

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 909

(Ano XI)

(08/06/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

COLUNISTA DA SEMANA



06/06/2019 Benigno Núñez Novo
» [Dupla nacionalidade](#).....5

ARTIGOS

- 07/06/2019 Bruno Porangaba Rodrigues
» [Tribunal constitucional de Portugal e dignidade da pessoa humana: aplicação concreta da dimensão histórico-cultural de Peter Häberle](#).....13
- 07/06/2019 Felipe dos Santos Joseph
» [A requisição do \(policia\) militar no processo penal comum](#).....28
- 07/06/2019 Matheus Falcão Torti
» [A terceirização de atividades-fim e o direito à apuração de créditos de PIS/COFINS](#)..63
- 07/06/2019 Taiana Aquino Silva
» [O instituto da guarda compartilhada como forma de combate a alienação parental](#)..74
- 07/06/2019 Vanessa Ferreira Aires
» [A multiparentalidade no âmbito do Direito Sucessório](#).....95
- 07/06/2019 Núbia Maria Gino Lopes
» [Feminicídio: poderá ser a consequência de falhas presentes na Lei 11.340/2006?](#).....110
- 06/06/2019 Bruno Porangaba Rodrigues
» [Dignidade da pessoa humana: um estudo a partir das dimensões de Jürgen Habermas e de Castanheira Neves](#).....133
- 06/06/2019 Fernanda Brito Diamantino Miranda
» [O direito ao esquecimento na contemporaneidade](#).....146
- 06/06/2019 João Carlos Parcianello

| | |
|--|-----|
| » Lei 10.973/2004: algumas considerações sobre a gestão da inovação | 170 |
| 06/06/2019 Raissa Muribeca Pereira | |
| » A postura estatal na regulamentação da adoção intuitui personae frente ao princípio do melhor interesse do menor | 178 |
| 06/06/2019 Gabriele Batista Crispim | |
| » Facções criminosas na Casa de Prisão Provisória de Palmas-TO | 199 |
| 06/06/2019 Eliane Sutil de Oliveira | |
| » Responsabilidade civil, criminal e ética decorrentes da violência obstétrica | 219 |
| 05/06/2019 Flávia Carolina Cantuária Nieto | |
| » O tratamento penal do assédio moral no trabalho | 246 |
| 05/06/2019 Hudson Carlos Avancini Persch | |
| » A proibição de aquisição, uso e disseminação de bebidas alcoólicas aos povos indígenas: o artigo 58, inciso III, da Lei n.º 6001/1973 no Estado Democrático de Direito | 265 |
| 05/06/2019 Nayara Thauana Gomes Sampaio | |
| » Enfrentamento ao tráfico de pessoas: o olhar do ordenamento jurídico para a proteção das vítimas | 314 |
| 05/06/2019 Hunandylla Fernandes Magalhaes | |
| » Lei Maria da Penha: responsabilidade civil do autor nos casos de violência contra a mulher | 333 |
| 05/06/2019 Meirilene Pereira Machado Silva | |
| » A garantia do direito à saúde mediante o ajuizamento de demanda judicial na Vara Cível de Guará-TO | 355 |
| 05/06/2019 Leonardo Henrique Duran Barboza | |
| » Responsabilidade civil: dano estético | 380 |
| 04/06/2019 Ronaldo Cruz Targino | |
| » Aplicação da cláusula de reserva de plenário à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal | 393 |
| 04/06/2019 Giuliano Ferrari Rubim | |

| | |
|--|-----|
| » O controle jurisdicional do mérito administrativo | 406 |
| 04/06/2019 Samara de Jesus Bispo Silva | |
| » Estudo diagnóstico do Sistema Carcerário da Unidade Prisional Feminina em regime fechado de Palmas | 481 |
| 04/06/2019 Maria Clara Silva Lins | |
| » A funcionalidade do regime disciplinar administrativo no âmbito da Administração Pública do Município de Palmas/TO | 497 |
| 04/06/2019 Daniela Gonçalves Hermenegildo | |
| » O direito fundamental à saúde dos pacientes diagnosticados com câncer no Brasil .. | 519 |
| 04/06/2019 Karla Lima Pereira | |
| » Possibilidades de atuação das Ouvidorias Públicas dos Tribunais de Contas Estaduais: um estudo de caso das demandas do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins | 569 |
| 03/06/2019 Arlan Marcos Lima Sousa | |
| » Dano moral e dano social no direito brasileiro | 592 |
| 03/06/2019 Eni Pereira Vieira | |
| » Foro por prerrogativa de função: privilégio ou mitigação processual? | 615 |
| 03/06/2019 Roberta Caroline Carneiro Faria | |
| » O bullying e a responsabilidade civil das escolas particulares | 630 |
| 03/06/2019 Daniela Barbosa dos Santos | |
| » casamento do menor de 16 anos | 659 |
| 03/06/2019 Joaquim Leitão Júnior | |
| » A Polícia Judiciária não pode abrir mão do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) | 672 |
| 03/06/2019 Nubia Daiany Ferreira Gomes | |
| » XIV Semana Nacional da Conciliação e a Evolução dos Meios Alternativos de Solução Consensual de Conflitos | 679 |

DUPLA NACIONALIDADE

BENIGNO NÚÑEZ NOVO:
Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Dupla nacionalidade comumente referida também como dupla cidadania é um status no qual um indivíduo é titular da nacionalidade de dois Estados nacionais concomitantemente. A dupla nacionalidade não é um título concreto e independente, ou seja, uma pessoa não tira dupla-nacionalidade ou ganha dupla-cidadania.

A situação mais comum é a da dupla cidadania, ou seja, um cidadão que é titular da nacionalidade de dois países. A "dupla cidadania" ou "dupla nacionalidade" não é um título concreto e independente, ou seja, uma pessoa não tira dupla cidadania ou pega dupla nacionalidade.

Para quem deseja obter a dupla cidadania, o primeiro passo é pesquisar suas origens. Os critérios para pleitear o direito variam conforme a nacionalidade. Para a italiana e a alemã, por exemplo, o direito é assegurado a filhos, netos, bisnetos e trinets, desde que através da linhagem paterna.

No direito, nacionalidade é o vínculo jurídico de direito público interno entre uma pessoa e um Estado. A nacionalidade pressupõe que a pessoa tenha determinados direitos frente ao Estado de que é nacional, como o direito de residir e trabalhar no território do Estado, os direitos de votar e de ser votado (estes, conhecidos como de cidadania), o direito de não ser expulso ou extraditado e o direito à proteção do Estado (inclusive a proteção diplomática e a assistência consular, quando o nacional se encontra no exterior), dentre outros.

A verificação da nacionalidade de uma pessoa é importante, pois permite distinguir entre nacionais e estrangeiros, que têm direitos diferentes. Ademais, nos Estados que adotam o critério da nacionalidade (*lex patriæ*) para reger o estatuto pessoal, a determinação da nacionalidade da pessoa é imprescindível ao direito internacional privado. Por último, na aplicação da proteção diplomática à pessoa no exterior, é essencial conhecer a sua nacionalidade.

Pode também, por outro lado, constituir certos deveres para a pessoa em relação ao Estado (por exemplo, o serviço militar, obrigatório em alguns países).

A nacionalidade de uma pessoa jurídica costuma ser a do Estado sob cujas leis foi constituída e registrada.

Todo brasileiro pode ter dupla nacionalidade ou cidadania de acordo com a Constituição Federal. As possibilidades são duas, quando há origem nacional reconhecida pela lei estrangeira, e quando há imposição da nacionalidade de acordo com as normas estrangeiras, pelo processo de naturalização.

2 Desenvolvimento

A sociologia atribui ao termo nacionalidade significado diverso do que lhe é conferido pelo direito, referindo-se a uma nação ou a um grupo étnico (indivíduos com as mesmas características: língua, religião, hábitos etc.). Embora a etimologia de nacionalidade evidentemente contenha a palavra nação, a dimensão jurídica do termo refere-se ao vínculo entre uma pessoa e um Estado, não entre uma pessoa e uma nação.

