e como deveria ocorrer a atuação nesses casos, onde a intenção não é ferir a individualidade de um povo, mas sim proteger a sua essência que é o fator humano.

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e
4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.¹⁸⁰

Nesse contexto, vislumbra-se a construção de uma ordem de caráter cultural: uma prática que concerne a um núcleo social específico, mas, nesse caso, diferentemente do direito de Pasárgada, pelo qual há um benefício efetivo da sua aplicação em um

¹⁸⁰ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. Londres, 1941. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 29 dez. 2022.

paralelismo de direito interno. Aqui, há, efetivamente, uma violação aos direitos humanos, violando o direito inerente à dignidade da pessoa humana.

O relativismo cultural aposta na manutenção das diferenças culturais, preservando as identidades e a diversidade das inúmeras sociedades existentes. Neste pensamento, cabe considerar como parâmetro o respeito à autonomia de cada nação ou povo para definir sua forma de vida, conforme seus valores e crenças. E assim, opõe-se a criação de um parâmetro do universalismo, porque entendem que, se defini-lo como tal, pode buscar se sobrepor aos princípios e fundamentos de sociedades que não consideram esse parâmetro como legítimo.¹⁸¹

Apesar da função que o relativismo cultural traz em si de respeito à cultura e à diversidade, a questão cultural por fato concreto deve ser respeitada até o limite que não venha a infringir as normas de direito internacional, bem como doméstico e que, acima de tudo, respeite os princípios da carta das nações unidas.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo analisou a força do direito e a dicotomia da figura de autoridade. Discutiu a análise de que, nem sempre, o direito institucional, com suas normas positivadas, é o único direito conhecido. Nesse sentido, trouxe a figura da autoridade em um sentido amplo, de modo que, através de um vínculo de confiança que estabelece com o indivíduo para determinados núcleos sociais, passa-se a ter um valor de respeito e submissão aos ditames que ela preconiza, por diversas vezes, maiores do que a norma de direito institucionalizada diz, por estar mais próxima à realidade do indivíduo do que o direito e o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, foram utilizados como exemplos as questões do direito de Pasárgada e o pluralismo jurídico que existe e a figura de autoridade constituída internamente por meio de sua associação, bem como sobre a questão do relativismo cultural frente a uma questão de pluralismo jurídico e infração a direitos fundamentais. Dessarte, depreende-se que o direito é um mecanismo para fazer com que as pessoas deixem de pensar apenas no interesse próprio, aludindo então ao interesse coletivo. Logo, ainda que haja uma questão cultural e de direito interno paralelo na questão cultural de determinada comunidade, isso não justifica a violação a direitos e deveres fundamentais garantidos a qualquer ser humano. Nessa epígrafe, ressalta-se ainda como a figura de

¹⁸¹BARROSO, Priscila Farfan e BONETE, Wilian Junior. *Estudos Culturais e Antropológicos*. Sagah Educação S.A., Ebook, 2018, p. 194. <Disponível na biblioteca eletrônica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP>.

autoridade se torna forte, pois, nesse contexto cultural, a figura de autoridade se transmite em propagar culturalmente uma prática que viola direitos fundamentais – mas, nesse caso, o direito institucionalizado funciona de antemão como mecanismo para proteger o interesse coletivo, alçando uma seara de poder acima dessa autoridade em questão.

Diante disso, acreditamos que o objeto de análise, que é a dualidade, foi pleiteado de diferentes esferas nesse artigo, de modo a mostrar que um sistema de limites sempre deverá ser observado, e que, acima de tudo, quando da aplicação de qualquer direito, a máxima que deve ser respeitada é a inviolabilidade dos direitos inerentes a qualquer ser humano e a operação em si de forma altruísta, saindo do núcleo central individualizado e observando a esfera do interesse coletivo.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Priscila Farfan e BONETE, Wilian Junior. Estudos Culturais e Antropológicos. Sagah Educação S.A., Ebook, 2018. <Disponível na biblioteca eletrônica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP>.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ONTIVERSOS, Eva. *Mutilação genital feminina*: o que é e por que ocorre a prática que afeta ao menos 200 milhões de mulheres. BBC World Service, online, 6 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47136842>. Acesso em: 29 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. Londres, 1941. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 29 dez. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito dos Oprimidos*: sociologia crítica do direito - Parte 1. São Paulo: Cortez, 2014.

SCHAUER, Frederick. *A força do Direito*. Trad. Andre Luiz Freire. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito. 4. ed. rev. e atual. Sao Paulo: Saraiva, 2015, Ebook, p. 188, *apud* ANSART, Pierre. Op. cit., p. 172-173. <Disponível na biblioteca eletrônica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP>.

JUDICIALIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS INFANTOJUVENIS: REFLEXÕES SOBRE O ABORTO LEGAL

CAMILA COSTA REIS RODRIGUES:

Assessora jurídica do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público do Maranhão (CAO-IJ MPMA). Pós-graduada em Direito de Família, Infância e Juventude (2020) pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). Mestranda pelo núcleo de Direitos Difusos e Coletivos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).¹⁸²

RESUMO: Ainda que detentores do status de sujeitos de direitos, a caracterização de crianças e adolescentes como possuidores de direitos humanos sexuais e reprodutivos é controversa em determinados setores da sociedade, incluindo aqui agentes públicos, conforme será demonstrado. Imersas nesta polêmica adultocêntrica estão meninas violadas sexualmente. Justifica-se a presente investigação na necessidade de compreender os reflexos desse debate na efetivação do abortamento legal. Através de dados obtidos no Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde do Brasil (DATASUS), interpretados por meio de ampla doutrina interdisciplinar em matéria de direitos humanos, infância e juventude, o objetivo da pesquisa é analisar as possíveis razões para a reduzida efetivação do direito ao aborto, apesar dos números alarmantes de abuso sexual e gravidez entre meninas de 10 e 14 anos. A hipótese inicial seria a de que os contínuos entraves e a necessidade de judicialização para a efetivação de direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes acaba por dissuadir estas meninas e suas famílias da realização do aborto legal, acrescentando ao abuso sexual sofrido nuances de violência institucional pelo Sistema de Justiça, além de uma maternidade compulsória. Como metodologia, se escolheu a pesquisa bibliográfica e a análise doutrinária.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto legal; Criança e Adolescente; Efetivação de Direitos Sexuais e Reprodutivos; Judicialização.

INTRODUÇÃO

A polêmica na atribuição de direitos sexuais e reprodutivos à crianças e adolescentes, sustentada inclusive por indivíduos integrantes do Sistema de Garantia de

¹⁸² Contato: camila.costareis1993@gmail.com

Direitos, é tomada como fio condutor da presente pesquisa ao investigar justificativas para a reduzida efetivação do aborto legal entre meninas de 10 a 14 anos, vítimas de estupro de vulnerável.

O primeiro item inicia demonstrando a diversidade do que compõe a efetivação destes direitos sexuais e reprodutivos, perpassando o livre acesso aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, a prática sexual livre e com segurança, o direito de escolha reprodutiva de forma livre e informada e ainda o direito a exercer a reprodução sem julgamento, entre outros. De tal forma, o debate principia buscando demonstrar que os direitos sexuais e reprodutivos de um indivíduo de forma alguma se resumem apenas à livre prática sexual.

A discussão segue sendo aprofundada através de uma abordagem interdisciplinar, sendo introduzida uma perspectiva psicológica de deslegitimação da infância e adolescência como faixas etárias detentoras dos direitos humanos aqui discutidos. Defende-se que a perseguição disciplinar e a perspectiva unicamente violadoras destes direitos originam, também mas não somente, a problemática aqui discutida, que passa a ser demonstrada através dos números obtidos junto ao DATASUS.

Evidenciada a inefetividade do direito ao abortamento legal, o item seguinte divide-se entre explorar as causas e as consequências da judicialização da infância e do direito ao abortamento, fazendo uso novamente da interdisciplinaridade para identificar fatores responsáveis por esta obstaculização.

O estudo do comportamento social frente a um caso concreto de negativa de abortamento legal a uma criança grávida conduz a primeira parte do item dois. Por sua vez, a condução da segunda parte do último item da pesquisa se dá pela análise de um possível posicionamento menorista na judicialização da infância brasileira.

1. Crise na efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes

De acordo com André de Carvalho Ramos, direitos sexuais seriam aqueles relacionados ao "exercício e vivência sexual dos seres humanos", o autor classifica-os como um direito humano, e afirma sua origem em outros direitos, tais como a igualdade, o respeito à integridade física e psíquica, a liberdade e a autonomia (RAMOS, 2022, p. 1137).

Esta primeira correlação permite aferir que a efetivação de direitos sexuais implica não somente a simples autonomia do indivíduo ao engajamento em práticas sexuais, mas também todas as garantias que a vivência da sexualidade humana, em sua pluralidade, demanda:

1. O direito a serviços de saúde sexual que garantam privacidade, confidencialidade e atendimento de qualidade, sem discriminação;

2. O direito à informação e à educação sexual;
3. O direito à escolha, tanto do parceiro quanto sobre ter ou não relações sexuais, independente da reprodução;
4. O direito de viver plenamente a sexualidade e identidade de gênero, sem sofrer discriminação, temor ou qualquer forma de violência;
5. O direito de expressar livremente sua orientação sexual e identidade de gênero, sem sofrer discriminação, temor ou qualquer forma de violência;
6. O direito à prática sexual com segurança para prevenção da gravidez e de infecções sexualmente transmissíveis (RAMOS, 2022, p. 1137).

Os direitos reprodutivos, por sua vez, implicam em:

1. Direito de escolha, de forma livre e informada, sobre ter ou não filhos, sobre o intervalo entre eles, sobre o número de filhos e em que momento de suas vidas.
2. Direito de acesso a receber informações e o acesso a meios, métodos e técnicas para ter ou não ter filhos;
3. Direito de exercer a reprodução, sem sofrer discriminação, temor ou violência (RAMOS, 2022, p. 1137/1138).

A diversidade na efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos de um indivíduo, que de forma alguma se resume à prática sexual ou a efetiva reprodução humana, permite aferir a sua posse por todo e qualquer indivíduo.

Em 2017, através de Nota Pública, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), como órgão colegiado federal que atua na promoção dos direitos humanos das crianças e adolescentes, se manifestou pela afirmação dos direitos sexuais e reprodutivos infantojuvenis. Aqui se destaca os pontos que mais podem contribuir para a presente discussão, no entanto, conclama-se o leitor a acessar a nota em sua integralidade.

No item 4 traz como uma de suas premissas a Declaração Internacional dos Direitos Sexuais, que contribui reconhecendo os direitos das mulheres e das meninas como

direitos humanos universais e afirmando "que os direitos sexuais são patrimônio inalienável de todos os seres humanos e que sua promoção e proteção é de responsabilidade primordial dos governos" (CONANDA, 2017).

Partindo daí reafirma "o compromisso do Estado em garantir o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, respeitando o exercício de seus direitos, dentre os quais, seus direitos sexuais, em consonância com seu desenvolvimento biopsicossocial" e conclama todos os setores da sociedade e governo, aqui plenamente alinhado a diretiva constitucional do artigo 227:

[A] adotarem medidas preventivas para proteger crianças e adolescentes de toda forma de maltrato, abuso sexual, exploração, tráfico e violência, e que principalmente garantam a todas as crianças e adolescentes a possibilidade de se desenvolverem de forma integral incluindo o desenvolvimento da sexualidade (CONANDA, 2017).

Aqui identifica-se como a recomendação mais significativa da nota a dirigida ao Estado brasileiro, reafirmando o seu dever não somente de abstenção de violação, mas também de fomento da efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes, principalmente através da educação e da capacitação de seus agentes públicos.

Se dirige não somente aos agentes do Sistema de Saúde e da Assistência Social, mas também ao Sistema de Justiça brasileiro ao:

Recomendar que o Estado Brasileiro proporcione educação e capacitação sobre gênero, direitos humanos, inclusive direitos sexuais e reprodutivos, a servidores públicos, incluindo policiais (civis, militares, federais) profissionais de saúde e da assistência social, trabalhadores do sistema de justiça, da segurança pública, professoras/es de todos os níveis do sistema educativo, membros do Parlamento brasileiro e todos os atores do sistema de garantia de direitos, para evitar, dentre outras, ações e procedimentos equivocados por razão de desconhecimento sobre questões afetas à sexualidade (CONANDA, 2017).

O CONANDA, através do referido item, faz essencial destaque aos equívocos relacionados ao conceito de sexualidade, ponto a ser abordado posteriormente como incitador de pânico moral e obstáculo à plena garantia de direitos infantojuvenis:

[C]onforme Favero, 2007, o conceito de sexualidade é equivocadamente confundido com o do sexo propriamente dito. Porém, são duas coisas distintas. Sexualidade é um termo complexo, amplo, abrangente e que engloba inúmeros fatores, portanto não se resume a um conceito único, tampouco pode se restringir à relação sexual. Portanto, tais equívocos incorrem em medidas que reduzem o tema à prática de ato sexual e, o que é mais grave ainda, relaciona quaisquer iniciativas de discussão, formação e capacitação sobre o assunto ao crime de estupro ou incitação a ele (CONANDA, 2017).

Seguindo para uma abordagem interdisciplinar, ao discutir os avanços e entraves na temática, Carvalho *et al.* (2012, p. 71) pautam o início do debate na deslegitimação da infância e adolescência como um grupo detentor de tais direitos, movimento promovido por "dispositivo médico e familiar" na passagem do século XVIII para o século XIX. As autoras tomam Foucault e exemplificam esta orientação comportamental como um "segredo universal, o segredo compartilhado por todo mundo, mas que ninguém comunica a ninguém" (FOUCAULT, 2001, p. 74).

Já introduzindo brevemente o posicionamento do prejuízo da moralidade social na efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes, as autoras pautam-se em Ariès para identificar o ideal da infância na sociedade moderna e a dissociação deste grupo etário de discussões que envolvam a sexualidade:

É nessa mesma época que a ideia de infância se consagra na sociedade ocidental moderna e com ela elege-se a sexualidade como o grande divisor de águas entre os universos infantil e adulto (Ariès, 1981). Como mal a ser expurgado da vida das crianças, a sexualidade passa a ser perseguida e proibida por moralistas e confessores em nome da preservação da inocência infantil, atributo que institui a infância na modernidade (CARVALHO *et al.*, 2012, p. 71).

E, por fim, afirmam: "Neste sentido, percebe-se que a sexualidade infantojuvenil, por vias distintas, é objeto de perseguição disciplinar"(CARVALHO *et al.*, 2012, p. 71).

A centralidade da discussão elaborada por Carvalho *et al.*, que se objetiva aqui dar destaque, é a prejudicialidade de conceber direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes apenas pela via da violação. Exalta-se uma perspectiva moral destes direitos em detrimento da efetiva proteção do público infantojuvenil.

As autoras realizam uma importante cisão entre sexo, sexualidade e direitos sexuais, própria do campo da psicologia, do qual fazem, e que aqui auxilia argumentativamente no seguinte sentido:

A dificuldade de compreender as distinções entre sexo, sexualidade e direitos sexuais endossa o projeto negativista (baseado tão somente nas violações) que rondam os direitos sexuais de crianças e adolescentes. (...). Podemos verificar que a visão corrente que não permite indissociar genitalidade e sexualidade alimenta o "pânico moral" que ronda crianças e adolescentes em relação à segunda, fazendo com que o comportamento sexual genital seja considerado a única via possível de relação destes sujeitos com sua sexualidade (CARVALHO *et al.*, 2012, p. 72).