Tradicionalmente, nenhum ramo da ciência jurídica pode alegar exclusividade no estudo do instituto da nacionalidade. Dessa forma, áreas tão diferentes como o direito internacional público, o direito internacional privado e o direito constitucional costumam dedicar um capítulo de seus livros acadêmicos ao tema.

De qualquer modo, como já assinalado acima, a nacionalidade é uma relação de direito público interno; o corolário desta definição é o princípio de que as questões relativas à aquisição ou perda de uma nacionalidade específica são, via de regra, reguladas pelas leis do Estado cuja nacionalidade é reivindicada ou contestada. Em outras palavras, cada Estado define, de maneira exclusiva, a sua própria nacionalidade, a quem atribuí-la e de quem cassá-la. Os eventuais tratados internacionais sobre nacionalidade são aplicáveis apenas aos Estados que consentiram em se lhes submeter, nos termos do direito internacional. Evidentemente, uma vez que um Estado assumiu um compromisso juridicamente vinculante acerca de nacionalidade, no campo do direito internacional (por exemplo, ao ratificar um tratado sobre o tema), está obrigado a cumpri-lo.

A nacionalidade pode ser adquirida pela pessoa natural no momento do nascimento (aquisição originária) ou posteriormente, por meio da naturalização, quer voluntária, quer imposta (aquisição derivada ou secundária).

Originária

A nacionalidade originária é atribuída no momento do nascimento e constitui-se na principal forma de concessão da nacionalidade por um Estado.

A nacionalidade originária pode ser adquirida por: *jus sanguinis*, ou *jus soli*.

Segundo a regra atribuidora de nacionalidade originária conhecida como *jus sanguinis* ("direito de sangue", em latim), é nacional de um Estado o filho(a) de um nacional daquele Estado. Em outras palavras: trata-se da nacionalidade por filiação (parentesco sanguíneo). A maioria dos países que adotam o *jus sanguinis* como regra de atribuição de nacionalidade estipula que esta é transmitida tanto pelo pai quanto pela mãe (ambilinear). Todavia, alguns países (como o Líbano e a Síria) adotam o *jus sanguinis* patrilinear (somente o pai transmite a nacionalidade). O local do nascimento é irrelevante para esta regra, que é a mais utilizada pelos sistemas legais europeus. Sua adoção é justificada por países de tradição emigratória (como os europeus) como uma maneira de manter o vínculo com o emigrante e sua família no exterior.

Já o *jus soli* ("direito do solo") estabelece como critério originário de atribuição de nacionalidade o território em que o indivíduo nasceu. Segundo esta regra, não importa a nacionalidade dos pais: apenas o local do nascimento da criança. Essa regra é contemporaneamente a mais favorecida pelos países de imigração (como os das Américas), que buscam acolher a família do imigrante e assimilá-la à sociedade local.

Os países adotam em seu direito uma ou outra forma de atribuição de nacionalidade originária, preponderantemente, mas nenhum deixa hoje de atenuar a regra principal com elementos de ambas as formas. Dessa maneira, um país europeu pode reconhecer a filiação como critério principal da sua nacionalidade, mas contemplará também a possibilidade de estendê-la, pelo menos em alguns casos, aos nascidos em seu território. Da mesma maneira, um país americano que adote tradicionalmente o *jus soli* reconhecerá casos de atribuição de sua nacionalidade aos nascidos no exterior de pai ou mãe seus nacionais.

Derivada

A nacionalidade derivada é adquirida mediante naturalização, definida como o ato pelo qual alguém adquire a nacionalidade de outro país. Costuma ocorrer mediante solicitação, escolha ou opção do indivíduo e por concessão do Estado cuja nacionalidade é solicitada.

Em tese, há, porém, casos de naturalização não diretamente solicitada e, por vezes, até mesmo forçada. É exemplo do primeiro caso a chamada "grande naturalização" empreendida pela constituição do Império do Brasil, que tornou brasileiros todos os nacionais portugueses que mantiveram sua residência no país após a independência, em 1822.

Dupla cidadania, quem tem direito e como adquirir

De modo geral, filhos e netos de europeus têm direito a cidadania europeia. Já os bisnetos, normalmente precisam que os avós estejam vivos para tal. O processo de cidadania varia de acordo com o país (Portugal, Espanha, Itália, Alemanha, etc).

Além da naturalização por jus sanguinis (direito de sangue), pessoas casadas com cidadãos europeus também têm direito a cidadania após alguns anos de casamento (o tempo varia de acordo com o país – normalmente após 3 anos). Veja, por exemplo, como adquirir cidadania portuguesa por casamento.

Ademais, quem mora na Europa de maneira legalizada também tem o direito a cidadania europeia após alguns anos morando no país (em média após 6 anos de residência).

Para conseguir a sua dupla cidadania é necessário saber quem da sua família nasceu na Europa (Itália, Espanha, Portugal, Alemanha, etc.). Após ir atrás das certidões de nascimento, casamento e óbito dos seus parentes, você deve entrar com o processo de cidadania no Consulado do país no Brasil ou até mesmo no próprio país europeu.

É possível solicitar a cidadania sozinha ou então através de assessorias especializadas no processo. O tempo para reconhecimento da cidadania pode levar anos, dependendo do processo. Entretanto, em alguns casos é mais rápido,

depende muito se você é o primeiro da sua família a fazer e se você possui toda a documentação necessária.

Quem não tiver laços sanguíneos à Europa, apenas poderá adquirir a dupla cidadania através do casamento ou por tempo de residência num país.

A verdade é que isso interessa a muitos brasileiros, pela oportunidade de obter a cidadania espanhola e usufruir das vantagens de ser europeu, como morar em qualquer país da União Européia, por exemplo.

Quem tem direito à cidadania espanhola?

Há somente 3 situações onde é possível pedir a cidadania espanhola sendo brasileiro. São elas:

Morando legalmente na Espanha

Se você viveu de forma permanente e legal na Espanha, sendo brasileiro, isto é, de uma país ibero-americano. Depois de 2 anos já poderá pedir a cidadania espanhola.

Casando com espanhol(a)

Se você é casado com alguém que tenha cidadania espanhola, com mais de um ano de residência legal na Espanha, pode solicitar a sua. Se o casamento foi antes de 02/05/1975, você já é legalmente espanhol.

Cidadania por descendência ou por herança

Que na verdade é a mesma coisa. Você pode herdar sua cidadania por descendência ou por herança de seus pais ou seus avôs.

Filhos de espanhóis

Se um dos seus pais é espanhol você tem direito de obter a cidadania espanhola através do processo conhecido como "nacionalidade originaria", onde é transmitida de pai/mãe para filhos. Esse é de fato a maneira mais fácil e direta de obter a cidadania espanhola.

Netos de espanhóis

Para a felicidade de muitos brasileiros, nós podemos obter a dupla cidadania espanhola se um dos avós (maternos ou paternos) forem espanhóis.

Para os netos obterem a cidadania espanhola, é preciso ser menor de idade, e depois conseguir a cidadania, é preciso após os 18 anos de idade manifestar o interesse em continuar com a nacionalidade espanhola até os 21 anos, e caso não o faça, pode perder o direito!

Para os netos de espanhóis maiores de idade, a única maneira de ter o direito de solicitar a cidadania espanhola, é morar por mais de um ano na Espanha legalmente. Depois desse período podem solicitar a cidadania.

Lei para solicitar cidadania para bisnetos

A lei diz que todo neto de espanhol tem direito à cidadania por herança se os pais também já possuírem a sua cidadania. No entanto, essa situação se enquadra para quem é menor de idade. Já para maiores de idade é preciso residir legalmente durante um ano na Espanha para então fazer a sua solicitação.

Outro detalhe é que, no entanto, não há uma data certa para saber a demora de todos os trâmites legais. O prazo médio atual é de 1 a 2 anos, por isso é indicado evitar se ausentar por mais de 90 dias seguidos do país enquanto aguarda.

Ter um passaporte espanhol significa que você abre as portas não apenas um novo país, mas para toda a União Européia.

Em primeiro lugar, saiba que o passaporte espanhol lhe dá direito a entrar em mais de 160 países com liberdade. Isso significa menos burocracia e mais facilidade, sendo considerado o terceiro passaporte mais "poderoso" do mundo.