Defende-se, dessa forma, que o pânico moral e o rechaço social pela concepção de crianças e adolescentes como detentores de direitos sexuais e reprodutivos pode ser interpretado como fomentador de dois fenômenos: A vulneração de crianças e adolescentes, intensificando situações de risco para a violação de seus direitos sexuais e reprodutivos; E a obstaculização da efetivação destes direitos, mesmo em situações em que já se contempla a existência de aparelhos administrativos e judiciais para isto, por exemplo, o abortamento legal.

As autoras afirmam a necessidade de compreensão de crianças e adolescentes como sujeitos dotados de autonomia sexual, sendo este um processo que ocorre no cotidiano a partir de dois fios condutores: proteção e liberdade (CARVALHO *et al.*, 2012, p. 84), posicionamento ao qual também se alinha o presente artigo.

Por fim, e neste sentido, vertem para sua argumentação final, asseverando caber aos adultos e às instituições de defesa de crianças e adolescentes não se omitirem diante da "pluralidade de ser de crianças e adolescentes" e afirmarem estes direitos, em sua via positiva e negativa, "fundamentando relações não pautadas meramente em mecanismos disciplinadores e moralizantes, mas numa prática implicada e crítica dos saberes e experiências que dizem respeito ao escopo sexual" (CARVALHO *et al.*, 2012, p. 84).

Finalmente, partindo para o que se contempla como o resultado lastimável de uma política social de deslegitimação de crianças e adolescentes como detentoras de direitos sexuais e reprodutivos e omissão do Estado e da sociedade na reafirmação destes direitos, linha argumentativa traçada até o momento, segue-se para a exposição dos dados colhidos no DATASUS.

Entre 2020 e 2021 houve um aumento de 150% nas denúncias¹⁸³ e 195% nas violações¹⁸⁴ aos direitos sexuais de crianças e adolescentes no Brasil, orientando esta análise para uma perspectiva maranhense e observando o mesmo período, se obtém um aumento de 132% nas denúncias e um aumento de 189% nas violações aos direitos sexuais deste mesmo grupo vulnerável.¹⁸⁵

Vale explanar o interesse da pesquisa em destacar, ainda que brevemente, os resultados maranhenses. Além de ser o Maranhão o estado com o segundo pior indicador de desenvolvimento humano do país, ficando em penúltimo com um índice de 0.687 (em comparação ao primeiro lugar, Distrito Federal, com 0.850), também é o estado natal da autora e local em que desenvolve a maior parte de suas pesquisas na área da infância e juventude (ATLAS BR, 2017).

Seguindo e identificando gênero e idade como fatores de vulnerabilidade ao abuso sexual, a faixa etária de 12 aos 14 anos aparece como a mais vulnerável, e dentro deste grupo etário o gênero feminino dispara como o mais vulnerável: Das 5.408 denúncias feitas ao Disque 100 em 2021, em âmbito nacional, 4.923 eram adolescentes do sexo feminino (MMFDH, 2021).

Os resultados apresentados extinguem margem para qualquer dúvida quanto à crise na efetivação dos direitos sexuais de crianças e adolescentes. O abuso sexual, em números alarmantes e crescentes, é uma realidade brasileira.

2. Abortamento legal: um direito não efetivado

O artigo 217-A do Código Penal define como estupro de vulnerável conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos. Não havendo abertura para a apuração de consentimento, visto que este instituto não existe dentro desta faixa etária. O mesmo Código Penal, em seu artigo 128, II, afirma que não se pune o aborto se a gravidez resulta de estupro.

Desta feita, tendo sido destacado o enorme número de meninas abusadas sexualmente, em âmbito maranhense e nacional, e considerando os dispositivos penais

¹⁸³ Denúncias: quantidade de relatos de violação de direitos humanos envolvendo uma vítima e um suspeito, uma denúncia pode conter uma ou mais violações de direitos humanos.

¹⁸⁴ Violações: qualquer fato que atente ou viole direitos humanos de uma vítima.

¹⁸⁵ Denúncias e violações apuradas através de relatos ao serviço do Disque 100. Números do Painel da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos. Filtro de pesquisa utilizado: Grupo vulnerável - violência contra crianças e adolescentes; Espécie de violação - categoria liberdade + categoria sexual (física e psíquica).

elencados, há de se pensar que diversas meninas ficam grávidas e conseqüentemente uma parte destas opta pelo aborto legal.

Em 2020, último período disponível no DATASUS, 17.579 meninas entre 10 e 14 anos pariram, a região com o maior número de ocorrências foi o Nordeste, com um total de 6.822 casos, e nesta região o Maranhão ocupa local de destaque ficando em segundo lugar em número de crianças/adolescentes mães, com um total de 1.287 casos (SINASC, 2020).

Importante ressaltar que, considerando os dispositivos penais já expostos, em todas estas ocorrências as crianças e adolescentes grávidas tinham direito ao aborto legal, visto a presunção de estupro.

Partindo então para os números em que esse direito ao aborto foi efetivado, no mesmo período e na mesma faixa etária, o Brasil registrou apenas 86 ocorrências de abortos por razões médicas (aborto legal) e o Maranhão nenhuma (SIH/SUS, 2020).

Questiona-se, desta forma, o que estaria obstaculizando a efetivação do direito ao aborto legal, considerando a demonstrada discrepância evidente entre os números de abuso sexual, gravidez na infância e aborto legal, em uma faixa etária em que o estupro é presumido diante da vulnerabilidade.

2.1. Judicialização do direito ao abortamento legal: Possíveis causas

Ao investigar como o aborto legal na infância é retratado pela imprensa escrita brasileira, Fonseca *et al.* produziram interessante pesquisa para a identificação dos fatores responsáveis por esta obstaculação da efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual.

Pode-se afirmar como ponto fulcral, originando as outras diversas ramificações a serem apresentadas como obstáculos, o fato de estarmos inseridos em uma "sociedade adulto-androcêntrica", pautados em nossa vivência, em tudo que a compõe, por uma "assimetria de poder de gênero e geração", ocasionando uma verdadeira "naturalização da violência contra as meninas" (FONSECA *et al.*, 2022, p.6).

É naturalizado que uma menina sofra violências, micro e macro sexismos, ao longo do seu desenvolvimento como indivíduo. A menina é socializada e moldada para estar pronta para receber estas micro e macro violências, ocorre que eventualmente os frutos dessa violência não são apenas cicatrizes psicológicas e físicas, mas também uma gestação.

A pesquisa de Fonseca *et al.* segue para identificar ações específicas de obstaculização, dando importante destaque para o papel desempenhado pelos agentes

públicos diante de uma criança gestante que deseja o abortamento legal, conforme já demonstrado, um direito.

Afirmam as autoras que "o conteúdo da legislação brasileira não se expressa de forma semelhante no discurso dos agentes públicos". Aqueles que deveriam ser os responsáveis pela efetivação do direito da criança ao abortamento legal e atuar em diretrizes principiológicas de melhor interesse do infante, se manifestam contra esse direito, utilizando da máquina pública, inclusive, na criação destas barreiras, objetivando o avanço da gestação e impossibilidade de realização do aborto (FONSECA *et al.*, 2022, p.6).

As autoras constataam "desrespeito à proteção e à garantia dos direitos da criança, tendo havido vários pronunciamentos, especialmente vinculados à instituições religiosas, reforçando a influência da religião sobre o discurso político, como forma de legitimá-lo" (FONSECA *et al.*, 2022, p. 5).

Há uma verdadeira legitimação de um discurso conservador e religioso, por parte de agentes públicos durante o exercício de suas funções, em detrimento à legislação brasileira e às garantias estabelecidas em nível constitucional e estatutário. O discurso se materializa em uma barreira (FONSECA *et al.*, 2022, p. 6).

A maior parte dos discursos dos agentes públicos responsabilizou o sistema de justiça por assegurar o direito ao aborto, criminalizando-o, tendo em vista a defesa da vida do nascituro e a existência de recursos que poderiam dar continuidade à gestação e à responsabilização pela criança, como a doação, por exemplo. Não foi possível mensurar em que medida o posicionamento expresso nesses discursos influenciou a opinião pública, entretanto, uma parcela dos profissionais que atuavam na rede de proteção mostrou-se contrária à concretização do aborto, tanto no âmbito municipal quanto no estadual (FONSECA *et al.*, 2022, p. 6).

As autoras ainda constroem um caminho de vozes violadoras, traçando como o desrespeito aos direitos sexuais e reprodutivos se materializou em obstáculos à plena proteção integral da criança no caso em estudo.

A primeira voz violadora foi a do autor da violência sexual, resultando em uma gravidez indesejada, impondo-se através de ameaça e possibilitando sucessivos episódios de violação. A segunda voz violadora novamente se sobrepôs à autonomia da criança, através dos profissionais de saúde e assistência social que realizaram o primeiro atendimento. Foi considerado que, "de acordo com o protocolo de atendimento do hospital em tela, a interrupção da gestação não poderia ser realizada, por força de lei. Além

disso, afirmaram que a gravidez não representava um risco de vida para a menina" (FONSECA et al., 2022, p. 7).

E como terceira voz, as autoras apontam o próprio Estado brasileiro, principalmente pelos Ministérios da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) e da Saúde (MS), naquele "ficou patente o envio ao município de um grupo de pessoas para acompanhar e assegurar a continuidade da gestação, impedindo o aborto", e neste "foi identificada omissão, pois não houve qualquer pronunciamento oficial em relação ao caso" (FONSECA et al., 2022, p. 7).

Fornari *et al.* chegaram à conclusões semelhantes ao estudar o mesmo caso, identificando uma atuação deficitária do sistema de garantia de direitos, em detrimento do estabelecido em legislação protetiva, privilegiando os desejos dos adultos envolvidos e não da autonomia da criança violentada:

Além da atuação deficitária, o caso revela o cerceamento de direitos garantidos legalmente, identificado pela ausência de proteção contra a violência sexual e pelo atendimento conduzido conforme o desejo dos adultos, representados por agentes governamentais e profissionais da rede intersetorial. O posicionamento contrário ao aborto manifestado por uma parcela dos profissionais da rede intersetorial e dos agentes públicos foi influenciado por uma perspectiva ideológica alicerçada no fundamentalismo religioso. Isso revela que, na prática, as conjecturas pessoais foram sobrepostas aos direitos previstos pela legislação brasileira. [O] Estado brasileiro reconhece o problema da violência sexual contra a criança e propõe ações para o seu enfrentamento. Entretanto, o que se verifica na realidade concreta é a omissão da gestão pública na implementação dessas ações (FORNARI *et al.*, 2022, p. 4-5).

No caso estudado pelas autoras, uma criança gestante após violência sexual, a discussão foi conduzida pelo Estado brasileiro em uma perspectiva de privilégio à criminalização da interrupção da gravidez, em detrimento à violência sexual vivida pela criança e da reparação à ofensa aos seus direitos sexuais e reprodutivos.

Apesar de ser um direito da criança gestante, o abortamento legal foi pautado, pelo Estado e pela maioria dos agentes públicos envolvidos, como um ato ético e moral:

Ao reconhecer o aborto como um ato ético e moral, a legislação deveria sobretudo proteger a vítima e não desconsiderar sua vontade, superando a ideia de que se trata de uma mera decisão pessoal de outrem ou de um procedimento meramente médico,

para ser entendido como um ato social, vinculado aos direitos sexuais e reprodutivos (FONSECA et al., 2022, p. 8).

Por todo o exposto, posiciona-se aqui no sentido de que a judicialização da efetivação de direitos humanos, em especial o direito sexual e reprodutivo ao abortamento legal, ser uma consequência da atuação deficitária de diversos agentes públicos, que agem conduzidos por ideologias conservadoras, pautas morais e em ausência de laicidade, apartando-se do seu dever geral de cuidado e de garantia da efetivação dos diversos direitos humanos infantojuvenis, agindo ativamente e manifestando-se pela não ocorrência do abortamento legal.

As barreiras impostas para o exercício do direito ao abortamento legal, a condução da criança ou adolescente gestante para a judicialização, como única possibilidade de efetivação de um direito negado, são interpretados como fatores que confirmam a hipótese inicial do presente artigo: De fato, pode-se afirmar que a necessidade de judicialização para a efetivação de direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes acaba por dissuadir estas meninas e suas famílias da realização do aborto legal, acrescentando ao abuso sexual sofrido, nuances de violência institucional pelo Sistema de Justiça, além de uma maternidade compulsória.

2.1.1. Consequências da judicialização da infância e o diálogo institucional como ferramenta

Aqui vale fazer breve referência aos estudos de Flávia Cristina Silveira Lemos acerca da crescente judicialização da infância. A autora, que não aborda a temática somente a partir da perspectiva da efetivação do direito ao abortamento legal, define o fenômeno como uma transformação de um amplo campo de práticas protetivas da infância em "encomendas dirigidas ao Poder Judiciário diretamente como se este fosse a primeira e única instância responsável pelo cuidado desse segmento da população" (LEMOS, 2014, p. 26).

Além de o rompimento com um paradigma menorista ter representando também o rompimento com o protagonismo do judiciário como principal (ou único) protetor (e ditador) da infância e juventude, havendo uma retomada deste posicionamento menorista com uma judicialização cada vez mais frequente da efetivação dos direitos humanos da infância, o posicionamento do judiciário, quando buscado, nem sempre é garantista.

Em artigo que questiona se somos menoristas enrustidos, Enio Vieira Jr. dá destaque a acórdãos e demais decisões judiciais, além de manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública e de advogados, que, sustentados em uma aparente

aplicação da Doutrina da Proteção Integral e do Princípio do Melhor Interesse dos infantes, "acabam mais por violar os direitos e garantias das crianças e adolescentes do que propriamente promovê-los" (VIEIRA JR., 2018, p. 219).

O autor relembra ainda Amaral e Silva, que há 20 anos já denunciava um Sistema de Justiça que interpreta o Estatuto da Criança e do Adolescente com viés menorista:

As novas disposições, garantistas e responsabilizantes do Estatuto continuam a ser interpretadas com os mesmos princípios simplistas e autoritários da antiga postura.

A "proteção", o "superior interesse", o "bem estar da criança e do adolescente", a "reeducação", a "ressocialização" justificam tudo. Salvo exceções, sentenças, acórdãos, pareceres, defesas, recursos, relatórios, estudos de caso, diagnósticos, refletem os vieses do sistema "protetor" onde os adolescentes, ditos infratores, são "protegidos", "reeduca-dos", "ressocializados".

Se o sistema é protetor. Se todos os atores processuais e administrativos buscam o "melhor interesse" do adolescente [...] não há necessidade de grandes e profundas justificativas (AMARAL E SILVA, 2002, p. 08-09 *In* VIEIRA JR., 2018, p. 219).

Em 2014 Lemos ecoa a crítica de Amaral e Silva e denuncia como um segundo movimento da judicialização a "invasão do Poder Judiciário em todas as esferas de nossas existências em nome da defesa, proteção e garantia de direitos de crianças e de adolescentes". São criados paradoxos, que afirmam ser a inflação jurídica a ferramenta para efetivação dos direitos humanos da infância, da proteção integral, sendo necessária, portanto, a "intensificação da lei, das penas e medidas judiciais aplicadas a todos os acontecimentos que dizem respeito ao atendimento de crianças e adolescentes" (LE MOS, 2014, p. 26).

A autora também aponta outro paradoxo como consequência da judicialização, desta feita diretamente ligado a respostas às violações de direitos humanos de crianças e adolescentes, em que "qualquer situação de ameaça e de violação deverá ser imediatamente levada ao Poder Judiciário ou aos equipamentos de normalização que estão nas adjacências do mesmo, articulando normas e leis" (LE MOS, 2014, p. 26).

Como consequência direta deste movimento, e que aqui percebe-se como o resultado observado no caso de garantia de abortamento legal apenas pela judicialização, estudado por Fonseca *et al.* e Fornari *et al.*, Lemos destaca a burocratização e inefetividade da proteção, além da fragilização da rede de garantia de direitos:

Acredito que esta situação pouco permite proteger de fato a criança e o adolescente e acaba burocratizando muito a atenção, fragilizando a rede de garantia de direitos ao potencializar mais uma de suas esferas em detrimento das outras. A judicialização aumenta os índices de encarceramento e pouco favorece a afirmação da criança e do adolescente como sujeito de direitos, pois acaba por torná-los mais objetos das práticas jurídicas do que possibilita sua proteção efetiva pautada em princípios mais democráticos e que não operem pela lógica punitiva (LEMOS, 2014, p. 29).

Com a intenção de apresentar possível ferramenta para dirimir os efeitos nocivos de uma crescente judicialização da infância, faz-se referência aos Diálogos Institucionais, nos termos apresentados por André Carvalho Ramos. Destaca-se, no entanto, que de maneira alguma esta ferramenta solucionaria todas as problemáticas apresentadas no presente artigo, tais como uma rede de proteção com atuação deficitária e agentes públicos pautados por ideários conservadores e pelo adultocentrismo.

De acordo com a crítica de Ramos, a judicialização para a concretização de direitos humanos pode resultar em uma supremacia do Poder Judiciário, em face dos demais poderes (2022, p. 165). E, direcionando para a crítica principal do presente estudo, uma supremacia da judicialização em detrimento dos demais equipamentos da rede de garantia de direitos da infância e juventude.

O autor destaca como consequência direta desta supremacia um efeito backlash, de deslegitimação democrática na proteção dos direitos humanos:

Dentre os prejuízos, a intensa judicialização dos direitos humanos pode ser interpretada como ativismo judicial indevido, contrário a separação dos poderes e oposto à visão majoritária dos eleitores, desencadeando o efeito backlash. O backlash na área dos direitos humanos consiste na reação política adversa após decisão judicial favorável a um determinado tema de direitos humanos visto como controvertido (RAMOS, 2022, p. 165).

E como exemplo evidente de um tema em direitos humanos visto como controvertido temos o direito ao abortamento legal em caso de uma criança gestante.

O diálogo institucional, não apenas entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, mas também entre as diversas camadas da rede de garantia de direitos da infância e a sociedade em geral, é apresentado como uma ferramenta para "evitar-se o

backlash por meio do envolvimento da sociedade na construção da decisão judicial e ainda expondo continuamente seus efeitos positivos" (RAMOS, 2022, p. 165).

CONCLUSÃO

O que se objetivou demonstrar desde o início do presente estudo foi a importância do reconhecimento da criança e do adolescente como plenos sujeitos de direito, sem restrições, ou seja, plenos detentores de todos os direitos humanos. O reconhecimento de uma criança como um indivíduo parcial, a coloca em situação de extrema vulnerabilidade, não autonomia, retornando, ainda que parcialmente, ao papel que lhe cabia em uma Doutrina da Situação Irregular, o de objeto de direito.

Afastar-se de uma perspectiva adultocêntrica permite apreender que crianças e adolescentes são detentores de direitos sexuais e reprodutivos, conferindo-lhes mais um fator de proteção, a autonomia através da escolha, como indivíduos completos que são. Esta mencionada nociva perspectiva é trazida como um dos fatores responsáveis pela polemização da efetivação de direitos sexuais e reprodutivos de meninas grávidas, através do abortamento legal.

A judicialização do direito de meninas ao abortamento legal é originada na obstaculização da efetivação deste direito por atores, agentes públicos ou não, que agem pautados por uma noção de crianças e adolescentes como sujeitos parciais de direito, orientados por ideologias conservadoras e pautas morais, que resultam em uma condução adultocêntrica dos mecanismos protetivos para meninas grávidas.

Cita-se, novamente, que a hipótese levantada inicialmente pode ser confirmada, afirmando que a necessidade de judicialização para a efetivação de direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes acaba por dissuadir estas meninas e suas famílias da realização do aborto legal.

Por fim, após esta constatação e considerando ser a infância e a adolescência um grupo vulnerável cujos interesses não se efetivam somente pela via judicial, o diálogo institucional entre o judiciário e os outros diversos componentes do Sistema de Garantia de Direitos, se mostra como uma ferramenta valiosa diante da problemática aqui analisada.

REFERÊNCIAS

ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL - ATLAS BR. **Ranking**. 2017. Disponível em: <<http://www.atlasbrasil.org.br/ranking>>.

CARVALHO, Cíntia de Sousa *et al.* **Direitos sexuais de crianças e adolescentes: avanços e entraves**. Psic. Clin., Rio de Janeiro, vol. 24, n.1, p. 69 – 88, 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/pc/a/BjNb943HwwyXyPB6Vc9rwph/?lang=pt&format=pdf>>.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA. **Nota Pública do CONANDA sobre Direitos Sexuais de Crianças e Adolescentes**. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/notas-publicas-1/nota-publica-sobre-direitos-sexuais-de-criancas-e-adolescentes_14_12_2017.pdf>.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

FONSECA, R. M. G. S *et al.* **Aborto Legal na Infância Retratado Pela Imprensa Escrita Brasileira: Perspectivas para o Cuidado**. Revista Baiana De Enfermagem, 36. 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.18471/rbe.v36.47345>>.

FORNARI, LF *et al.* **Legal abortion in childhood: the official discourse and the reality of a Brazilian case**. Rev Bras Enferm. 75(6):e20210946. 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0034-7167-2021-0946pt>>.

LEMOS, Flávia Cristina Silveira. **A judicialização da infância e seus impactos na vida das crianças e suas famílias**. [Entrevista concedida à] Equipe Editorial da Revista DESidades. Rio de Janeiro, nº 2, ano 2, p. 25-29, mar. 2014. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/desi/v2/n2a04.pdf>>.

MINISTÉRIO DA MULHER, FAMÍLIA E DIREITOS HUMANOS - MMFDH. **Painel da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos**. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/painel-de-dados>>.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 9ª ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SISTEMA DE INFORMAÇÃO SOBRE NASCIDOS VIVOS - SINASC. **Sistema de Informação sobre Nascidos Vivos – Sinasc - 1996 a 2020**. 2020. Disponível em: <<https://opendatasus.saude.gov.br/dataset/sistema-de-informacao-sobre-nascidos-vivos-sinasc-1996-a-2020>>.

SISTEMA DE INFORMAÇÕES HOSPITALARES DO SUS – SIH/SUS. **Sistema de Informações Hospitalares do SUS**. 2020. Disponível em: <<https://ces.ibge.gov.br/base-de-dados/metadados/ministerio-da-saude/sistema-de-informacoes-hospitalares-do-sus-sih-sus.html>>.

VIEIRA JR., Enio Gentil. **Reflexões acerca da produção judicial na Justiça da Infância e Juventude: Somos menoristas enrustidos?**. REVISTA DA ESMESC, v.25, n.31, p. 217-237. 2018. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/190/164>>.

A DEFICIÊNCIA VISUAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: REFLEXOS DA LEI Nº 14.126/2021

AMANDA DE PAULA SÉRGIO SANTOS.
Bacharelada em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG186.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI¹⁸⁷.

(orientadora)

RESUMO: Esse estudo teve como base a discussão sobre a visão monocular e seus reflexos previdenciários. Essa deficiência é uma condição que pode sim comprometer a vida cotidiana e profissional de quem a possui. Tal condição passou a ser considerada deficiência pela Lei nº 14.126/2021, conferindo-lhes o direito a um tratamento jurídico diferenciado, de modo que o INSS não poderá negar a concessão de aposentadoria da pessoa com deficiência a essas pessoas, que se enquadram no critério de deficiência previsto na Lei Complementar nº 142/2013. Diante disso, essa pesquisa teve como objetivo discorrer sobre as consequências jurídicas e sociais da visão monocular no âmbito da Previdência. Na metodologia, tratou-se de uma revisão da literatura baseada em livros, artigos científicos e legislação ligada ao tema proposto. Nos resultados, ficou claro que a Lei nº 14.126/2021 reconheceu a visão monocular como deficiência visual. Isso sanou quaisquer dúvida sobre a sua entrada no entendimento do que seja uma deficiência visual. No geral, o INSS entende que a visão monocular não é considerada uma deficiência. Contudo, na Justiça o entendimento predominante é que esta condição preenche a definição de deficiência informada pela Lei Complementar nº 142/2013.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Deficiência Visual. Efeitos jurídicos.

VISUAL DISABILITY IN SOCIAL SECURITY LAW: REFLECTIONS OF LAW Nº 14.126/2021

ABSTRACT: This study was based on the discussion about monocular vision and its social security consequences. This disability is a condition that can compromise the daily and professional life of those who have it. This condition is now considered a disability by Law No. 14.126/2021, granting them the right to a differentiated legal treatment, so that the INSS cannot deny the granting of retirement of the disabled person to these people, who fall under the disability criterion provided for in Complementary Law No. 142/2013. Therefore, this research aimed to discuss the legal and social consequences of monocular

186 E-mail: amandadepaulasergio@gmail.com.

187 Advogada, e Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: veronicadesconzi@gmail.com.

vision in the context of Social Security. In methodology, it was a literature review based on books, scientific articles and legislation related to the proposed theme. In the results, it was clear that Law nº 14.126/2021 recognized monocular vision as a visual impairment. This resolved any doubts about his entry into the understanding of what a visual impairment is. In general, the INSS understands that monocular vision is not considered a disability. However, in court, the prevailing understanding is that this condition fulfills the definition of disability informed by Complementary Law No. 142/2013.

Keywords: Social Security Law. Visual impairment. Legal effects.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Da deficiência: Aspectos gerais. 4. A visão monocular no Direito Previdenciário brasileiro. 5. Dos efeitos jurídicos em contexto. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o texto da Lei Complementar 142/2013, a pessoa com deficiência é entendida como sendo a que possui, a longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial onde, diante de variados obstáculos dificultem a sua interação social e que por essa razão não esteja em condições de igualdade com os demais (BRASIL, 2013).

A deficiência é amplamente amparada pelo Direito Previdenciário, ou seja, aqueles que se enquadram na definição legal de deficiência possui direitos e garantias previdenciários distintos dos demais, como por exemplo, a aposentadoria.

Dentro do rol daqueles que são considerados deficientes para fins de Previdência, encontra-se os que possuem deficiência visual. Como explica Santos e Araújo (2020) a deficiência visual é aquela onde se verifica a perda ou a diminuição da capacidade visual nos olhos de maneira definitiva, ou seja, não pode ser melhorada ou corrigida.

Em sua definição geral, nota-se que a deficiência visual é ligada a perda da visão de ambos os olhos. No entanto, nos últimos anos, tem-se discutido a inclusão da visão monocular dentro do entendimento sobre a deficiência visual. Caracterizada como sendo aquela onde apenas um olho possui a perda ou diminuição da capacidade de enxergar, discute-se se ela poderia ser amparada no Direito Previdenciário (MARQUES, 2017).

Cabe lembrar que a visão monocular, mesmo que considerada como uma deficiência visual, ainda encontra resistência para se enquadrar nas garantias previdenciárias. De todo modo, com essa temática, é importante citar a Lei nº 14.126/2021 que classificou a visão monocular como deficiência sensorial, do tipo visual.

Mesmo tendo base legislativa, é possível verificar entendimentos jurídicos diversos sobre o seu enquadramento legal. Dessa forma, é preciso entender os reflexos jurídicos que esse reconhecimento possui no cenário jurídico e social.

No decorrer da análise desse tema procura-se responder a seguinte indagação: quais os reflexos jurídicos do reconhecimento da visão monocular para fins previdenciários?

Diante disso, o presente estudo teve o objetivo de analisar as consequências que o reconhecimento da visão monocular como deficiência visual acarreta não apenas no Direito Previdenciário, mas na jurisprudência, na doutrina e sobretudo, para aqueles que a possuem.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método indutivo e qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, no mês de janeiro de 2023.

3. DA DEFICIÊNCIA: ASPECTOS GERAIS

Para discorrer sobre o tema central deste estudo é preciso antes entender o que seja uma deficiência. Para isso, recorre-se o texto da Lei Complementar 142/2013 que traz de modo único o que seja uma deficiência:

Art. 2º Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2013).

Dentro do rol de deficiências existentes para o âmbito previdenciário, observamos a deficiência visual. Para o seu conceito, tem-se as palavras de Garcia e Braz (2020, p. 02) que explica que a deficiência visual é "é a perda ou redução da capacidade visual em ambos os olhos em caráter definitivo, que não pode ser melhorada ou corrigida com o uso de lentes, tratamento clínico ou cirúrgico".

Há critérios rígidos para definir uma deficiência. Portanto, uma pessoa com alto grau de miopia, por exemplo, não é uma pessoa com deficiência visual, uma vez que existem alternativas para correção desta limitação. No que tange a sua classificação, destaca-se:

- **Baixa visão (leve, moderada ou profunda):** quando o valor da acuidade visual corrigida no melhor olho é menor do que 0,3 e maior ou igual a 0,05 ou seu campo visual é menor do que 20° no melhor olho com a melhor correção óptica (categorias 1 e 2 de graus de comprometimento visual do CID 10). Pode ser compensada com o uso de lentes de aumento e lupas com o auxílio de bengalas e de treinamentos de orientação.
- **Próximo à cegueira:** quando a pessoa ainda é capaz de distinguir luz e sombra, mas já emprega o sistema braile para ler e escrever, utiliza recursos de voz para acessar programas de computador, locomove-se com a bengala e precisa de treinamentos de orientação e de mobilidade.
- **Cegueira:** quando esses valores encontram-se abaixo de 0,05 ou o campo visual menor do que 10° (categorias 3, 4 e 5 do CID 10). O uso do Sistema Braille, da bengala e os treinamentos de orientação e de mobilidade, nesse caso, são fundamentais.

(GARCIA; BRAZ, 2020, p. 02)

Na legislação brasileira, é importante citar a Lei nº 13.146/2015 que versa a respeito da integração e a readaptação da pessoa com deficiência em sociedade, vem como estabelece critérios no que tange os seus direitos fundamentais com pessoas com deficiência (BRASIL, 2015).

A presente norma em seu artigo 4º caput, destaca que toda e qualquer pessoa com deficiência é possuidora de direitos, assim como também deve ser tratada de forma digna e igualitária; deve-se compreender que a deficiência não impede as pessoas de terem uma vida normal: as pessoas com deficiência (em especial, visual) possuem a capacidade de se casar, constituir família, bem como de exercer direito a tutela, curatela e de atuar como adotante. Por fim, será dever do Estado e da família garantir às pessoas com deficiência acesso a: saúde, educação, trabalho, cultura, acessibilidade e comunicação (BRASIL, 2015).