Além disso, é importante pensar no quesito profissional. Ao adquirir a nacionalidade espanhola você pode trabalhar nos países pertencentes à União Européia sem precisar de autorização prévia. O mesmo vale para quem deseja estudar em outros países, o que se torna vantajosa devido às taxas menores aplicadas a cidadãos europeus.

A cidadania italiana, por exemplo, tem restrições quanto à transição pela linha materna. A Itália é um dos países que reconhecem a cidadania pelo conceito de jus sanguini, ou seja, o direito de sangue. Isso significa que brasileiros que tenham descendência italiana podem requerer pela dupla cidadania independente se são filhos, netos, bisnetos ou mesmo tataranetos de italianos.

Se o trisavô, bisavô, avô ou avó, ou pai ou mãe italianos, se naturalizaram brasileiros, ainda há possibilidade do reconhecimento da cidadania, nacionalidade italiana, para tanto, o filho (a) deste (trisavô, bisavô, avô ou avó, ou pai ou mãe italianos), deverá ter nascido antes da naturalização.

O processo de cidadania italiana no Brasil demora entre 06 e 12 anos, dependendo do Consulado Italiano responsável. Na Itália o processo é possível entre 03 e 06 meses, no entanto, é necessário montar o processo ainda Brasil.

Conclusão

O Brasil é um dos países que permite com que seus cidadãos possuam uma cidadania além da brasileira. Existem muitas vantagens, ao ter dupla cidadania, principalmente se for europeia. Uma das grandes vantagens é poder morar na grande maioria dos países europeus sem precisar de visto. Estudar fora também se torna mais fácil, já que universidades americanas e europeias oferecem diversas oportunidades e para quem tem a dupla cidadania os preços costumam sair bem mais baratos do que para estrangeiros.

O passaporte europeu é um dos mais valorizados no mundo e, portanto, um dos maiores desejos de quem pretende tentar uma oportunidade lá fora, ou simplesmente quer viajar para todo canto sem se preocupar. Quem possui cidadania europeia também pode transitar entre o Japão, Estados Unidos e Canadá sem a necessidade de visto no passaporte. Além disso, tudo, pessoas que adquirem o passaporte europeu também podem participar de concursos públicos e abrir empresas e contas bancárias.

Referências

BROWNLIE, Ian - **Principles of Public International Law**, 6ª edição, Oxford, 2003.

DAL RI JÚNIOR, Arno et Oliveira, Maria Helena de (org.) - **Cidadania e nacionalidade**: efeitos e perspectivas, 2ª edição. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

DOLINGER, Jacob - **Direito Internacional Privado (Parte Geral)**, 2ª edição, Renovar, 1993.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva - **Nacionalidade**: Aquisição, Perda e Reaquisição, 1ª edição, Forense, 1995.

SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9ª edição, Malheiros, 1992.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: APLICAÇÃO CONCRETA DA DIMENSÃO HISTÓRICO-CULTURAL DE PETER HÄBERLE

BRUNO PORANGABA RODRIGUES: Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

RESUMO^[1]: O presente trabalho tem por objetivo analisar a dignidade da pessoa humana a partir da dimensão histórico-cultural, preconizada por Peter Häberle, relacionando-a com o acórdão n. 90-105-2, oriundo do Tribunal Constitucional de Portugal.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Dimensão histórico-cultural. Peter Häberle. Tribunal Constitucional de Portugal.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 DIMENSÃO HISTÓRICO-CULTURAL (PETER HÄBERLE); 2 DIREITO ESTRANGEIRO: ACÓRDÃO N. 90-105-2, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Realizar um paralelo entre ordenamentos jurídicos (direito comparado), ordinariamente, é uma tarefa difícil. Isso se deve muito pelo fato de que as estruturas jurídico-políticas e as raízes históricas dos Estados soberanos nem sempre são similares, o que dificulta a transposição natural do arcabouço teórico do Estado soberano paradigma para o Estado soberano objeto de análise.

Da mesma forma, a análise de um ordenamento jurídico estrangeiro (direito estrangeiro), via de regra, guarda certa dificuldade, pois, não raro, demanda do pesquisador um estudo de institutos jurídicos próprios.

A escolha do direito lusitano como objeto de pesquisa, mais especificamente do acórdão n. 90-105-2, oriundo da 2ª Secção do Tribunal Constitucional de Portugal, relatado pelo Conselheiro Bravo Serra, entretanto, ameniza tais dificuldades, tendo em vista a sua conhecida influência no direito brasileiro e, conseqüentemente, semelhança de institutos jurídicos. Nesse sentido, Pontes de Miranda afirma que “o direito no Brasil não pode ser estudado desde as sementes; nasceu de galho de planta que o colonizador português trouxe e enxertou no novo continente”[2]. No mesmo sentido, Francisco Amaral arremata que o direito brasileiro, herdeiro dos ideários ocidentais, permaneceu fiel à tradição romano-canônica-lusitana, dignificando-a e rejuvenescendo-a[3].

Insta observar, ademais, que, além da inspiração em Ingo Wolfgang Sarlet[4], há outra razão que motivou o presente trabalho: o acórdão em questão inclina-se consideravelmente para a dimensão histórico-cultural de Peter Häberle e a sua análise permite enxergar como, na prática, um Tribunal Constitucional enfrentou os conceitos de uma das dimensões teóricas da dignidade da pessoa humana.

Feitas tais considerações, passa-se à análise da perspectiva histórico-cultural preconizada por Peter Häberle e, em seguida, à análise do acórdão n. 90-105-2 oriundo da 2ª Secção do Tribunal Constitucional de Portugal.

1 DIMENSÃO HISTÓRICO-CULTURAL (PETER HÄBERLE)

Peter Häberle, em sua obra *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft* (A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal)[5], evidencia o seu entendimento sobre a dignidade da pessoa humana, pautada na dimensão histórico-cultural, cuja abordagem será feita daqui em diante.

Häberle destaca, primeiramente, que a incorporação da dignidade humana aos textos jurídicos somente ocorreu após ter sido culturalmente trazida à tona através dos pensadores clássicos, a exemplo de Kant. Nesse sentido, a dignidade humana encontra-se localizada no patamar dos fenômenos a serem utilizados de maneira interdisciplinar e científico-cultural[6].

Prossegue asseverando que, em relação ao pensamento pré-constitucional da dignidade humana, houve uma preparação cultural aos textos jurídicos sobre o tema, sendo cada manifestação científica, sobretudo filosófica ou sociológica,

potencialmente recepcionada no plano jurídico como fator produtivo para um texto garantidor da dignidade humana “no sentido da Constituição”[7].

É possível verificar, nesse contexto, aquilo que Häberle denominou de “periodizações históricas” sobre a dignidade humana. Nessa perspectiva, a dignidade (“dignitas”) na Antiguidade era vista como “caracterização de uma posição social dentro da sociedade e distinção de cada dignidade humana diante de criaturas não humanas”, ao passo que no Estoicismo representava “compartilhamento pelos homens do atributo da razão”[8]. O conceito ainda evoluiu historicamente, passando pelo Cristianismo da Antiguidade e da Idade Média (imagem e semelhança dos homens para com Deus), por Pico della Mirandola, na Renascença (dignidade compreendida a partir da essencial possibilidade escolha do homem), pelo Iluminismo (concepção de liberdade, associada à ideia estoica de dignidade como compartilhamento da razão), Pufendorf (igualdade de todos os homens), até se chegar a Kant, o qual identificou a dignidade como sendo “um valor interno absoluto”, isto é, aquela pessoa “aparelhada com identidade moral e auto-responsabilidade, dotada de razão prática e capacidade de autodeterminação racional”[9]. Enfim, cada interpretação jurídico-constitucional não deve se afastar de tais conceitos, pois ela visualiza a dignidade humana “no âmbito da continuidade da tradição filosófica”[10].