No campo previdenciário, nos últimos anos, houve significativas mudanças na questão envolvendo as garantias previdenciárias. A princípio, cabe destacar a PEC nº

6/2019, ao qual o o legislador tratou de reformar alguns preceitos inerentes à aposentadoria e ao tempo de contribuição das pessoas com deficiência.

Nos casos das pessoas com deficiência, o que a PEC retrata é a diferenciação no grau de deficiência e no tempo de contribuição tanto para o homem quanto para mulher.

Antes da reforma previdenciária, o grau de deficiência para a aposentadoria por tempo de contribuição entre homem e a mulher era diferenciado; se a deficiência do homem fosse leve ele teria de contribuir 33 anos, assim como a mulher teria que contribuir 28 anos, logo, se a deficiência fosse moderada, teria o homem que contribuir 29 anos, e a mulher 24 anos, mas, se a deficiência fosse grave, teria o homem que contribuir 25 anos, e a mulher, 20 anos (BRASIL, 2019).

Já com a nova reforma, houve uma série de modificações, bem como para as pessoas com deficiência; como mencionado, deixou de haver a distinção sobre tempo de contribuição entre o homem e a mulher. Nos casos de deficiência de grau leve, tanto os homens quanto as mulheres contribuem por igual, devendo ambos contribuírem 35 anos, logo, se for a respectiva moderada, deverão contribuir por 25 anos, e, por fim, se for de natureza grave, deverão contribuir por 20 anos (BRASIL, 2019).

Dessa maneira, para que a pessoa com deficiência visual possa pleitear a aposentadoria deverá ser observada a gravidade da deficiência, o tempo de contribuição e a sua idade. A par dessas mudanças, que ainda sejam palco para inúmeras discussões, o que se vem discutindo atualmente é a entrada da visão monocular no âmbito previdenciário, o que será analisado no tópico a seguir.

4 A VISÃO MONOCULAR NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Em termos de nomenclatura, a palavra monocular pode ser dividida da seguinte maneira: Mono = um, ocular = olho/visão. Com essa divisão, entende-se inicialmente que a visão monocular é aquela visão de somente um olho (JUNIOR, 2019).

Como afirma Junior (2019), no geral, a visão monocular é conhecida pela cegueira de um olho. Ou seja, a pessoa consegue enxergar somente através de um olho. Em decorrência disso, não enxergar com um olho acarreta consequências negativas bastante significativas nas atividades diárias da pessoa.

Clementino (2018) explica que em estudos científicos e relatos pessoais afirmam que o indivíduo perde a noção de profundidade e também perde muito a sua visão periférica.

Nesse sentido, cita-se:

A pessoa que apresenta visão monocular é acometida por uma perda visual que afeta apenas um dos olhos. Isso acaba comprometendo a noção de profundidade (visto que indivíduos nessa condição têm a sensação tridimensional limitada), diminuindo o campo visual periférico, dentre outros sintomas. Tais sintomas geram dificuldade de localização espacial e, em razão disso, o indivíduo passa a enfrentar limitações em suas atividades diárias. Trata-se de condição geralmente causada por doenças infecciosas infra-oculares (como a toxoplasmose), anomalias congênitas, glaucoma, doenças da retina ou da córnea, tumores intraoculares ou traumatismos oculares (PAULA; LEITE, 2021, p. 06).

A grande discussão inicial sobre a visão monocular é entender se ela é de fato uma deficiência visual.

Com base no conceito já exposto no tópico anterior, a pessoa com visão monocular está em desigualdade com as demais pessoas da sociedade pelo fato de não conseguir enxergar em sua totalidade (BRASIL, 2013). Com esse entendimento é perceptível considerar que a visão monocular é de fato uma deficiência visual, conforme expresso na legislação brasileira.

Apesar disso, houve discordâncias em relação a esse entendimento. Após estas discussões, e com o Poder Legislativo percebendo que o Judiciário tinha o entendimento majoritário em relação à deficiência da visão monocular, foi sancionada a Lei nº 14.126/2021.

Esta norma é extremamente simples, possuindo somente dois artigos (na verdade, tem-se que considerar que é somente um, pois o segundo trata da vigência da Lei). A partir da Lei, ficou disposto que “fica a visão monocular classificada como deficiência sensorial, do tipo visual, para todos os efeitos legais” (BRASIL, 2021).

Uma vez legislada em território brasileiro, o reconhecimento jurídico da visão monocular trouxe uma série de reflexos no âmbito do Direito. O primeiro deles, corresponde ao INSS (Instituto Nacional do Seguro Social). A *priori*, o INSS não reconhecia, administrativamente, a cegueira de um olho como deficiência (BORGES, 2022).

Com isso, como o Instituto é uma autarquia previdenciária, pertencente à Administração Pública, eles só podem aplicar o que está disposto na Lei. Como, até a Lei nº 14.126/2021, não havia previsão legal que a visão monocular era uma deficiência, eles

não poderiam, em tese, considerar esta condição como uma deficiência em si (BORGES, 2022).

No entanto, conforme explica Santos (2021) com a edição da norma, o INSS deve considerar a visão monocular como deficiência para fins de aposentadorias/BPC, pois existe uma previsão legal para isso.

De acordo com o Decreto nº 8145/2013, há duas aposentadorias diferenciadas para a pessoa com deficiência: a primeira é por tempo de contribuição; e a segunda é por idade. Na aposentadoria por tempo de contribuição, são três possibilidades, a depender do grau de deficiência (grave, moderada ou leve), cabendo ao Regulamento da Previdência Social defini-las e ao INSS atestar o grau de deficiência por sua perícia médica, observada a seguinte tabela:

	Deficiência grave	Deficiência moderada	Deficiência leve
Homens	25 anos de TC	29 anos de TC	33 anos de TC
Mulheres	20 anos de TC	24anos de TC	28 anos de TC

É importante que esses anos de contribuição sejam contribuição com deficiência, se não for com deficiência durante todo o tempo, permite-se a conversão do tempo especial em comum. Percebe-se que no tempo de contribuição a redução varia de acordo com o grau de deficiência (AMADO, 2021)

É possível que o grau de deficiência seja alterado ao longo do tempo. Uma deficiência leve pode progredir e se tornar moderada ou grave, ou vice-versa. Neste caso, se o segurado, após a filiação ao RGPS, tornar-se pessoa com deficiência, ou tiver seu grau de deficiência alterado, os parâmetros serão proporcionalmente ajustados, considerando-se o número de anos em que o segurado exerceu atividade laboral sem deficiência e com deficiência, observado o grau de deficiência correspondente (CASTRO; LAZZARI, 2020)

O Poder Executivo já publicou o Decreto n. 10.654/2021, que estabelece que a visão monocular será avaliada na forma prevista nos §1º e §2º do art. 2º da Lei n. 13.146/2015, para fins de reconhecimento da condição de pessoa com deficiência; a saber:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual

ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III – a limitação no desempenho de atividades; e

IV – a restrição de participação.

§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.

(BRASIL, 2021)

Assim, atualmente a visão monocular é considerada deficiência sensorial e será reconhecida através de avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar.

5. DOS EFEITOS JURÍDICOS EM CONTEXTO

Uma vez sancionada no Brasil, a Lei nº 14.126/2021 que trouxe o reconhecimento jurídico da visão monocular, se tornou pauta de discussões jurisprudenciais. Nesse caso, depois de sancionada, esta norma já vem sendo aplicada a determinados casos legais.

Primeiramente, a jurisprudência brasileira já afirma que em caso de comprovada deficiência (que no caso presente, é a visão monocular) deve ser concedida a aposentadoria por invalidez; a saber:

1. APELAÇÃO. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO DOENÇA ACIDENTÁRIO C.C. CONVERSÃO EM **APOSENTADORIA POR INVALIDEZ** ACIDENTÁRIA. **VISÃO MONOCULAR**. TRABALHADOR RURAL. INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE. TRABALHADOR BRAÇAL. BAIXA ESCOLARIDADE. ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS, PROFISSIONAIS E CULTURAIS. PROVIMENTO.

1.1 Para a concessão de aposentadoria por invalidez devem ser considerados outros aspectos relevantes, além dos elencados no artigo 42 da Lei nº 8.213, de 1991, tais como, a condição socioeconômica, profissional e cultural do segurado.

1.2 Quando o segurado especial, **acometido por cegueira monocular**, possuir pouca instrução, residir num município onde a atividade rural é responsável pela movimentação da economia local **e sendo inviável a reabilitação em outra atividade remunerada, deve ser concedida a aposentadoria por invalidez.** (TJTO, Apelação Cível, 0002117-16.2018.8.27.2714, Rel. MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS, 1ª TURMA DA 2ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 24/11/2021, DJe 07/12/2021 19:15:18). (grifo meu)

A justiça brasileira já vem concedendo a aposentadoria por invalidez quando comprovada a deficiência de visão monocular. É o que apresenta o seguinte julgado:

APELAÇÕES CÍVEIS. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO DOENÇA ACIDENTÁRIO C/C CONVERSÃO EM **APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. VISÃO MONOCULAR. TRABALHADOR RURAL. INCAPACIDADE LABORAL PARA A PROFISSÃO.** CONFIGURAÇÃO. SÚMULA 47 DA TNU. ASPECTOS PESSOAIS E SOCIAIS DO SEGURADO. INVIABILIDADE DE REABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE OUTRA ATIVIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DO AUTOR PROVIDO. RECURSO DO REQUERIDO PREJUDICADO.

1. A jurisprudência é assente quanto ao entendimento de que para a concessão da aposentadoria por invalidez, o magistrado deve levar em consideração não apenas os elementos previstos no art. 42 da Lei nº 8.213/91, mas também aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado, ainda que o laudo tenha concluído pela incapacidade somente parcial para o trabalho. Súmula 47 da TNU.

2. Na hipótese, **considerando que demonstrada que a cegueira monocular, que inclusive é classificada como deficiência sensorial, do tipo visual, de acordo com a Lei nº 14.126/2021,** trará dificuldade ao autor em exercer a função de vaqueiro ou qualquer outra que se dispor a realizar, o que, aliado ao seu histórico profissional, idade e grau de instrução, indica a inviabilidade de reabilitação para outra atividade que lhe garanta a subsistência, atento ao princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e o direito

fundamental à saúde (art. 196, da CF), **a reforma da sentença é medida que se impõe, para o fim de conceder o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez ao recorrente.**

3. Recurso do autor conhecido e provido. Recurso da autarquia previdenciária prejudicado, diante da reforma da sentença. (TJTO, Apelação Cível, 0017455-69.2019.8.27.2722, Rel. ADOLFO AMARO MENDES, 5ª TURMA DA 2ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 31/08/2022, DJe 13/09/2022 11:25:11). (grifo meu)

No caso acima apresentado, ficou evidente que o segurado, que exerce a função de vaqueiro, comprovou a situação de cegueira monocular, o que acabou por inviabilizar quaisquer atividades laborais que garanta a sua subsistência. Dessa forma, deve-se conceder o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez.

Insta salientar que a cegueira monocular não pode ser aplicada em outras situações. Na jurisprudência abaixo citada, ela não foi concedida em face da isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA); a saber:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. **IPVA. ISENÇÃO.** NORMA TRIBUTÁRIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. **CEGUEIRA MONOCULAR.** DIREITO LÍQUIDO E CERTO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. 1. O Mandado de Segurança, Via Constitucional Célere, a qual possui limites de cognição estreitos, é a medida judicial adequada para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, nos termos do artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal. 2. Nos termos do artigo 111, II do Código Tributário Nacional, a norma de isenção deve ser interpretada de forma restritiva. 3. **Nem todo portador de cegueira monocular possui direito subjetivo à isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), apenas aqueles que se enquadrarem nas hipóteses taxativas elencadas na legislação distrital.** 3.1. Logo, o fato de o Impetrante ser portador de cegueira monocular, por si só, não o isenta do pagamento do referido tributo. 3.2. A Lei Federal 14.126/2021 apenas classifica a visão monocular como deficiência sensorial, do tipo visual e, em nada altera a legislação distrital, no tocante à isenção do Imposto sobre a Propriedade

de Veículos Automotores (IPVA), de competência exclusiva do Distrito Federal. 4. Recurso conhecido e não provido. (07057479220228070018 - (0705747-92.2022.8.07.0018 - Res. 65 CNJ). 8º Turma Cível. Relator: EUSTÁQUIO DE CASTRO. Data de Julgamento: 13/09/2022. Publicado no DJE: 23/09/2022). (grifo meu)

Analisando o caso acima mencionado, o Decreto nº 34.024/2012, elenca as hipóteses de isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), ao passo que no seu art. 6º, inciso 2 afirma que para os efeitos deste Decreto, é considerada pessoa portadora de deficiência visual, aquela que apresenta acuidade visual igual a ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º, ou ocorrência simultânea de ambas as situações.

Ocorre que, conforme aludido no julgado, nem todo portador de cegueira monocular possui direito subjetivo à isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), apenas aqueles que preencherem os requisitos previstos na norma supracitada. Logo, o portador de cegueira monocular que não se enquadrar nas hipóteses taxativas previstas na legislação distrital, não faz jus à isenção do Imposto Sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA).

A par desses casos, fato é que quando comprovada, o direito previdenciário acata os direitos previdenciários em razão da cegueira monocular.

Situação também que deve ser mencionada, diz respeito ao qual auxílio previdenciário o segurado poderá obter no caso de cegueira monocular. Para melhor entendimento sobre essa questão, apresenta-se a seguinte jurisprudência.

APELAÇÃO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO DOENÇA POR ACIDENTE DE TRABALHO. LAUDO PERICIAL QUE CONSTATOU INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE DO TRABALHADOR. **IMPOSSIBILIDADE DE EXERCER AS MESMAS ATIVIDADES LABORATIVAS. VISÃO MONOCULAR.** MOTORISTA PROFISSIONAL. NECESSIDADE DE REABILITAÇÃO EM OUTRA ATIVIDADE QUE LHE GARANTA SUBSISTÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Consta dos autos, que o apelante, em virtude do acidente do trabalho descrito na inicial, **sofreu perda da visão do olho direito.**

2. O laudo pericial esclarece que o apelante se encontra permanentemente incapacitado para realizar atividade de motorista profissional, não podendo, portanto, exercer a atividade de motorista

para qual estava até então habilitado, concluindo-se pela incapacidade "parcial e definitiva" para o trabalho.

3. No caso em análise, verifica-se que embora o laudo ateste que **a lesão apresentada pelo autor o impede permanentemente de exercer sua atividade laborativa para o qual estava habilitado**, por outro lado, permite que exerça atividade compatível com sua limitação funcional, devendo, portanto, o beneficiário, ser submetido a processo de reabilitação profissional pelo INSS. Situação fática descrita pelo perito judicial que se enquadra perfeitamente nas hipóteses previstas nos arts. 59 e 62 da Lei 8.213/91.

4. Desta forma, é o caso de concessão do auxílio doença acidentário com determinação de reabilitação profissional (art. 62 da Lei nº 8213/91), pois temos que a aposentadoria por invalidez, positivada no artigo 42 da Lei nº 8.213/91 relaciona-se a uma incapacidade "total" e permanente, ou seja, além do trabalhador não ter mais condições de exercer a atividade que até então desenvolvia também não tem a possibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

5. Não é o caso de auxílio acidente, pois este decorre da redução da capacidade laborativa anteriormente desenvolvida pelo acidentado e após estabilizada a lesão, o que não é o caso, já que o apelante/acidentado está completamente incapacitado para o exercício profissional que anteriormente desenvolvia (lavrador e operador de motosserra), devendo ser reabilitado à uma outra atividade laborativa para manter a sua subsistência.