Após sustentar a necessidade de se observar as padronizações históricas da dignidade humana, Häberle aduz que, em que pese o Tribunal Constitucional Federal Alemão tenha reconhecida tradição jurisprudencial, não se observa uma formulação suficientemente material e “manejável” sobre o que deva ser a dignidade humana[11]. É preciso, então, ter como ponto de partida o seguinte panorama: de um lado, encontra-se a tese de que a totalidade das garantias jurídicas referentes à pessoa; de outro, os deveres a ela associados, os quais, juntos, devem viabilizar aos homens se tornarem, serem e permanecerem pessoas[12]. Enxergam-se, à vista disso, duas questões, isto é, de que forma se constrói a identidade humana em dada sociedade e até que ponto se pode partir de um conceito de identidade interculturalmente válido, tido por “universal”[13].

Para respondê-las, Häberle reputa essencial encontrar um equilíbrio entre as necessidades do indivíduo e as pretensões dos outros, considerando-se que os conceitos psicológicos de identidade visualizam o problema principal da identidade humana na mediação entre tal conflito[14]. Diante disso, esses conflitos devem ser

“superados sob o pano de fundo das capacidades adquiridas para o exercício de papéis sociais, de tal sorte a reproduzir uma continuidade aceitável na biografia do indivíduo”[\[15\]](#).

Com efeito, Häberle compreende que a discussão no sentido de identificar determinados componentes fundamentais como “constantes” da identidade humana em todas as culturas pode ser resumida reconhecendo que tal identidade é tratada de maneira específica em cada cultura, sobretudo em virtude de que o homem se socializa justamente em uma ordem comunitária com uma cultura específica[\[16\]](#).

Diante de tudo isso, Häberle extrai algumas observações.

Primeiramente, o processo de formação da identidade é encontrado no âmbito de uma liberdade enquadrada em determinada “moldura”, a qual representa, parcialmente, a “superestrutura” jurídica da sociedade, e por meio da qual o princípio da dignidade humana transmite ao indivíduo certas “concepções normativas a respeito da pessoa”, as quais, a seu turno, são impregnadas pela cultura de onde surgiram[\[17\]](#).

Além disso, de acordo com Häberle, deve-se elidir interpretação diversa da seguinte: a dignidade humana não se sujeita apenas a ter o seu conteúdo analisado de modo culturalmente específico[\[18\]](#). À vista disso, por meio das concepções interculturalmente válidas de identidade, constata-se que certos componentes fundamentais da personalidade humana devem observados em todas as culturas, representando, igualmente, o conteúdo de um conceito de dignidade humana insuscetível de uma redução culturalmente específica[\[19\]](#).

Importa ressaltar, ademais, que a referida “moldura”, que se destina ao desenvolvimento do homem como pessoa, não é estática. É por isso que o jurista alemão destaca que[\[20\]](#):

Possibilidades asseguradas, portanto, socialmente aceitas, de desenvolvimento e comunicação – v.g., na forma de papéis profissionais definidos – constituem uma parte da (não apenas jurídica) moldura orientadora; a especificidade cultural das noções de dignidade humana transforma-se, com isso, em algo culturalmente específico no seu tempo, ao passo

que a moldura orientadora, em função do crescente número de possibilidades de orientação, torna-se cada vez mais flexível e diferenciada. Um retorno a noções rígidas será difícil, quiçá impossível.

Sob essa perspectiva, a dignidade humana apresenta-se como a crescida e crescente biografia da relação Estado-cidadão (com a superação da separação entre Estado e sociedade, da relação Estado/sociedade-cidadão), sendo tal conceito compreendido em função da abertura daquela “moldura orientadora” da dignidade humana, num sentido amplo, que abarca as condições de possibilidade sociais e jurídicas[21].

Häberle aponta, ainda, outro corretivo de uma concepção de dignidade humana pura, específica de cada cultura, com base na visão de Niklas Luhmann, que, visualizando a abertura das fronteiras estatais e, com isso, culturais, na “sociedade mundial”, afasta aquela ideia restrita[22].

Por tais razões, Häberle assevera que os conceitos de dignidade humana não são mais hoje desenvolvidos exclusivamente no interior de uma sociedade, de uma cultura, mas também se orientam e se desenvolvem por meio de intercâmbios com outras culturas, sobretudo sob o manto dos pactos de Direitos Humanos[23].

Duas últimas questões da teoria haberliana são dignas de destaque.

A primeira delas relaciona-se com o fato de que, a partir do momento que uma Constituição se compromete com a dignidade humana, estabelecem-se, como consequência, os contornos da sua compreensão do Estado e do Direito, bem como uma premissa antropológico-cultural[24]. Tem-se, portanto, que “respeito e proteção da dignidade humana como dever (jurídico) fundamental do Estado constitucional constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares”[25].

A segunda delas diz respeito à dupla direção protetiva da dignidade humana, ou seja, trata-se de um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo *contra* o Estado (e *contra* a sociedade) e, simultaneamente, de um encargo constitucional endereçado ao Estado – dever que o ente público tem de proteger o indivíduo em sua dignidade em face da sociedade ou de seus grupos[26].

Em apertada síntese, esses são os ensinamentos de Peter Häberle acerca da dignidade da pessoa humana, que, como se verá a seguir, foram adotados, em alguma medida, pelo Tribunal Constitucional de Portugal.

2 DIREITO ESTRANGEIRO: ACÓRDÃO N. 90-105-2, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL[\[27\]](#)

Os fatos disseram respeito a um divórcio litigioso proposto por Dr. A. contra sua mulher, Dra. B., no Tribunal de Família de Lisboa, com fundamento no artigo 1781º, "a", c/c art. 1782º, n. 1, ambos do Código Civil Português, que possuíam as seguintes redações:

Artigo 1781.º

(Ruptura da vida em comum)

São ainda fundamentos do divórcio litigioso:

a) A separação de facto por seis anos consecutivos;

b) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos;

c) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de seis anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum.

Redacção dada pelo seguinte diploma: Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro (sem grifos no original)

Artigo 1782.º

(Separação de facto)

1. Entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer.

2. Na acção de divórcio com fundamento em separação de facto, o juiz deve declaraçar a culpa dos cônjuges, quando a haja, nos termos do artigo 1787.º

Redação dada pelo seguinte diploma: Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro (sem grifos no original)

Em sua contestação, a parte ré sustentou que o artigo 1785º, n. 2, do Código Civil Português – que disciplina que o divórcio fundamentado no artigo 1781º, “a”, só pode ser requerido pelo cônjuge que invoca a ausência ou alteração das faculdades mentais do outro –, em atenção ao princípio constitucional da dignidade humana, previsto no artigo 1º da Constituição da República Portuguesa, deve ser interpretado restritivamente, no sentido de que o divórcio não pode ser decretado sem o consentimento do cônjuge inocente.

Em que pesem as alegações da ré, a ação foi julgada procedente em primeira instância, decretando-se o divórcio, entendimento que prevaleceu pelo Tribunal da Relação de Lisboa e pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Irresignada, a parte ré interpôs recurso ao Tribunal Constitucional de Portugal, sustentando, em síntese, que: a) a dignidade da pessoa humana encontra-se protegida pelo artigo 1º da Constituição da República Portuguesa, sendo que o seu conteúdo corresponde ao que tem no espaço cultural humanista a que Portugal pertence; b) a decretação do divórcio, com fundamento no artigo 1781º, “a”, do Código Civil de Portugal constituiu violação à dignidade humana da recorrente, haja vista que o recorrido foi quem criou a situação da separação de fato sem qualquer motivo para tanto e, portanto, a recorrente é inocente; c) o fundamento legal utilizado para a decretação do divórcio viola a Constituição da República Portuguesa, sendo, pois, inconstitucional, por atentar contra a dignidade da pessoa humana; d) a decisão recorrida aplicou uma norma que se tornou inconstitucional.

O autor da ação, ora recorrido, aduziu, por sua vez, que: a) o recurso não deveria ser admitido, por ausência de cumprimento da exigência de esgotamento de todos os recursos que no caso caibam; b) não houve qualquer ofensa à dignidade da pessoa humana; c) a dignidade da pessoa humana é um conceito vago; d) a ausência de violação de qualquer dos direitos fundamentais apontados pela recorrente.

Para dirimir a controvérsia, o Tribunal Constitucional afastou, prontamente, a preliminar suscitada quanto à inadmissibilidade do recurso interposto. E assim o fez evidenciando que, não obstante fosse possível manejar o recurso para o tribunal pleno – ao qual o Código de Processo Civil atribuiu o *status* de recurso ordinário –,

trata-se de recurso que transcende o cenário usual dos meios de impugnação das decisões judiciais, razão pela qual se obedece a uma singular forma de admissão e tramitação, conforme previsão nos artigos 765º e 766º do diploma normativo em questão, que possuíam a seguinte redação:

Artigo 765.º

(Interposição e efeito do recurso)

1. O recurso para o tribunal pleno não tem efeito suspensivo.

2. No requerimento de interposição indicar-se-á com a necessária individualização tanto o acórdão anterior que esteja em oposição com o acórdão recorrido, como o lugar em que tenha sido publicado ou esteja registado, sob pena de não ser admitido o recurso. O relator pode determinar que o recorrente seja notificado para apresentar certidão do acórdão anterior para seguimento do recurso.

3. Dentro de cinco dias, a contar da notificação do despacho que admita o recurso, o recorrente apresentará uma alegação tendente a demonstrar que entre os dois acórdãos existe a oposição exigida pelos artigos 763.º ou 764.º Se a não apresentar, o recurso é logo julgado deserto; se a apresentar, pode a parte contrária responder findo o prazo facultado ao recorrente.

4. Durante os prazos indicados no número anterior a secretaria facilitará o processo às partes, sem prejuízo do seu regular andamento, e passará certidão do acórdão recorrido e do requerimento de interposição do recurso, certificando narrativamente a data da apresentação deste e a da notificação ou publicação do acórdão.

5. As alegações são seguidamente autuadas com a certidão e o processo assim formado é presente à distribuição ou, se o recurso tiver sido interposto na Relação, é enviado ao Supremo, para ser distribuído.

Artigo 766.º

(Vista e julgamento da questão preliminar)

1. O processo vai com vista, por quarenta e oito horas, a cada um dos juízes da secção seguintes ao relator. Este tem vista a final por cinco dias e, na primeira sessão posterior, a secção resolverá, em conferência, se existe a oposição que serve de fundamento ao recurso.

2. Tendo o recorrido alegado que o acórdão anterior não transitou, a secção verificará qual é a situação na data em que vai decidir sobre a oposição, e abster-se-á de conhecer desta, ficando sem efeito o recurso, quando reconheça que o acórdão não passou em julgado. Até à sessão a que se refere o n.º 1, pode o recorrente alegar o que entender quanto ao trânsito em julgado do referido acórdão.

3. O acórdão que reconheça a existência da oposição não impede que o tribunal pleno, ao apreciar o recurso, decida em sentido contrário.

Justamente por isso, o órgão julgador entendeu que não seria razoável que eventual cabimento de um recurso como este represente um entrave à admissibilidade de recurso contra decisões nas quais caibam, igualmente, apreciação pelo Tribunal Constitucional.

Ainda sem adentrar ao mérito do recurso, o Tribunal entendeu por bem frisar que o caso em análise leva à Corte a discussão envolvendo não apenas a inconstitucionalidade, mas, efetivamente, o suporte normativo da norma aplicada, haja vista que a recorrente questionou a aplicação, realizada no âmbito da ação de divórcio litigioso, do artigo 1785º, n. 2, primeira parte, do Código Civil Português, que faculta, mesmo ao cônjuge culpado da separação, a possibilidade de requerer o divórcio, sem o consentimento do outro cônjuge, nos casos em que se estiver diante da hipótese normativa constante dos artigos 1781º, "a" e 1782º, n. 2, ambos do mesmo diploma legal.

Superadas as questões que antecederiam ao exame do mérito recursal, o Tribunal passou a decidir sobre a alegada inconstitucionalidade do artigo 1785º, n. 2, primeira parte do Código Civil Português.

Com efeito, destacou a cúpula máxima do judiciário português que os artigos 1785º, n. 2, 1781º, "a", e 1782º, n. 1, todos do Código Civil Português, possuíam redação atribuída pela Reforma do Código Civil, de tal sorte que essas modificações representaram um abandono da antiga concepção exclusiva de "divórcio-sanção", adotada pelo Código Civil na sua versão original. Com isso, evocou-se a concepção de "divórcio-remédio", ampliando-a para ideia de "divórcio-consumação" ou "divórcio-falência", segundo a qual o vínculo matrimonial pode ser dissolvido, independentemente de culpa de qualquer dos cônjuges, se já tiver havido dissolução de fato, por inexistir possibilidade de retorno de vida em comum. Em vista disso, o Tribunal Constitucional destacou que o legislador português seguiu a orientação moderna de casamento, rompendo-se com o modelo tradicional e passando-se a compreendê-lo como sendo uma união de duas pessoas que buscam a, através dela, a sua felicidade e realização pessoal.

Sob essa perspectiva, o Tribunal destacou que a modalidade de divórcio amehada nos autos exige a separação de fato por seis anos consecutivos, sendo que o requerimento de dissolução do vínculo matrimonial pode ser formulado por qualquer dos cônjuges, mesmo por aquele que deu causa à separação e que, por conta disso, é considerado "culpado". E é justamente frente a essa última possibilidade que cinge a controvérsia levantada pela recorrente, segundo a qual haveria violação ao preceito normativo da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º da Constituição da República Portuguesa.

As razões da recorrente, todavia, não foram acolhidas pelo Tribunal Constitucional Português.

Sem embargo, o órgão julgador reconheceu que a dignidade da pessoa humana é um valor axial e nuclear da Constituição portuguesa, que inspira e fundamenta todo o ordenamento jurídico português. Nesse ponto, torna-se oportuno conferir a íntegra de um trecho do acórdão, a seguir transcrito [28]:

Não se trata efectivamente — na afirmação que desse valor se faz logo no artigo 1.º da Constituição — de uma mera

proclamação retórica, de uma simples «fórmula declamatória», despida de qualquer significado jurídico-normativo; trata-se, sim, de reconhecer esse valor — o valor eminente do homem enquanto «pessoa», como ser autónomo, livre e (socialmente) responsável, na sua «unidade existencial de sentido» — como um verdadeiro princípio regulativo primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto de «validade» das respectivas normas». E, por isso, se dele não são dedutíveis «directamente», por via de regra, «soluções jurídicas concretas», sempre as soluções que naquelas (nas «normas» jurídicas) venham a ser vasadas hão-de conformar-se com um tal princípio, e hão-de poder ser controladas à luz das respectivas exigências (sobre o que fica dito, v., embora não exactamente no mesmo contexto, Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, 1983, pp. 106 e segs. e, especialmente, pp. 130 e segs.). Quer tudo isto dizer — em suma — que o princípio da «dignidade da pessoa humana» é também seguramente, só por si, padrão ou critério possível para a emissão de um juízo de constitucionalidade sobre normas jurídicas.

Perscrutando verticalmente o tema, o Tribunal assentou que a concepção de dignidade da pessoa humana, particularmente o seu conteúdo concreto, não é um conceito puramente apriorístico e/ou a-histórico, mas algo que, decerto, se constrói ao longo da história e que, por essa razão, assume uma dimensão eminentemente cultural.

Em sequência, o Tribunal, tendo como premissa a concepção de que a dignidade da pessoa humana possui um viés histórico-cultural, advertiu que o legislador é o legitimado democrático para realizar essa concretização, ou seja, em cada momento histórico, cabe-lhe substancializar as reivindicações dos princípios abertos da Constituição, da mesma maneira que ocorreu com a dignidade da pessoa humana, inserindo-as no ordenamento jurídico. É por isso que, no entendimento do Tribunal, o controle judicial de constitucionalidade das soluções jurídico-normativas alcançadas pelo legislador deve ser empreendido com precaução, salvo quando não houver dúvidas de que o legislador, ao invés de

concretizar, subverteu a matriz axiológica constitucional, hipótese em que é lícito ao Judiciário inferir pela inconstitucionalidade dessas soluções.