6. Em vista disso, deve ser concedido ao apelante o benefício de auxílio doença acidentário a partir do indeferimento na via administrativa e até que seja ultimado o procedimento de reabilitação profissional ao qual deve ser submetido.

7. Recurso conhecido e provido a fim de restabelecer o auxílio-doença acidentário a partir da data da sua cessação (09/03/2020) e até a ultimação do processo de reabilitação profissional. (TJTO, Apelação Cível, 0002214-60.2020.8.27.2709, Rel. SILVANA MARIA PARFIENIUK, 2ª TURMA DA 2ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 20/07/2022, DJe 03/08/2022 11:32:32). (grifo meu)

No caso acima, conforma mostra a ementa, no caso em análise, verifica-se que embora o laudo ateste que a lesão apresentada pelo autor o impede permanentemente de exercer sua atividade laborativa para o qual estava habilitado, por outro lado, permite que exerça atividade compatível com sua limitação funcional, devendo, portanto, o beneficiário, ser submetido a processo de reabilitação profissional pelo INSS.

Inexiste a possibilidade de auxílio acidente, pois este decorre da redução da capacidade laborativa anteriormente desenvolvida pelo acidentado e após estabilizada a lesão, o que não vem a ser o caso, já que o apelante/acidentado está completamente incapacitado para o exercício profissional que anteriormente desenvolvia (lavrador e operador de motosserra), devendo ser reabilitado à uma outra atividade laborativa para manter a sua subsistência.

Como conclusão desse caso, verificou-se que a cegueira monocular por si só não traz a garantia de aposentadoria por invalidez. A depender do caso, ela pode resultar, como mostrado, na concessão do benefício de auxílio doença acidentário.

Diante dos casos apresentados, fica evidente confirmar que no Direito Previdenciário, tendo como base a Lei nº 14.126/2021, a visão monocular, em que pese a divergência sobre esse tema, é amplamente possível de ser causa geradora de benefícios.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Temas como inclusão social e deficiência sempre foram pautas de inúmeras discussões sociais e jurídicas. O fato é que indivíduos de baixa renda ou que apresentem alguma deficiência ainda buscam igualdade social e jurídica perante os demais.

Dentre os problemas encontrados nesses temas, escolheu-se discorrer inicialmente sobre a deficiência visual. Ainda que reconhecidos pelo Direito pátrio, aqueles que possuem alguma deficiência visual não estavam plenamente seguros. Isso faz entender que de fato houve considerável tardamento no ato de reconhecimento dos mesmos Direitos e garantias que outrora foram reconhecidos às demais pessoas com deficiência.

Nesse cenário, para a realização desse estudo escolheu-se como temática a análise jurídica e social dos deficientes visuais. Por se tratar de um tema abrangente e já ter reconhecimento legal, limitou-se a examinar a visão oclusal, que é basicamente a cegueira de um olho.

Durante muito tempo, os indivíduos portadores da visão oclusal tem pleiteado na Justiça, os direitos previdenciários aos quais os deficientes visuais já vinham sendo consagrados. Ocorre que sempre existiu uma divergência doutrinária a esse tema, ao passo que esses indivíduos pouco ou quase nada tinham de reconhecimento, principalmente quando analisado sob a ótica previdenciária.

Com o advento da Lei nº 14.126/2021 que reconheceu a visão monocular como deficiência visual, e portanto, plausível de ser reconhecida o seu direito previdenciário, abriu-se espaço para que esses indivíduos portadores dessa deficiência possam conseguir as garantias requeridas. No entanto, ainda continuar o debate sobre essa questão.

Frente ao exposto, foi importante discutir sobre o reconhecimento da visão monocular na Justiça brasileira, principalmente quando se verifica um número alto de portadores.

Assim, o estudo sobre a visão monocular é de suma relevância, haja vista que os seus efeitos recaem não apenas aos cometidos com a deficiência, mas também ao Estado e à sociedade em geral.

Nos resultados aqui encontrados, a Lei nº 14.126/2021 reconheceu a visão monocular como deficiência visual. Isso sanou quaisquer dúvidas sobre a sua entrada no entendimento do que seja uma deficiência visual. Portanto, em decorrência desse reconhecimento, natural que os direitos previdenciários fossem reconhecidos.

No geral, o INSS entende que a visão monocular não é considerada uma deficiência. Contudo, na Justiça o entendimento predominante é que esta condição preenche a definição de deficiência informada pela Lei Complementar nº 142/2013.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013**. Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp142.htm>. Acesso em: 07 jan. 2023.

BRASIL. **Lei de nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Dispõe sobre a inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=07/07/2015&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=72>>. Acesso em: 07 jan. 2023.

BRASIL. **PEC Nº 6/2019**: Nova Previdência para os RPPS. Secretaria da Previdência, 2019.

BORGES, Diego Lino. **A visão monocular e o reconhecimento tardio, para todos os fins legais, como deficiência sensorial visual**. Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação

em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CLEMENTINO, Cláudio Leite. **A classificação da visão monocular como modalidade de deficiência visual**. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitocivil/aclassificacaodavisaomonocularcom-o-modalidade-de-deficiencia-visual/#_ftnref8>. Acesso em: 10 jan. 2023.

GARCIA, Fabiane Maia; BRAZ, Aissa Thamy Alencar Mendes. **Deficiência visual: caminhos legais e teóricos da escola inclusiva. Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação**. 2020, v. 28, n. 108, pp. 622-641.

JÚNIOR, William Paiva Marques. **Reconhecimento da Condição de Visão Monocular Para Fins de Pessoa com Deficiência em Concurso Público**. 2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/05/09/reconhecimento-da-condicao-de-visaomonocular-para-fins-de-pessoa-com-deficiencia-em-concurso-publico/>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Maria Eva. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 8ª edição, São Paulo. Editora: Atlas, 2017.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **A Construção do Sistema de Seguridade Social à Luz dos Paradigmas Constitucionais**. Revista da Ajuris, 44, 142; 2017.

OLIVEIRA, Raiane Soares; CRUZ, Maurício Ferreira Junior da. **A seguridade social ao alcance das pessoas com deficiência visual**. REVISTA ORTIORI, 1(1): 2021.

PAULA, Ana Cristina Alves de; LEITE, Flávia Piva Almeida. **A Lei nº 14.126/2021 e o enquadramento da visão monocular como deficiência visual para fins previdenciários, assistenciais e tributários**. Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social. Encontro Virtual v. 7 n. 2 p. 42 – 62. Jul/Dez. 2021.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SANTOS, Priscila Valdênia dos e Brandão; ARAÚJO, Gislayne Cristina de. **Tecnologias Assistivas no Ensino de Física para Alunos com Deficiência Visual: um estudo de caso baseado na audiodescrição**. Ciência & Educação (Bauru). 2020, v. 26, e20046.

O CABIMENTO DO RECURSO ADESIVO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS E FEDERAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE, DA INFORMALIDADE, DA SIMPLICIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL

VIVIANNE OLIVEIRA DE ANDRADE: Servidora do Tribunal Superior do Trabalho; bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB; especialista em Direito e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes – UCAM; especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Universidade de Brasília – UnB; especialista em Direito e Processo do Trabalho, pela Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo - FAMEESP¹⁸⁸.

Resumo: A Lei 10.259/2001 e a Lei 9.099/95 não tratam especificamente do cabimento do recurso adesivo nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais, prevalecendo o entendimento jurisprudencial, nos citados órgãos, de ser incabível a forma adesiva do recurso inominado. Nesse contexto, o presente trabalho analisou o acerto da referida interpretação do ordenamento jurídico, em especial, a compatibilidade entre essa conclusão e os seguintes princípios informadores do microsistema dos Juizados Especiais: celeridade, informalidade, simplicidade e economia processual. Por meio do exame global da Constituição Federal, do CPC e das Leis 9.099/95 e 10.259/01, constatou-se que se faz mister concluir pela possibilidade da interposição adesiva do recurso inominado, pois o recurso adesivo amolda-se perfeitamente ao procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, constituindo-se, inclusive, em um instrumento importante de acesso ao Poder Judiciário e de aceleração da entrega da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Juizados Especiais Cíveis, recurso inominado, recurso adesivo, princípios dos Juizados Especiais Cíveis, artigo 997 do CPC, Projeto de Lei 1223/2022

Introdução

O presente trabalho terá como objetivo analisar a controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto ao cabimento da forma adesiva do recurso previsto no artigo 41 da Lei 9.099/95, para que seja possível, por meio da elaboração de um artigo científico, a defesa fundamentada de um posicionamento próprio sobre a matéria.

A Lei 10.259/2001 e a Lei 9.099/95 – aplicada subsidiariamente nos Juizados Especiais Cíveis Federais - não tratam especificamente da matéria relativa à compatibilidade do recurso adesivo com os procedimentos por elas criados. Dessa forma,

188 Contato: vivianne.andrade@gmail.com

formou-se um intenso debate entre aqueles que entendem que, por não haver previsão expressa nas leis citadas, seria incabível a referida modalidade de apelo e os que defendem a tese contrária com base na inexistência de vedação legal quanto à sua interposição.

Para se analisar a controvérsia acerca do tema, é essencial pensar em diversas questões que fomentam as discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Entre elas, a taxatividade ou não do rol dos recursos em que se admite o apelo adesivo (artigo 997, § 2º, II, do CPC), a equivalência do recurso inominado à apelação cível, a compatibilidade do recurso adesivo com os princípios norteadores dos Juizados Especiais, entre outras.

Assim, realizar-se-á uma breve revisão bibliográfica, para se examinar as diversas posições doutrinárias acerca do tema, além de uma pesquisa dos diferentes posicionamentos encontrados nas decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais, a que se tem acesso por meio dos sítios oficiais dos respectivos órgãos.

Princípios norteadores dos Juizados Especiais: simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual

Tendo em vista a lacuna da lei quanto ao cabimento do recurso adesivo nos Juizados Especiais Cíveis, tem-se que, para se chegar a qualquer conclusão sobre o tema, devem-se considerar os princípios norteadores desse microssistema. Portanto, inicialmente, cumpre tecer algumas breves considerações sobre os princípios trazidos no artigo 2º da Lei 9.099/95 e que são relevantes para o referido debate, quais sejam: simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual.

Segundo Alexandre Câmara, em que pese a lei mencione a simplicidade e a informalidade separadamente, na verdade, está-se diante de um só princípio, segundo o qual os Juizados Especiais Cíveis deve ser totalmente desformalizado, isto é, deve-se buscar eliminar os exageros formais.¹⁸⁹ A informalidade, nesse sentido, cumpre o objetivo de aproximar o jurisdicionado do Estado, na medida em que um procedimento judicial mais simples pode ser compreendido pelo cidadão comum.¹⁹⁰

O princípio da economia processual, para Alexandre Câmara, consiste em “se extrair do processo o máximo de proveito com o mínimo dispêndio de tempo e

189 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 15-16.

190 MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 7ª Ed. Ver e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 704-705.

energias”¹⁹¹. Nesse contexto, Marinoni defende que, sempre que possível, é necessário minimizar a quantidade dos atos processuais, de forma que seja possível uma resposta jurisdicional mais rápida e mais barata.¹⁹²

Já o princípio da celeridade processual consiste em se buscar que o processo nos Juizados Especiais Cíveis demore o mínimo possível. Marinoni afirma que por ter sido criado esse microsistema para atender a litigiosidade contida (especialmente das classes de menor poder aquisitivo), a solução jurisdicional deve ser breve, explicando, ainda que “ninguém pode negar que, para uma pessoa pobre, a demora em receber certa soma em dinheiro pode comprometer sua própria subsistência, ao passo que dificilmente essa mesma consequência poderia advir para pessoas de mais elevada condição econômica”.¹⁹³

Noções essenciais sobre o recurso adesivo

Inspirado no direito alemão e no direito português, o recurso adesivo é regulamentado no artigo 997 do CPC. No caso de sucumbência recíproca, em que ambos os litigantes são parcialmente vencedores e vencidos, o autor e o réu podem interpor o recurso cabível no prazo recursal e, nesse contexto, eles serão considerados independentes ou, ainda, havendo somente uma parte interposto recurso, a outra pode, no prazo concedido para contrarrazões, interpor o apelo adesivo, que apresenta subordinação ao recurso já apresentado, denominado principal.¹⁹⁴⁻¹⁹⁵

Assim, o apelo adesivo não pode ser considerado uma espécie própria de recurso, mas uma forma de interposição de recurso. Dessa forma, no caso de sucumbência

¹⁹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 7ª Ed. Ver e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 706.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 707.

¹⁹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. “Curso de Direito processual civil, vol. 1”. 40ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 651.

¹⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O novo processo civil brasileiro”. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense 2002. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 652.

recíproca, a parte, como já mencionado, pode interpor recurso na forma independente ou na forma adesiva. 196

Além disso, ressalte-se que essa modalidade de recurso só é possível, na forma do 997, § 2º, II, do CPC, quando, além de configurada a sucumbência recíproca, há a interposição dos recursos de apelação, recurso especial ou recurso extraordinário por uma das partes, tratando-se de rol taxativo conforme entendimento de parte da doutrina e das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁷. No entanto, há quem defenda a extensão da possibilidade ao caso de recurso ordinário constitucional por assemelhar-se à apelação. 198

Acresça-se, ainda, que, na forma do artigo 997, § 2º, do CPC, o recurso adesivo deve observar todos os requisitos de admissibilidade exigidos para o apelo ao qual aderiu.¹⁹⁹ Ademais, o recurso adesivo tem o destino subordinado àquele do principal. Nesse contexto, na hipótese de não conhecimento do recurso principal, o apelo adesivo não será também conhecido.²⁰⁰

Tal subordinação é justificada pela presunção de que a parte que se valeu do recurso adesivo estaria, inicialmente, satisfeita com a decisão e que somente utilizou essa forma de impugnação por ter a parte adversária recorrido. Dessa forma, na hipótese em que o apelo principal não é conhecido, não se vislumbra interesse recursal que justifique a análise do mérito do recurso adesivo. Pelo mesmo motivo, na hipótese de desistência do recurso principal, não se conhece do adesivo.²⁰¹

Ainda quanto ao tema, cumpre mencionar que a criação do recurso adesivo teve como objetivo o desestímulo à interposição precipitada de recurso pelo parcialmente vencido. Isto porque a parte que porventura estivesse satisfeita com a decisão proferida não encontraria a necessidade de impugná-la mediante recurso em decorrência da certeza que teria de que, havendo impugnação da parte contrária no final do prazo recursal,

196 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Volume 3. 7ª Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013, p. 89.

197 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 671

198 MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 7ª Ed. Ver e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 593-594.

199 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Volume 3. 7ª Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013, p. 90.

200 MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 7ª Ed. Ver e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 594.