Após, o Tribunal ressaltou que o tema do divórcio é envolvido por diversos posicionamentos, que levam, até mesmo, a visões divergentes quanto à natureza jurídica do casamento, esclarecendo, no entanto, que a dissolução do vínculo conjugal fundamentada em causas objetivas não pode ser vista como uma afronta à dignidade da pessoa humana, especialmente quando se considera o matrimônio a partir de uma dimensão pessoal, e não institucional. Dessa forma, não se mostra admissível que o postulado da dignidade da pessoa humana do outro cônjuge imponha que o “cônjuge culpado” permaneça no vínculo matrimonial que já se desfez no mundo fático.

Com base nisso, afastando qualquer violação à dignidade da pessoa humana, a 2ª Secção do Tribunal Constitucional Português negou provimento ao recurso.

Em face do exposto, foi possível observar que, num caso envolvendo divórcio litigioso, fundamentado em uma causa que, supostamente, teria violado o princípio da dignidade da pessoa humana, a Corte Máxima de Portugal compreendeu-o a partir da dimensão histórico-cultural, preconizada por Peter Häberle.

CONCLUSÃO

A dimensão histórico-cultural da dignidade humana, atribuída a Peter Häberle, tem por efeito a evolução de valores consagrados pela identidade humana no decurso da história e espalhados por diversas culturas.

Tais ensinamentos, consoante visto ao longo deste trabalho, foram acolhidos pelo Tribunal Constitucional de Portugal, no acórdão n. 90-105-2, no qual esteve em discussão uma ação de divórcio litigioso, conclusão que se extrai, especialmente, pelo que se denominou de “periodizações históricas”.

Assim, mesmo sem mencionar expressamente a concepção do jurista alemão sobre a dignidade da pessoa humana, as raízes do acórdão não abrem margem para dúvidas da conexão com a teoria haberliana, especialmente quando o Tribunal Constitucional Português asseverou que a dignidade da pessoa humana é uma noção desenvolvida historicamente, o que lhe confere um aspecto cultural.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Brasil, 500 anos: a influência do direito português no direito brasileiro**. Revista Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, n. 17, 2000.

HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. Tradução por: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. *In: Dimensões da Dignidade: Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Béatrice Maurer et al; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PONTES, DE MIRANDA; CAVALCANTE, Francisco. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. Revista brasileira de direito constitucional, v. 9, n. 1, p. 361-388, 2007.

TCP. Processo n. 39/88, Relator: Conselheiro Bravo Serra. **Acórdão n. 90-105-2, proferido pela 2ª Secção do Tribunal Constitucional de Portugal, em 29 de março de 1990**. Tribunal Constitucional, 1990. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

NOTAS:

[1] O presente trabalho constitui um recorte, com modificações pontuais, da monografia do autor, cuja íntegra pode ser acessada pelo repositório institucional da Universidade Federal da Bahia, através do seguinte link: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28246>.

[2] PONTES, DE MIRANDA; CAVALCANTE, Francisco. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro, 1981, p. 27.

[3] AMARAL, Francisco. **Brasil, 500 anos: a influência do direito português no direito brasileiro**. Revista Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, n. 17, 2000.

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** Revista brasileira de direito constitucional, v. 9, n. 1, p. 361-388, 2007.

[5] HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal.** Tradução por: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: Dimensões da Dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional. Béatrice Maurer et al; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

[6] Idem. Ibidem, p. 116.

[7] Idem. Ibidem, pp. 116-117.

[8] Idem. Ibidem, p. 117.

[9] Idem. Ibidem, p. 117.

[10] Idem. Ibidem, p. 118.

[11] Idem. Ibidem, p. 123.

[12] Idem. Ibidem, p. 123.

[13] Idem. Ibidem, p. 124.

[14] Idem. Ibidem, p. 124.

[15] Idem. Ibidem, p. 124.

[16] Idem. Ibidem, p. 125.

[17] Idem. Ibidem, pp. 125-126.

[18] Idem. Ibidem, p. 126.

[19] Idem. Ibidem, p. 126.

[20] Idem. Ibidem, p. 126.

[21] Idem. Ibidem, pp. 126-127.

[22] Idem. Ibidem, p. 127.

[23] Idem. Ibidem, p. 127.

[24] Idem. Ibidem, p. 128.

[25] Idem. Ibidem, p. 128.

[26] Idem. Ibidem, p. 137.

[27] TCP. Processo n. 39/88, Relator: Conselheiro Bravo Serra. **Acórdão n. 90-105-2, proferido pela 2ª Secção do Tribunal Constitucional de Portugal, em 29 de março de 1990.** Tribunal Constitucional, 1990. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[28] Idem. Ibidem.

A REQUISIÇÃO DO (POLICIAL) MILITAR NO PROCESSO PENAL COMUM

FELIPE DOS SANTOS JOSEPH: Graduação em Segurança Pública pela Universidade Estadual da Paraíba/Polícia Militar da Paraíba (2013); Graduação em Direito pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2017); Capitão da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul e Subcomandante da 6ª Companhia Independente de Polícia Militar (PMMS); Pós-Graduação Lato Sensu em Ciências Jurídicas pela Universidade Cruzeiro do Sul - São Paulo (2016); Aprovação no XXII Exame de Ordem (2017) Pós-graduando em direito processual-penal (EDAMP-2019)

RESUMO: Este trabalho busca abordar a natureza jurídica dos atos de comunicação processuais por requisição aos militares, notadamente aos policiais militares, partindo da perspectiva do julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental N°444 e 395, pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2018. Também aborda a extensão da obrigação do superior militar no cumprimento das requisições dos seus subordinados e se o seu cumprimento implica, necessariamente, uma obrigação militar, um ato de serviço militar. Trata ainda da moderna concepção do princípio da juridicidade administrativa na integração do direito aos atos administrativos. Por fim se abordam algumas possíveis consequências em razão destas formulações em abstrato.

Palavras-chave: atos de comunicação processuais; requisição; militares

ABSTRACT: This work seeks to address the legal nature of procedural communication acts by requisition to the military, in particular the military police, starting from the perspective of the Judgments of Default of Precept N°. 444 and 395, by the Federal Supreme Court in the year 2018. Also addresses the extension of the military superior's obligation to comply with the requisitions of his subordinates and whether its fulfillment necessarily implies a military obligation or an act of military service. It also deals with the modern conception of the principle of administrative juridicality in the integration of the right to administrative acts. Finally, some possible consequences for these abstract formulations are discussed.

Keywords: procedural communication acts; requisition; military.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A CITAÇÃO DO (POLICIAL) MILITAR NO PROCESSO PENAL COMUM. 1.1 A revelia como direito subjetivo do réu e da defesa. 1.2 A natureza jurídica do interrogatório. 2. O (POLICIAL) MILITAR TESTEMUNHA NO PROCESSO PENAL COMUM. 3. A REQUISIÇÃO DO (POLICIAL) MILITAR TESTEMUNHA. 3.1 Possíveis consequências da formulação em abstrato. Conclusão. Referências.

Introdução

Em 14 de junho de 2018 noticiava o Supremo Tribunal Federal (STF) em sua página eletrônica oficial: “Plenário declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório” (STF, 2018). O STF havia se debruçado no âmbito do julgamento de duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF’s N° 444 e 395, realizando análise do Artigo 260 do Código de Processo Penal (CPP), ao dispor que “se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença” (BRASIL, 2019).

A corte passou a entender que não houve integral recepção do art. 260 do CPP pela Constituição de 1988, nos termos do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes:

*“[...] a partir da Constituição de 1.988, foi consagrado o direito do réu de deixar de responder às perguntas, sem ser prejudicado – direito ao silêncio. **A condução coercitiva para o interrogatório foi substituída pelo simples prosseguimento da marcha processual, à revelia do acusado – art. 367 do CPP, com redação dada pela Lei 9.271/96**” (STF, 2018). (grifo nosso)*

Ainda em seu voto, Mendes destaca que o direito de não-autoincriminação deve ser compreendido em dimensão tal que consista numa “prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade.” (STF, 2018).

Avaliou-se que esta condução coercitiva para interrogatório “representa uma restrição da liberdade de locomoção e da presunção de não culpabilidade, para

obrigar a presença em um ato ao qual o investigado não é obrigado a comparecer” (STF, 2018).

Ressalvou-se a possibilidade de utilização de condução coercitiva para a qualificação do acusado e também quando houver dúvida sobre a identidade civil, tendo em vista que o CPP autoriza até mesmo a prisão preventiva para o cumprimento desta finalidade, então, restaria autorizada medida menos gravosa.

Excepcionou-se, também, a possibilidade de realização do interrogatório do acusado tão logo tenha sido este capturado em flagrante delito, dado que este ato integra o próprio auto de prisão em flagrante delito (art. 304 do CPP). O relator ainda dispôs acerca do direito de o acusado ou réu deixarem de comparecer ao ato de interrogatório, afirmando que:

*“O essencial para essa conclusão é que a **legislação prevê o direito de ausência ao interrogatório, especialmente em fase de investigação. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. Para que a condução coercitiva seja legítima, ela deve destinar-se à prática de um ato ao qual a pessoa tem o dever de comparecer, ou ao menos que possa ser legitimamente obrigada a comparecer (STF, 2018).**” (grifo nosso)*

Seria, portanto, expressamente, a ausência deliberada ao ato de interrogatório, um direito subjetivo do réu e da defesa. Foi justamente neste contexto fático-normativo-jurisprudencial que fez emergir certa inquietação, porque o Código de Processo Penal disciplina da mesma forma a citação e a intimação do (policia) militar, devendo ambas ocorrerem por requisição, conforme disciplinado pelos artigos 358, 370 e 221,§ 2º, do CPP.

Desde logo, então, partimos do pressuposto normativo de que a requisição do policial militar para o ato de interrogatório não pode importar um ato de serviço, dado que o investigado em inquérito ou réu em ação penal não tem o dever de comparecimento a este ato.

Questão controvertida e que exploraremos, entretanto, reside na requisição de (policiais) militares para que sirvam ao interesse processual como testemunhas, se neste caso a requisição ao comandante o obrigaria a se valer de um instrumento

de escala para tacitamente persuadir o militar ao comparecimento ao juízo requisitante, o que significaria ter a um só tempo a constituição de uma obrigação de atendimento à jurisdição – um múnus público - e também um dever funcional.

Merece destaque, ainda como nota introdutória, o fato de que o legislador e mesmo os operadores do Direito como um todo legam ao Direito Militar o esquecimento, ou uma visão de subcategoria, pondo-o num segundo plano, o que tem causado um severo distanciamento entre o Direito moderno – notadamente o direito criminal – do cidadão militar.

Assim o foi com a Lei 9.099/1995, ao trazer em seu artigo 90-A que suas disposições (notadamente aquelas sobre as medidas despenalizadoras) não se aplicam no âmbito das justiças militares, como explicaremos adiante e com a Lei 11.719/2008, ao alterar a ordem das oitivas no processo penal comum, tendo de haver uma correção à disciplina dada pelo Código de Processo Penal Militar – CPPM (art. 302) no âmbito do HC 127.900/2016 – AM (STF).

Esta situação se tornou ainda mais gravosa com o advento da Lei 13.491/2017, ao fazer ingressar no ordenamento castrense uma série de delitos que anteriormente eram apurados, processados e julgados pela autoridade policial e pelas varas criminais comuns. Só para ilustrar como o militar se tornou figura vulnerável para a norma penal, um Policial Militar venha a cometer qualquer ilícito em serviço, ainda que seja um delito contra a honra, uma ameaça, uma lesão leve ou culposa, terá lavrado contra si um auto de prisão em flagrante delito, pelo crime – agora crime militar – por imposição do art. 9º, inciso II, alínea “c” do Código Penal Militar (CPM).

Isto porque as ações penais militares são incondicionadas à representação, e a elas não se aplicam as disposições da Lei 9.099/95. Qualquer cidadão, ou mesmo qualquer outro policial de outra instituição (Polícia Civil, Rodoviária Federal, Polícia Federal) que reproduza a mesma conduta, terá garantido para si situação jurídica bastante diversa, sendo sua ação penal condicionada à representação da vítima, cujo processo e julgamento tramitará no Juizado Especial Criminal (JECRIM), sendo-lhe ofertadas todas as medidas despenalizadoras constantes da lei . Trata-se de um absurdo do ponto de vista da preservação da isonomia, ou senão um indício a revelar severo preconceito do legislador.

Há resistências nos juízos militares em aplicar até mesmo o princípio consagrado da insignificância (que integra a *tipicidade material* do delito), ainda que a conduta se amolde aos parâmetros estabelecidos no HC N°84.412-SP/2004 (STF), restando aplicar este princípio quase somente nos casos expressamente previstos em lei, ou seja, na lesão corporal levíssima (art. 206; §6° do CPM) e no furto atenuado (art. 240, §1° do CPM).

O militar não pode ser privado da modernização do Direito, nem esta privação encontra reserva moral justificável nos pilares institucionais da hierarquia e da disciplina, que se dá por maioria das vezes, em abstrato, sem sopesar a efetiva lesão jurídica a estes bens tutelados pela norma.

Quando a lesão jurídica à hierarquia e à disciplina militares for inexistente (o que evidentemente deve ser analisado concretamente) não se deve mitigar de forma tão aviltante garantias processuais que emergiram como instrumentos de modernização do Direito, e de adequação a disposições de Direitos Humanos no plano internacional (Regras de Tóquio) e também a disposições constitucionais (art. 98, I, CF88).

Noutros termos: doutrina e jurisprudência podem evoluir ao ponto de se estabelecer que a efetiva lesão jurídica aos bens jurídicos tutelados pelos códigos militares é requisito da tipicidade do delito militar – ao menos do delito militar impróprio. Trata-se de uma possibilidade absolutamente factível, sendo assim meramente uma interpretação que se conferiria ao princípio da ofensividade do delito militar.

O Cenário é tão conturbado que, em razão da edição da Lei 13.491/2017, não se pacificou até o presente momento a quem compete julgar o crime doloso contra a vida de civil praticado por militar estadual em serviço. Há dificuldade mesmo em definir algo que parece simplório: se é este delito comum ou militar, e quem o investiga, se a polícia judiciária comum ou a polícia judiciária militar, ocorrendo, na maioria das vezes, uma dupla investigação na fase policial, uma dupla persecução.

Há argumentos sólidos a defender ambas as correntes. Para inebriar e piorar um cenário já conturbado, este debate – já não bastasse a atecnia do legislador seguidas vezes – permeia-se de interesses difusos, e de posicionamentos de

autoridades que – ainda que não admitam publicamente ou nem mesmo para si – no íntimo adotam entendimento não conforme o texto de lei, mas eivado de certo preconceito pelas instituições militares, dado o contexto histórico, confundindo a atuação militar com a prática contumaz de arbítrio e de violação a direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Entretanto, é o Estado quem, por inúmeras vezes, titulariza ilicitudes contra o servidor militar, sob olhares silentes. Deixam de promover seus militares (mesmo por antiguidade e mesmo havendo vaga e interstício completo), criam decretos ilegais para privar os militares de acesso a prestações indenizatórias dispostas em lei, privam seus militares de sua contraprestação remuneratória (ou a atrasam, parcelam), submetem a jornadas extenuantes bastante superiores às quarenta e quatro horas semanais do trabalhador comum, descumprem a lei de fixação de efetivo (o que obriga a realização de jornadas extras sem nenhuma contraprestação remuneratória), movimentam pelo território estadual sem arcar com a integralidade dos custos disto decorrentes, entre tantos arbítrios. Em contrapartida se priva qualquer manifestação em razão disto. Priva-se o militar do direito constitucional de greve (Agravo em Recurso Extraordinário 654.432/STF), ignorando-se ser o salário uma contraprestação regida por um sinalagma. Este é o contexto, a realidade à qual se submetem milhares de servidores em várias Unidades da Federação. A alegação: crise.