201 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Volume 3. 7ª Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013, p. 92-93.

haveria nova oportunidade para recorrer durante o prazo concedido para contrarrazões.²⁰²

Vale frisar, por último, que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de não ser possível aplicar o princípio da fungibilidade para receber o recurso principal intempestivo como recurso adesivo e de não ser cabível recurso adesivo para complementar recurso principal parcial anteriormente interposto, sob o fundamento de que nas duas hipóteses resta inequívoca a intenção de recorrer de forma principal e não na modalidade adesiva. ²⁰³

Análise doutrinária e jurisprudencial sobre o cabimento do recurso adesivo nos juizados especiais

Nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais, prevalece o entendimento de que não é cabível o recurso adesivo. Nesse sentido são os Enunciados do FONAJEF nº 59 e do FONAJE nº 88 que preconizam, respectivamente que: “Não cabe recurso adesivo nos Juizados Especiais Federais”²⁰⁴ e “Não cabe recurso adesivo em sede de Juizado Especial, por falta de expressa previsão legal”.²⁰⁵

Ademais, as decisões judiciais e as súmulas das turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais, na maior parte das vezes, rejeitam a possibilidade de cabimento do recurso adesivo. Como exemplos, vale citar a Súmula 10 da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Distrito Federal que estabelece: “O recurso adesivo, à míngua de previsão legal na legislação de regência (Leis 9.099, de 26/09/95, e 10.259, de 12/07/01) e sendo incompatível com o princípio da celeridade, não é admitido nos Juizados Especiais” e o acórdão proferido pela Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF cuja ementa se transcreve abaixo:

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. RECURSO INOMINADO. PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREPARO. DESERÇÃO. RECURSO ADESIVO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSOS NÃO CONHECIDOS. 1. O art. 42, §1º, da Lei 9.099/95, determina que o

²⁰² *Ibidem*, p. 95.

²⁰³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 671.

²⁰⁴BRASIL. Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais. **Enunciado 59**. Disponível em: <http://www.ajufe.org.br/portal/images/stories/pdfs/Enunciados_Fonajef%20-%201%20a%20110.pdf>. Acesso em 7 fev 2023.

²⁰⁵ BRASIL. Fórum Nacional dos Juizados Especiais. **Enunciado 88**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>/. Acesso em 7 fev 2023.

preparo recursal será recolhido em até 48 horas após a interposição do recurso inominado, independentemente de intimação, e compreenderá todas as despesas processuais, inclusive as dispensadas em primeiro grau de jurisdição (Lei 9.099/95, art. 54, parágrafo único). 2. O artigo 31, § 1º, do Regimento Interno das Turmas Recursais também estabelece que o preparo compreende a guia do recurso e as custas processuais e deve ser efetivado, independentemente de intimação, em estabelecimento bancário conveniado ao TJDFT nas 48 horas seguintes à interposição do recurso, com a juntada do comprovante aos autos dentro deste prazo, sob pena de deserção. 3. No caso, após a interposição do recurso pelo recorrente (ID 36469634), não foi juntado preparo no prazo prescrito em lei, no entanto, foi requerida a gratuidade. Intimada para juntar documentos a fim de comprovar a sua insuficiência de recursos (ID 36471746), a parte permaneceu inerte. Logo, não cumprindo a determinação no prazo de 48 horas, o recurso é deserto. 4. Quanto ao recurso adesivo interposto pela parte autora não se conhece, porque não há previsão legal de seu cabimento na Lei 9.099/95. (Enunciado 88 do FONAJE). Tampouco o recurso adesivo é compatível com a simplicidade e celeridade dos Juizados Especiais Cíveis: (Acórdão 1139823, 07140528620178070003, Relator: SONÍRIA ROCHA CAMPOS D'ASSUNÇÃO, Primeira Turma Recursal, publicado no DJE: 10/12/2018.). Recurso adesivo interposto pela autora não conhecido. 5. RECURSOS NÃO CONHECIDOS. Condenados os recorrentes ao pagamento de custas e honorários que fixo em 10% sobre o valor da condenação. 6. A súmula de julgamento servirá de acórdão, conforme regra do art. 46 da Lei 9.099/95. (Acórdão 1440540, 07067287020218070014, Relator: GISELLE ROCHA RAPOSO, Segunda Turma Recursal, data de julgamento: 25/7/2022, publicado no DJE: 15/8/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada.)206

206 BRASIL. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. **Processo nº 07067287020218070014**. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 07 fev 2023.

Nesse mesmo diapasão, tem-se as Súmulas 34 das Turmas Recursais do Juizado Especial Federal de São Paulo²⁰⁷ e 9 da Seção Judiciária do Piauí.²⁰⁸

Em que pese à ausência de uma discussão significativa na jurisprudência quanto ao tema em discussão, já que as decisões judiciais, de forma majoritária, rejeitam a interposição adesiva do recurso do artigo 41 da Lei 9099/95, é possível encontrar, na doutrina, diversos autores que defendem tese em sentido contrário.

José Alberto Quadros de Carvalho defende a impossibilidade de recurso adesivo nos Juizados Especiais, sob os fundamentos, já esposados nas decisões judiciais e súmulas transcritas, de que não há previsão legal para tanto e de que admiti-lo vai de encontro aos princípios da celeridade, da simplicidade e da economia processual. Ricardo Cunha Chimenti acresce que o recurso adesivo segue o princípio da taxatividade e, por conseguinte, é incabível nos Juizados Especiais, por ausência de previsão no artigo 997, § 2º, II, do CPC.²⁰⁹

Oscar Valente Cardoso segue a linha de entendimento dos referidos autores também sob o fundamento de que a impossibilidade da modalidade adesiva, nesse caso, está relacionada a sua ausência de previsão legal, sendo irrelevante, para ele, verificar a compatibilidade desse instituto com os princípios dos Juizados Especiais. Ressalta que nada impede que a parte satisfeita com a decisão interponha recurso inominado e que, verificando que o outro litigante não o fez, desista de seu recurso. Além disso, explica que o demandante, ao perceber que o prazo recursal se esgotou e a parte contrária utilizou o recurso inominado, pode buscar uma solução que lhe seja mais favorável na conciliação (artigo 2º da Lei 9.099/95).²¹⁰

Defendendo tese contrária, Marcelo da Fonseca Guerreiro sustenta que as normas do CPC incidem sobre os processos dos Juizados Especiais, e que o apelo adesivo, por ser apenas uma forma de interposição, pode ser apresentado no recurso previsto na Lei 9.099/95, sem que haja ofensa ao princípio da taxatividade.²¹¹

207BRASIL. Turmas Recursais do Juizado Especial Federal de São Paulo. **Súmula 34**. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/jef/consulta/enunciados.php>>. Acesso em 07 fev 2023.

208 BRASIL. Seção Judiciária do Piauí. **Súmula 9**. Disponível em: <http://www.pi.trf1.gov.br/sumulas_turma.htm>. Acesso em 07 fev 2023.

209 CARDOSO, Oscar Valente. O controverso cabimento do recurso adesivo nos juizados especiais federais cíveis. **In:** Revista dialética de direito processual, n.82, jan., 2010, p. 40.

210 *Ibidem*, p. 42.

211 *Ibidem*, p. 39.

Wesley Ricardo Bento da Silva afirma que as turmas recursais concluem pelo não cabimento de recurso adesivo, sob dois fundamentos principais: a ausência de previsão legal para tanto e a incompatibilidade dessa forma de impugnação com os princípios norteadores dos Juizados Especiais. Segundo ele, no entanto, tais argumentos não são convincentes, uma vez que não há, para o autor, a necessidade da expressa menção legal no tocante ao recurso adesivo na Lei 9.099/95 para que este seja admitido em decorrência da possibilidade de aplicação subsidiária do CPC desde que não haja colisão do dispositivo que se pretende utilizar com aquele diploma legal. 212

Acrescenta, ainda, o autor que a utilização do recurso adesivo nos Juizados Especiais contribui para a celeridade das decisões, na medida em que evita que a parte satisfeita com a decisão interponha precipitadamente recurso inominado, mas que aguarde a iniciativa recursal do outro litigante.

Ademais, ele explica que, em casos de indenização por danos morais, demandas comuns nos Juizados Especiais, poderia haver desistência daquele que apresentou recurso inominado com objetivo de reduzir o *quantum* indenizatório ao verificar que a parte contrária interpôs o apelo adesivo tendo em vista a possibilidade da majoração do valor arbitrado na primeira decisão.213

Em ambas as hipóteses, o jurista menciona exemplos de casos que não se sujeitariam ao segundo exame pela turma recursal, o que contribuiria para uma solução mais célere da lide.214 Didier também afirma que os que defendem o não cabimento do recurso adesivo nos Juizados Especiais partem da falsa premissa de que este afrontaria o princípio da celeridade processual215. Ainda quanto à questão da celeridade, Alexandre Câmara destaca que “entendê-lo [o recurso adesivo] inadmissível acaba, pois, por incentivar a litigiosidade, fazendo com que prossiga um processo que poderia ter chegado ao seu termo final por ter nele sido proferida uma sentença que agrada a ambas as partes”.216

Nesse contexto, vale citar um trecho em que Cândido Dinamarco afirma:

212 SILVA, Wesley Ricardo Bento da. O recurso adesivo nos juizados especiais. In **Consulex** : revista jurídica, v.7, n.162, out., 2003, p. 49.

213 *Ibidem*, p. 50.

214 *Ibidem*, p. 50.

215 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Volume 3. 7ª Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013, p. 90.

216 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 135.

os objetivos do recurso adesivo coadunam-se muito harmoniosamente com os da criação do processo especialíssimo dos juizados, onde o zelo para terminação rápida do serviço jurisdicional se situa entre as preocupações centrais. Faz parte do espírito conciliatório que aqui se aviltra essa atitude do litigante que, atendido e parte quanto à pretensão sustentada em juízo, prefere não recorrer e só recorrerá se o fizer o adversário. Por isso, também no processo dos juizados especiais é admissível o recurso adesivo, embora não se tenha aqui o recurso de apelação mas o inominado, uma vez que os objetivos práticos deste coincidem com os daquela.²¹⁷

José Scalfone Neto defende também o cabimento do recurso adesivo, sob o fundamento de que o recurso inominado previsto na Lei 9.099/95 equivale, analogicamente, à apelação prevista no CPC, de forma que admitir o apelo adesivo nos Juizados Especiais não ofenderia o princípio da taxatividade. Ademais, esclarece que o recurso adesivo não contribuiria para a morosidade do sistema dos Juizados Especiais, na medida em que o prazo para a sua interposição coincide com o de contrarrazões, dilatando-se o tempo do processo apenas por um período muito curto que seria o das contrarrazões ao apelo adesivo.²¹⁸

Projeto de Lei 1223/2022

Em que pese à possibilidade de interposição de recurso adesivo no âmbito dos juizados especiais a partir da ordem jurídica vigente, insta registrar a apresentação do Projeto de Lei 1223/2022, que visa à alteração do artigo 41 da Lei 9.099, nos seguintes termos:

Art. 41. (...)

§3º Sendo vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir o outro, ficando o recurso adesivo subordinado ao recurso independente, sendo-lhe aplicáveis as mesmas regras

²¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. "Manual dos Juizados Cíveis". São Paulo: Malheiros Ed, 2001, p. 183. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Volume 3. 7ª Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013, p. 89.

²¹⁸ SCALFONE Neto, José. "O Recurso Adesivo e os Juizados Especiais Cíveis" : lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. In: **Repertório IOB de Jurisprudência : Civil Processual Penal e Comercial**, n.19, p.453-451, 1. quinz out., 1999.

deste quanto aos requisitos de admissibilidade e julgamento na turma, salvo disposição legal diversa, observado, ainda, o seguinte:

I - será dirigido ao órgão perante o qual o recurso independente fora interposto, no prazo de que a parte dispõe para responder;

II - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal ou se for ele considerado inadmissível.

Nesse contexto, merecem ser destacados os fundamentos da exposição de motivos do referido projeto de lei:

A presente proposição tem por objetivo racionalizar a sistemática recursal nos Juizados Especiais, os quais devem se orientar, dentre outros, pelos princípios da economia processual e celeridade.

Neste sentido, a possibilidade de interposição do chamado Recurso Adesivo no âmbito dos Juizados, ao contrário do hoje sustentado na jurisprudência dos Tribunais brasileiros que entendem por vedar a admissão de tal instrumento, vai ao encontro desses princípios.

A ausência de previsão legal e o princípio da taxatividade dos recursos não podem servir como fundamento para, estes sim, impedir a real finalidade do procedimento especial previsto na Lei no 9.099/1995 que é a garantia da razoável duração do processo para causas menos complexas e, em última análise, garantir o próprio acesso à Justiça.²¹⁹

Considerações finais

O microsistema processual dos Juizados Especiais é norteado pelos princípios do artigo 2º da Lei 9.099/95, dentre os quais se encontram os da celeridade, da informalidade, da simplicidade e da economia processual. Concluir que admitir a forma adesiva no caso de recurso inominado seria uma interpretação jurídica que não observaria tais preceitos é um equívoco.

No que concerne à celeridade, o recurso adesivo contribui, como mencionado no trabalho, para evitar a interposição precipitada de recursos em caso de satisfação das partes com a sentença, bem como pode estimular, na hipótese em que haja a utilização da via adesiva, a desistência do litigante que interpôs o recurso principal pelo receio de que a

219 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Justificação do Projeto de Lei 1223/2022**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2168430. Acesso em 7 fev 2023.

decisão a ser proferida lhe seja desfavorável. Em ambas as hipóteses, percebe-se que o recurso adesivo pode proporcionar, ao contrário do defendido por parte da doutrina e da jurisprudência, solução mais célere do litígio, o que vai ao encontro do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Carta Magna.

Quanto aos princípios da simplicidade e da informalidade, ressalte-se que a possibilidade da interposição da modalidade adesiva do recurso inominado, por si só, não gera grandes complicações no tocante ao procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, já que a parte, em fase recursal, deve estar representada por advogado, profissional que tem capacidade para compreender as características do instituto em discussão.

Em relação ao princípio da economia processual, embora a primeira impressão seja a de que o recurso adesivo seria mais uma etapa no procedimento e, com isso, a solução do litígio levaria um maior tempo e teria um maior custo financeiro, a possibilidade de utilização da via adesiva, vista de forma global, reduziria os recursos nos casos em que há satisfação com a sentença, contribuindo para uma resposta jurisdicional mais rápida e mais barata.

No tocante à ausência de previsão do recurso adesivo nas Leis 9.099/95 e 10.259/2001, ressalte-se que, nesse aspecto, é perfeitamente possível a aplicação subsidiária do CPC, na medida em que, como já exposto, admiti-lo não vai de encontro aos princípios que informam os Juizados Especiais Cíveis. Ademais, por representar mais um instrumento de acesso ao Poder Judiciário, adotar a interpretação restritiva quanto ao cabimento do recurso adesivo, sem fundamentação idônea para tanto, violaria o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Relativamente ao rol do inciso II do § 2º do artigo 997 do CPC, que diz respeito aos recursos que admitem a forma adesiva, é importante ressaltar que a jurisprudência, ao realizar interpretação ampliada, concluiu pelo cabimento de recurso ordinário constitucional por via adesiva, sob o fundamento de que há semelhança entre esse e a apelação. Da mesma forma, pode-se concluir que o recurso inominado, que também apresenta diversas características semelhantes às da apelação do CPC – sendo, inclusive, regulado pelas regras desta nos aspectos em que há omissão na Lei 9.099/95 -, admite a interposição adesiva, sem que isso represente ofensa ao citado dispositivo legal.

Ressalte-se que o paradigma atual do neoconstitucionalismo importa na leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos fins constitucionais. Nesse contexto, faz-se mister adotar a interpretação da legislação que rege o microsistema dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais que mais se harmonize com o acesso ao Poder Judiciário e com a celeridade na entrega jurisdicional.

Assim, ao se proceder à interpretação global da Constituição Federal, do CPC e das Leis 9.099/95 e 10.259/01, não há como se concluir pela impossibilidade da interposição adesiva do recurso nominado, pois o recurso adesivo amolda-se perfeitamente ao procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, constituindo-se, inclusive, num instrumento importante para a aceleração da entrega da prestação jurisdicional.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Justificação do Projeto de Lei 1223/2022**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co

dteor=2168430. Acesso em 7 fev 2023.

BRASIL. Fórum Nacional dos Juizados Especiais. **Enunciado 88**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>/. Acesso em 7 de fev 2023.

BRASIL. Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais. **Enunciado 59**. Disponível em: <http://www.ajufe.org.br/portal/images/stories/pdfs/Enunciados_Fonajef%20-%201%20a%20110.pdf>. Acesso em 7 fev 2023.

BRASIL. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. **Processo nº 07067287020218070014**. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 07 fev 2023.

BRASIL. Seção Judiciária do Piauí. **Súmula 9**. Disponível em: <http://www.pi.trf1.gov.br/sumulas_turma.htm>. Acesso em 07 fev 2023.

BRASIL. Turmas Recursais do Juizado Especial Federal de São Paulo. **Súmula 34**. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/jef/consulta/enunciados.php>>. Acesso em 07 fev 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARDOSO, Oscar Valente. O controverso cabimento do recurso adesivo nos juizados especiais federais cíveis. **Revista dialética de direito processual**, n.82, p.30-42, jan., 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Volume 3. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. "Manual dos Juizados Cíveis". São Paulo: Malheiros Ed, 2001, p. 183. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Volume 3. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil, volume 2 : processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

JORGE, Flávio Chem. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O novo processo civil brasileiro". 22ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense 2002. In: Wambier, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 652.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

SCALFONE Neto, José. "O Recurso Adesivo e os Juizados Especiais Cíveis" : lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Repertório IOB de Jurisprudência : Civil Processual Penal e Comercial**, n.19, p.453-451, 1. quinz out., 1999.

SILVA, Wesley Ricardo Bento da. O recurso adesivo nos juizados especiais. **Consulex: revista jurídica**, v.7, n.162, p.48-51, out., 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. "Curso de Direito processual civil, vol. 1". 40ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. In: Wambier, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REFLEXÃO SOBRE A TUTELA ANTECIPADA: DA FLEXIBILIZAÇÃO DO PROVIMENTO FRENTE À PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO

THAIS KARINE DE LIMA XAVIER ARRUDA:

Advogada, Docente em Direito no Centro Universitário Escritor Osman da Costa Lins – UNIFACOL; Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho; Pós Graduada em Gestão Pública;
220

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar as transformações no cenário das tutelas dos direitos de natureza coletiva e interesses transindividuais no que diz respeito à celeridade da prestação jurisdicional, de acordo com a previsão do Código de Processo Civil. Verificam-se as divergências na antecipação dos efeitos da decisão, que em tese, só aconteceria ao final do processo, e que surge para minimizar a morosidade no sistema processual brasileiro e garantir uma distribuição mais célere às demandas, exigindo do magistrado um juízo de cognição para o seu deferimento, para que não se tenham resultados irreversíveis, caso não haja uma sintonia entre as decisões antecipadas e definitivas. Com uma abordagem qualitativa e de caráter descritivo, para o desenvolvimento do presente artigo foram realizadas pesquisas bibliográficas, legislativas e institucionais a partir dos mais variados campos da área do saber. Convém esclarecer que esta pesquisa exploratória visa proporcionar maior familiaridade com o assunto, porém, como se verá adiante tornou-se um assunto de relevância social e sua discussão é inesgotável quando consideramos as diversas discussões e opiniões sobre o assunto.

Palavras-Chaves: Tutela. Flexibilização. Prova Inequívoca.

1. INTRODUÇÃO

Os últimos anos foram marcados com grandes transformações no cenário das tutelas dos direitos de natureza coletiva e interesses transindividuais, desta forma, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, se fez necessário a introdução de mecanismos que atendessem a celeridade da prestação jurisdicional e disciplinassem o Código de Processo Civil de 1973, como também de instrumentos eficazes para as ações que tratavam das tutelas constitucionais acima elencadas.

A utilização da tutela antecipada tem importância jurídica profunda para a sociedade, pois, historicamente, os procedimentos foram utilizados para beneficiar determinada classe. Enquanto o processo comum do conhecimento vinha com sua morosidade tutelar, as classes inferiores, muitas vezes não conseguiam satisfazer seus

²²⁰ Contato: thaisxavieradv@gmail.com

direitos com efetividade. A partir de 1994, com a grande onda reformista, se instituiu a tutela antecipada para distribuir o tempo do processo e garantir efetividade na prestação jurisdicional.

Mesmo com a utilização de tal instituto, muitas divergências ainda são encontradas, pois a antecipação dos efeitos de uma decisão, que só aconteceria ao final do processo, ainda é vista no momento de sua aplicação com muita reticência pelos operadores de Direito e tribunais.

Uma vez que a técnica utilizada é a exegese do artigo 273 do Código de Processo Civil, seus requisitos são vistos com certo grau de dificuldade, não atribuindo assim a vontade do legislador na implantação do referido instituto processual.

Assim, a Tutela Antecipada veio para suprir a morosidade do sistema processual brasileiro e garantir uma distribuição mais célere nas demandas, mas também exige do magistrado um juízo de cognição para o seu deferimento, tanto na sua utilização adequada (fazendo surtir efeitos a implantação de tal instituto), como também, na atenção para não prejudicar a parte contrária, uma vez que, não se exige para o deferimento o contraditório.

2. DA FLEXIBILIZAÇÃO DO PROVIMENTO FRENTE À PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO

Para tratar deste tema é necessário entendermos que o processo padrão é estudado na cognição horizontal e vertical, sendo a primeira dividida em cognição plena e parcial, e a segunda no aprofundamento da cognição, podendo ser sumária ou exauriente. Conforme desenvolve a maior parte da doutrina e também pelos ensinamentos de Watanabe (2005, p. 129), no qual em aprofundado estudo discorre que os conflitos levados ao processo são realizados pela cognição plena ou parcial em sentido horizontal e a apreciação de sua profundidade através da cognição sumária e exauriente em sentido vertical:

Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada por provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição.

O mestre Watanabe (2005, p. 131) ainda cita sobre a cognição sumária, que é realizada quando o operador do direito se depara com tutelas de urgência que exigem rápida resposta do judiciário, sob pena de lesão a direitos:

[...] cognição sumária ou superficial: em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou para a antecipação do provimento final, nos casos permitidos em lei, ou ainda em virtude de particular disciplina da lei material, faz suficiente a cognição superficial para a concessão da tutela reclamada;

Alvim e Arruda Alvim (2003, p. 428-429), ao definirem sobre o grau de profundidade da cognição que o magistrado realiza para se chegar a sentença final, assim descrevem:

Por cognição exauriente, a doutrina tem entendido como aquela em que o juiz deve formar um convencimento não-provisório da matéria cognoscível, tendente à resolução final da lide, com a apreciação do máximo de provas que julgar necessário. Nessa forma de cognição, busca-se os juízos de certeza ou convicção, próprios do privilégio dado ao valor da segurança jurídica.

E na cognição sumária, ainda citam o juízo de verossimilhança da alegação e a probabilidade que deve assumir o interprete para a efetivação dos instrumentos processuais colocados no ordenamento processual civil:

Nesta, o juiz aprecia as provas e argumentações de maneira rápida e sem exigir demonstrações cabais, com o objetivo prático de formar um convencimento assumidamente provisório, mutável e incompleto, de verossimilhança e probabilidade. Tal forma de cognição é fruto de um processo civil orientado pelo risco, emergente de uma sociedade pós-moderna, afetada pela velocidade das transformações tecnológicas e pela queda epistemológica dos valores certeza e segurança.

Assim, nas ações judiciais por diversas vezes o magistrado se depara com hipóteses, que se faz necessário uma análise dos fatos e do pedido do autor para a concessão ou não da antecipação dos efeitos do mérito, e que havendo demora no procedimento, poderá esse direito sofrer lesão ou até mesmo não ser mais satisfeito ao final da demanda.

Autoriza-se deste modo, através da legislação processual civil, que o juiz diante da impossibilidade aguardar o contraditório e a instrução probatória, confira a parte requerente uma tutela jurisdicional urgente, baseada em juízos de verossimilhança para não ferir o princípio da efetividade do direito, tratando a doutrina como sendo um momento em que se realiza a técnica da cognição sumária, conforme explica Coelho (2007, p. 674):

No entanto, é equivocado trabalhar apenas com a cognição plena e exauriente. Realmente, devem existir também tutelas sumárias. De fato, de um lado coloca-se a segurança (tutelas ordinárias) e, de outro, a celeridade e a urgência (tutelas sumárias), que devem ser compatibilizadas, já que o processo deve servir, ao mesmo tempo, para tutelar o interesse do autor e réu.

Em suma, a doutrina é unânime em admitir que a técnica da cognição sumária tem elevado a grande importância na efetividade do processo, pois através dela os procedimentos devem ser mais ágeis e se ajustar ao ritmo acelerado das alterações que ocorrem na sociedade moderna, a de modo inesperado e sempre à frente do direito processual e material.

O legislador para atender os reclames do sistema processual civil, instituiu a antecipação dos efeitos da tutela, que diante das técnicas de urgência, trariam assim a celeridade na tutela jurisdicional.

As respostas legislativas nascem a partir das preocupações doutrinárias e das abstrações dogmáticas que fazem parte da ciência processual, na busca do instrumentalismo mais efetivo do processo. Diante de uma ótica mais abrangente na problemática sócio jurídica, as alterações ocorridas no âmbito da sociedade exigem do direito material e processual, garantias aos princípios constitucionais elencados em nossa Carta Magna.

Completa é a definição dada por Watanabe (2005, p. 22), quando defende a utilização dos institutos processuais voltados para a efetivação da tutela dos direitos:

O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais -, prestigiando ou adaptando, ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos -, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumentos à efetiva realização dos direitos.

A utilização da técnica de antecipação da tutela no cotidiano forense se confunde com a técnica cautelar, e exige do magistrado certa rigidez para a sua concessão, e assim, deixa de tutelar os novos direitos e as aspirações da sociedade que evoluem com certa rapidez diante do sistema procedimental.

Não trata este trabalho de analisar a antecipação dos efeitos da tutela diante do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, que para alguns doutrinadores servem como uma sanção imposta à parte ré, mas sim em face do eminente dano irreparável ou de difícil reparação do inciso I, do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973.

A tutela antecipada está inserida em nosso sistema há quase 16 anos com o intuito de frear a morosidade na tramitação do processo de conhecimento. Mas ainda, para alguns doutrinadores o modo como foi prevista dificulta a possibilidade de sua aplicação, e assim se afasta a real intenção da sua inserção na busca da celeridade da efetivação da tutela jurisdicional.

Tratando-se esta, de uma tutela de urgência, o magistrado para o deferimento ou não, poderá estar diante de uma situação em que a impossibilidade de produção de provas e a natureza da lesão ao caso concreto, exigem-no, correr o risco para não provocar um dano maior, e neste momento é que se faz a cognição sumária, como melhor define Watanabe (2005, p. 145): "Cognição sumária é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical."

Fazendo uma interpretação gramatical do caput do artigo 273 do Código de Processo Civil, percebe-se facilmente que o legislador introduziu o juízo de verossimilhança, mas restringiu a possibilidade da concessão quando lançou no texto a exigência de prova inequívoca, contraditando-se ambos os requisitos, conforme preleciona Jaqueline Silva (2009, p. 334), ao tratar do tema:

Em razão de toda ideologia do processo estar amparada na busca de uma certeza – à qual nunca chegaremos! – o caminho mais simples encontrado pelo legislador foi o de restringir a possibilidade de concessão de medidas antecipatórias. Com a inserção de requisitos típicos de juízos de certeza, tal intuito foi alcançado, a começar pela exigência de prova inequívoca. Ora, a prova inequívoca, muitas vezes, inexistente em sede de juízo de verossimilhança, como temos na tutela antecipada! Trata-se de requisito absolutamente contraditório com o outro dos requisitos: a verossimilhança.

O rigorismo exigido pela prova inequívoca é tratado com certa cautela pela doutrina, pois diante de um juízo de cognição sumária não poderia assim ser concedido tal tutela.

Marinoni (2009, p. 23), explica que esta prova inequívoca não deve ser entendida como requisito que não aceita prova em contrário, ou que leve o magistrado a utilizar somente das provas que apontem em um único sentido, para assim antecipar os efeitos da

tutela. Pois agindo nesta posição, estará o juiz deixando de trazer a mais importante finalidade de tal instituto, que é a autorização expressa no artigo 273, no qual o magistrado irá decidir com base em verossimilhança:

Tal espécie de tutela antecipatória apresenta-se como necessária quando a posição do autor está gravemente fragilizada, já que o seu direito está sendo ameaçado por dano iminente. Para tornar possível a sua proteção, outorgou-se expressamente ao juiz a possibilidade de decidir com base em verossimilhança, o que significa que ele está proibido de pensar em uma convicção de verdade, própria à regra do ônus da prova.

Nesse sentido Alvim (2000, v.3, p.422) discorrendo sobre o assunto, esclarece que o legislador quando da redação da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, motivado pelos decorrentes temas de acesso à justiça em nossa civilização, resultado da globalização, e em situação contrária a morosidade com que o processo de conhecimento tratava as tutelas de urgência, se viu obrigado a implantar um instituto que oferecesse garantias a tutela do direito de quem recorre ao judiciário:

O art. 273, caput, utiliza-se de expressões, quais sejam, prova inequívoca conducente ao convencimento do juiz da verossimilhança, cujo entendimento poderá gerar perplexidade, antes que se estabeleça a verdadeira significação. Para isto se segue que é importante considerar-se a própria posição e a grandeza da tutela antecipatória, nos quadros do sistema com vista a interpretar corretamente as expressões utilizadas pelo legislador quando da criação deste instituto.

A discussão tratada pela doutrina acerca da rigidez na interpretação dos requisitos do artigo 273, do Código de Processo Civil, é comentada por Odilon Capucho Pontes de Souza, em texto produzido para o site jurídico Jus Navigandi (2004):

No que concerne ao plano semântico jurídico, a expressão "prova inequívoca" traz em seu cerne uma enorme impropriedade, pois o adjetivo "inequívoco" (com significação de evidente, inegável, que não deixa dúvida) não se adéqua, na perspectiva da lógica processual, com o substantivo "prova" que no texto da lei é usado no sentido de meio probatório, esse é o entendimento pacífico da doutrina. No mesmo diapasão, o entrave é que os meios de prova admitem classificações de caráter objetivo, não cabendo à lei classificá-la como equívoca ou inequívoca, que é critério subjetivo,

porque o reconhecimento de tal qualidade depende, tão somente, da valoração que o magistrado decida atribuir à prova num determinado processo, pautado no princípio do livre convencimento. Portanto, se apresenta totalmente equivocada a expressão "prova inequívoca".

Importante colocação é feita por Flach (2009, p. 117), quando relata sobre a verossimilhança no processo civil:

A expressão "prova inequívoca da verossimilhança" do art. 273 do CPC já foi objeto de inúmeras críticas denunciando contraposição inconciliável entre o adjetivo inequívoca atribuído à prova, e o termo verossimilhança. O que é inequívoco deve ser tido como verdadeiro, não verossímil. Aponta-se a existência de contradição interna que dificulta a compreensão do standard.

Pelos ensinamentos trazidos pela doutrina dominante, fica claro que a introdução da tutela antecipada no nosso ordenamento jurídico, foi para organizar a utilização das cautelares inominadas e garantir ao titular do direito um procedimento capaz de efetivar a tutela jurisdicional de forma rápida e eficaz. No entanto, apesar da intenção do legislador ser essa, deixou o intérprete do artigo 273, do Código de Processo Civil, em posição que pode se distanciar da real vontade da lei, como bem observou Montenegro Filho (2008, v.3, p.25):

Nenhuma prova é inequívoca, o que nos faz concluir que o legislador foi infeliz no emprego da expressão contida no caput do art. 273 da Lei de Ritos, Mesmo um teste de DNA, que aponta a paternidade num grau de probabilidade superior a 99% (noventa e nove por cento), poder ser visto como prova inequívoca. Entendemos que a interpretação da lei deve partir da premissa da exigência de uma prova robusta da existência do direito afirmado pelo autor, e não uma mera fumaça de bom direito.

Em interpretação contrária e seguindo o texto gramatical da prova inequívoca, José Carlos Barbosa Moreira, citado por Marinoni (2009, p. 172), atribui um significado autônomo a prova inequívoca, afirmando que referida prova só se admite em um único sentido:

A tese de Barbosa Moreira faz uma interpretação gramatical do significado de 'prova inequívoca', lembrando, inclusive, o significado que os dicionários atribuem a 'equivoco', mas não se preocupa com a finalidade da norma que encampa tal locução, e aí esquece o mais

importante, isto é, que o art. 273 expressamente autoriza o juiz a decidir com base em convicção de verossimilhança.

Dinamarco (2008, p. 270) admite, ao observar que na técnica da instrumentalidade do processo, tanto o legislador quanto o intérprete, devem avaliar os riscos que poderão correr quando se utilizar do juízo de probabilidade em cognição sumária:

Ao estabelecer o desejado modelo de equilíbrio entre a celeridade e a ponderada cognição como virtudes internas do processo, legislador e intérprete não de estar conscientes do risco que correm ao se afastarem dos critérios de certeza e passarem a confiar na probabilidade suficiente, como metro para as soluções processuais.

Com grande aprofundamento ao tema da prova inequívoca Machado (1999, p. 396), interpreta o requisito da prova inequívoca exigido para a concessão da tutela antecipada:

Inicialmente, cumpre assinalar que, sob o ponto de vista semântico-jurídico, a locução “prova inequívoca” traz em seu bojo uma enorme impropriedade, na medida em que o adjetivo “inequívoca” (com a significação de evidente, inegável, que não deixa dúvida) não se coaduna, na perspectiva da lógica processual, com substantivo “prova” que, no texto sob enfoque, é utilizado no sentido de meio probatório (o instrumento pessoal ou material que é trazido ao processo com o intuito de revelar ao juiz a veracidade de um fato).

Assim, assinala a doutrina que o requisito “prova inequívoca”, exigido para a concessão de tal instituto, deve ser interpretado de modo que não impeça a realização da cognição sumária na busca da efetividade do processo.

Além da “prova inequívoca”, para o deferimento da tutela antecipada, buscou o legislador, deixar outro requisito com o intuito de equilibrar os princípios constitucionais colocados em conflitos, e garantir assim maior efetivação da tutela garantida pelo Estado.

A “verossimilhança da alegação”, muito discutida por filósofos e juristas do direito, segue a mesma interpretação para a busca da tutela efetiva do direito, necessitando assim que o postulante demonstre os fundamentos para a convicção da pretensão, conforme destacado por Flach (2009, p. 130):

Descolada a noção de verossimilhança, para os fins a que se destina no art. 273 do CPC, de uma valoração jurídica da pretensão deduzida ela se resume a uma parte da questão. É evidente que reconhecer

que a exposição dos fatos feita pelo autor é plausível e que há razões para nela crer é um elemento essencial do juízo; não é, todavia suficiente. Ao antecipar tutela por entender verossímil a alegação do autor, ou relevantes os fundamentos, o juiz analisa integralmente os fundamentos da pretensão, inclusive os aspectos eminentemente jurídicos, estabelecendo vinculações sistemáticas, ciente do campo de normatividade em que se insere a atividade.

Tratando do juízo de verossimilhança, segundo dicionário de Acquaviva (2006, p. 677), através do ponto de vista estritamente semântico, as expressões aparência, probabilidade se aproximam, ao ponto de se confundirem, senão vejamos:

Por este princípio de direito processual, leva-se em conta a probabilidade de um fato, ainda não provado, ser verdadeiro. Mediante sua invocação, o juiz baseado simplesmente na verossimilhança, recebe a petição inicial e concede liminares, decidindo, provisoriamente, sobre o mérito da causa, como ocorre nos interditos possessórios. O princípio da verossimilhança liga-se, umbilicalmente, à teoria da aparência, que se robustece em face de sua notória incidência prática [...]

Exige o artigo 273 do Código de Processo Civil, nos ensinamentos da doutrina, que ao juiz para a concessão da tutela antecipada, deve estar convencido no momento da cognição sumária, demonstrando assim que o seu intelecto reside nos níveis da certeza, probabilidade e da dúvida.

O legislador reconhecendo a necessidade de lançar no âmbito do processo civil soluções para a efetividade da tutela dos direitos, e simultaneamente garantir os princípios constitucionais, foi obrigado a instituir mecanismos simplificados observando o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade. Dentre eles foi à tutela antecipada que mais ênfase teve para saciar a morosidade processual no judiciário e deixar para trás as exigências formais que colocavam o valor da justiça em segundo plano.

No plano processual grande parcela da doutrina reconhece que o julgador por grande acúmulo de trabalho, deixa de submeter os atos processuais a um exame crítico, levando em conta os princípios da economia processual e a ausência de prejuízo, para tão somente seguir um formalismo excessivo e com isto afastar a real vontade da busca da efetividade jurisdicional.

Entretanto, é bem observado que não se deve revelar despreocupação com os princípios que regem a segurança processual do devido processo legal, mas imprescindível

se faz que o operador do direito procure trabalhar no plano do direito material e processual de acordo com a luz dos princípios constitucionais.

Bedaque (2006, p. 108), tratando do tema efetividade da jurisdição e os formalismos lançados na tramitação processo, discorre:

Em primeiro lugar, é preciso abandonar a ideia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei. O formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo. Não podemos olvidar que o Estado está comprometido com a correta solução das controvérsias, não com a forma do processo.

Sendo a tutela antecipada um instituto processual realizado através da técnica de cognição sumária, concedendo ao juiz poderes para permitir ou não a parte experimentar os efeitos que a sentença produziria ao final caso não seja revogada no decorrer do processo, autorizou-se assim, que o magistrado corra certo risco diante do fato concreto, conforme melhor explica Marinoni (2009, p. 23):

É preciso, portanto, que os operadores do Direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há razão para timidez no uso da técnica antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado. É necessário que o magistrado compreenda que não pode haver efetividade, em muitas hipóteses, sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão.

A questão que se trata neste tema é da flexibilização do requisito da “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”, pois utilizando de uma interpretação gramatical do artigo 273 do Código de Processo Civil, seria quase que impossível ao magistrado deferir os efeitos da tutela antecipada requerido na inicial de uma lide, exigindo assim a relativização de tais requisitos com o fim de se chegar a real intenção do legislador, quando da introdução de tal instituto em nosso ordenamento processual, conforme tratado por Aragão (1996, p. 201):

Aparentemente, “prova inequívoca”, e “verossimilhança” são conceitos incompatíveis. Se se aceita mera verossimilhança não é possível pretender prova inequívoca. Para compreender o enigma

tem-se de admitir que constitui especial recomendação aos magistrados de avaliarem com rigor a verossimilhança.

Procura a doutrina demonstrar que os formalismos em excesso afastam o direito material daqueles que postulam em juízo, e esse mecanismo de separação muitas vezes é o próprio direito processual, que em interpretação gramatical do texto legal nas práticas forenses, desvirtuam a efetividade instrumental das técnicas de urgência. Assim afirma Lamy (2009, p.106), ao tratar da flexibilização:

Não há dúvida de que é cada vez mais necessário pensar o processo e o direito material conjuntamente, integradamente. Trata-se, portanto, de uma concepção que vem sendo assimilada pela doutrina, mas que ainda precisa de maior propagação e difusão perante os operadores do direito, para que se obtenham maiores resultados, especificadamente na prática forense cotidiana.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Zavascki (2008, p. 137) destaca a aplicação da tutela antecipada em todo o sistema processual, devendo ser repensados os conceitos voltados à luz dos novos valores jurídicos:

[...] é aquele que representa uma nova concepção de processo civil, uma alteração nos seus rumos ideológicos, marcada pelo acentuado privilégio da efetividade jurisdicional. Ora, a especial salvaguarda desse princípio, feita pelo legislador, tem reflexos não apenas tópicos, ou seja, não apenas num ou outro dispositivo codificado, mas passa a permear todo o sistema, que, assim, deve ser reinterpretado à luz dos valores jurídicos agora privilegiados.

Ainda reforçando o tema deste trabalho, Marinoni (2000, p. 124-125) destaca que o legislador quando da inserção da tutela antecipada no ordenamento processual, estava ciente dos riscos que o magistrado poderia correr quando da utilização de tal instrumento, mas mesmo assim não poderia se apegar ao formalismo exagerado trazido pela doutrina tradicional:

[...] exige que o juiz deixe de lado o comodismo do procedimento ordinário – no qual alguns imaginam que ele não erra – para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos “novos direitos” e que também tem que entender – para cumprir a sua função sem deixar de lado a sua responsabilidade social – que as novas situações carentes de tutela, não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos

a 60 anos atrás, época em que foi publicada a célebre obra de Calamandrei, sistematizando as providências cautelares.

Desta forma entende-se por grande parte dos doutrinadores da atualidade, que o interprete quando da aplicação da tutela antecipada no fato concreto deve estar consciente de que a verdade real no processo é algo impossível de ser descoberto, e através da cognição sumária flexibilizar o requisito da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, não atento somente ao formalismo rigoroso que faz do processo civil uma barreira para obtenção da tutela jurisdicional de urgência, conforme bem destaque Bedaque (2006, p. 88):

Tais alternativas, todavia, atingem número não muito expressivo de demandas. É necessário pensar na maioria das hipóteses, em que não estão presentes os requisitos da tutela antecipada e do julgamento antecipado. Para tais situações a simplificação e a flexibilização da forma representam a opção mais adequada.

A reforma processual ocorrida com a introdução da tutela antecipada dá ao magistrado poderes para com base na verossimilhança da alegação e diante do fato concreto, repensar os excessos de formalismos criados nos procedimentos e realizar uma técnica processual voltada à luz dos princípios constitucionais que protegem a efetivação da tutela jurisdicional, garantido a sociedade segurança jurídica.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso ordenamento processual civil, após a reforma de 1994, pela Lei 8.952 de 1994, muito se enriqueceu, rompendo concepções ultrapassadas e prestigiando uma visão de função social do processo sob a luz da Constituição Federal de 1988.

Dentre estes mecanismos está a Tutela Antecipada. Resposta dada pelo legislador para fazer frente a uma reforma no Código de Processo Civil, quando se trata de tutela de urgência, visando solucionar a lentidão da justiça e aproximar o direito processual do direito material.

Entretanto, esbarra a doutrina em um ponto fundamental quando da instituição da tutela antecipada e seus requisitos, os quais quando levados a uma interpretação gramatical pelo magistrado, dão ao processo um apego exagerado ao formalismo e com isto não satisfazem as reivindicações que levaram a introdução deste instituto no meio processual.

Desta forma a doutrina moderna e dominante se manifesta no sentido de que o processo muitas vezes não se traduz em um meio de realização do direito material, pois a rigorosa forma processual cria obstáculos aos mecanismos que ao longo da história do direito foram sendo reformados com a intenção de amenizar a morosidade no judiciário, e de demonstrar para a sociedade que a tutela jurisdicional é prestada de forma eficaz de acordo com o direito almejado.

Assim, para o deferimento da tutela antecipatória, deverão ser demonstrados em sede de cognição sumária os requisitos ensejadores de tal medida, dos quais o interprete deverá relacionar os valores tutelados pelo direito, conferindo segurança ao processo com as garantias da tempestividade e efetividade da jurisdição, bem como flexibilizando os formalismos que foram criados ao longo da história do direito.

Observou-se também, que grande parte da doutrina reconhece que o magistrado, quando da apreciação do pedido de tutela antecipada, está autorizado a flexibilizar os requisitos de tal instituto, pois como visto, o ser humano tem certa limitação para se chegar ao conceito da verdade, devendo o juiz atender a verossimilhança da alegação em consonância com os fatos trazidos aos autos, e a dificuldade muitas vezes enfrentada pela parte para demonstrar as provas que tal requisito exige quando da interpretação gramatical do artigo 273 do Código de Processo Civil, que é a prova inequívoca da alegação demonstrada.

A preocupação foi uma aproximação entre o direito instrumental e o direito material, pois entre estes está a efetividade da jurisdição, cujo aperfeiçoamento passa pela via processual. Devendo o operador do direito quando da aplicação do instituto da tutela antecipada, interpretar o artigo 273, caput, do Código de Processo Civil, de acordo com as reais necessidades de uma sociedade em massa, as quais levaram o legislador de 1994, frente aos princípios constitucionais, a introduzir tal reforma em nosso ordenamento.

Merece assim, certa flexibilização as técnicas de urgência, especialmente na prova inequívoca da verossimilhança da alegação, requisito da tutela antecipada, para que a real vontade não só do legislador, mas de todos os doutrinadores que ao longo de anos percebendo a evolução da sociedade em desigualdade com a evolução do direito material e processual, lutaram para que as reformas processuais sempre fossem voltadas para a efetividade de uma justiça rápida e segura.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, M. C. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. 13. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2006.

ARAGÃO, E. M. de. **Alterações no Código de Processo Civil:** Tutela antecipada e perícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set. 1996, ano 21, n 83.

ARRUDA ALVIM, E. **Inovações sobre o Direito Processual Civil:** Tutelas de Urgência. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, A. **Manual de direito processual civil:** Processo de Conhecimento. 7. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, v.2.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, artigo 273. Publicado em 17/01/1973.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição:** República Federativa do Brasil, DF: Senado Federal, 1988.

BEDAQUE, J. R. dos S. **Efetividade do processo e técnica processual.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

COELHO, F. A. **Teoria geral do processo.** 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FLACH, D. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 15.

LAMY, E. de A. **Flexibilização da tutela de urgência.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MACHADO, A. C. da C. **Tutela Antecipada.** 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, L. G. **Novas linhas do processo civil.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Prova.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTENEGRO FILHO, M. **Curso de direito processual civil:** Medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 3.

SILVA, J. M. **Tutela de urgência:** De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SOUZA, O. C. P. **Tutela antecipada e fumus boni iuris.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 367, 9 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aSP?id=5430>>.

ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WATANABE, K. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. rev. atual.