É temerário interpretar que o Direito Militar tem rigor majorado em razão de se voltar à permanência das instituições militares e à preservação da hierarquia e à disciplina, retirando desta categoria de servidores uma série de instrumentos acessíveis a qualquer cidadão, justificando-se este comportamento, reiteramos, numa valoração em abstrato de lesão a estes bens jurídicos. Isto faz com que o militar tenha subtraído de si garantias processuais e passe a ocupar – como regra – uma posição de enorme vulnerabilidade diante da norma penal, e diante do processo penal.

Consideremos ainda como intróito que o militar da União exerce fundamentalmente uma função militar, já o militar estadual no exercício da polícia administrativa de preservação da ordem pública exerce eminentemente uma atividade civil (o policiamento ostensivo), tal conforme manifesto do Supremo Tribunal Federal (HC N°112.936-RJ/2013 – segunda turma).

Vejamos aqui já uma marca de anacronismo: ser a Polícia Militar uma instituição formada por militares estaduais (art. 42, caput, da CF88), mas que tem por atribuição constitucional o desempenho de uma atividade que, segundo a corte suprema, tem caráter eminentemente civil: o policiamento ostensivo.

Esta construção inovadora da segunda turma da corte suprema se deu para que fosse possível o afastamento de um civil da jurisdição militar, por ter desacatado um militar do Exército, durante operação de garantia da lei e da ordem nas favelas do Complexo do Alemão no Rio de Janeiro. O processo em trâmite na Justiça Militar da União foi totalmente invalidado. (HC N°112.936-RJ/2013 – segunda turma).

Assim, então parece desarrazoado também que se apliquem a ambos (militares da União e militares Estaduais) o mesmo regime jurídico, o mesmo código penal, o mesmo código processual penal, e a mesma disciplina administrativa sancionadora por meio dos Regulamentos Disciplinares, que nos Estados reproduzem quase sempre com fidelidade o texto do Regulamento Disciplinar do Exército, o RDE.

Este trabalho busca trazer uma reflexão, sobre a disposição legal do caráter compulsório do comparecimento de policiais militares ao ato do seu próprio interrogatório, tendo em vista a interpretação dada pelo STF de ser este ato facultativo, sendo, logo, a ausência uma opção do réu e de sua defesa, sem que isto possa acarretar quaisquer prejuízos senão aqueles dispostos em lei, ou seja, a revelia.

Abordaremos ainda a extensão da obrigação do superior militar – o comandante – em cumprimento às requisições para citação e intimação de seus subordinados, e se estes atos devem constituir, necessariamente, um ato de serviço, um ato de natureza militar.

1. A citação do (policia) militar no processo penal comum

A citação decorre do recebimento da inicial acusatória pelo juiz, que a ordenará em desfavor do réu, em ato contínuo ao marco inaugural do processo penal, nos termos do art. 396 do CPP. Trata-se do “chamamento do réu a juízo, dando-lhe ciência do ajuizamento da ação, imputando-lhe a prática de uma

infração penal, bem como lhe oferecendo a oportunidade de se defender pessoalmente e através de defesa técnica” (NUCCI, 2004, p. 597).

Para o cidadão policial militar dispôs o CPP (art. 358) que o instrumento citatório ser-lhe-ia entregue por interposta pessoa do comandante, não por oficial de justiça, de forma que “a citação do militar far-se-á por intermédio do chefe do respectivo serviço”.

Desde logo importa mencionarmos que as possibilidades de um Policial Militar vir a se tornar autor de um delito comum no desempenho de seu serviço habitual eram absolutamente remotas, em razão da disciplina dada pelo art. 9º, incisos I e II” do Código Penal Militar à época:

“Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

[...]c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil”

Para quase todos os delitos do Código Penal Comum havia um correspondente no Código Penal Militar. Ocorre que o legislador foi editando novas leis penais especiais (uma vasta produção legislativa), ou códigos que traziam em seu bojo tipos penais. Assim aconteceu, por exemplo com a Lei dos Crimes de Tortura (Lei 9.455/97), Lei dos Crimes de Drogas (Lei 11.343/2006), Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade (Lei 4.898/65), Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997), Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), Lei de Crimes contra o Meio Ambiente (Lei nº 9.605/1998), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), entre outros.

Esta distorção foi corrigida – ou ao menos se tentou – por meio da Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, que conferiu nova redação ao art. 9º II, “c” do CPM:

“Art. 9º - Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

[...]

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

[...]c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil.” (grifo nosso)

Com esta “correção” legislativa tornou-se impossível um policial militar em serviço vir a cometer um delito comum, contra civil (exceção feita às contravenções penais e aos crimes dolosos contra a vida, que enfrentam discussão sobre sua natureza, se comum ou militar). Temos, portanto, que a citação por requisição no processo penal comum, dar-se-á somente em delitos em que este venha a cometer não estando “em serviço”.

Resta, desde logo, certa curiosidade acerca da disposição do art. 358 do CPP, ao tentarmos delimitar qual a natureza jurídica deste ato citatório do militar por requisição. Isto porque a citação ao mesmo tempo em que externa um comunicado ao, agora, réu, notifica-o de prazo para apresentação de resposta àquela acusação formulada em juízo, inaugurada pela inicial acusatória, seja de que espécie for (denúncia ou queixa).

Mas NUCCI (2016, p. 623) parece conferir certa discricionariedade ao cumprimento desta citação por requisição do magistrado:

*“[...] evitando-se que o oficial de justiça ingresse em dependências militares, à procura do réu, encaminha-se a requisição do juiz, por ofício, ao superior, que a fará chegar ao destinatário, **no momento propício**. O referido ofício deve estar instruído com os mesmos requisitos do mandado (art. 352), para que não haja prejuízo à defesa. O militar, como regra, oficia de volta ao juiz, comunicando-lhe que **autorizou o comparecimento** do subordinado no dia e hora marcados.”(grifo nosso)*

Bem como adverte o autor supracitado, o comandante autoriza o comparecimento do militar ao ato processual, não o obriga por meio de qualquer instrumento. Entendemos não caber ao comandante militar o dever de apresentação do militar ao juízo requisitante mediante elaboração de escala de serviço, posto que isto transformaria um ato processual também em um ato de serviço – de natureza militar – com imprevisíveis consequências jurídicas, que exploraremos mais adiante. Ainda sobre a citação, adverte LOPES JUNIOR (2016, p.446):

*“No caso do militar, a citação deverá ser feita através do chefe do respectivo serviço, determina o art. 358. Contudo, há que se considerar, ainda, o disposto no art. 221, § 2º, que aponta a necessidade de que seja feita uma requisição à autoridade superior. **São dois instrumentos distintos: o mandado de citação do militar, contendo todos os requisitos legais (art. 352); e um ofício requisitando o comparecimento do militar no dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento.***

[...]Então, o que se faz é comunicar que o militar deverá comparecer no dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, onde também será interrogado.” (grifo nosso)

Entretanto, não é proposta deste trabalho explorar somente a citação do Policial Militar, mas sim a consequência lógico-jurídica do julgamento de duas ADPF's 444 e 395, que trataram da impossibilidade de condução coercitiva do acusado e do réu para a realização do ato de interrogatório, bem como explorar a extensão da obrigação do comandante militar quando instado por requisição de comparecimento dos seus subordinados em atos processuais-penais comuns na condição de testemunha, isto porque o CPP se vale das disposições acerca da citação também para as intimações e notificações, no que lhes couber, segundo o art. 370 e, especificamente no art. 221, §2º.

O código impõe a necessidade de requisição ao superior militar, tanto para que se realize a citação, quanto a intimação de testemunhas, ao informar em seu art. 221, §2º, que “os militares deverão ser requisitados à autoridade superior”, e em seu art. 358, informando que “a citação do militar far-se-á por intermédio do chefe do respectivo serviço”.

A citação do réu só é levada a efeito se o magistrado entender que a denúncia ou queixa não padecem de nenhum dos vícios anotados no art. 396 do CPP, motivo pelo qual a expedição do mandado citatório demanda poderes da jurisdição, posto ser precedida de uma análise sumária da inicial acusatória pelo magistrado, a quem cabe recebê-la ou rejeitá-la, inaugurando ou não o processo, nos termos do art. 395 do CPP.

É impróprio pressupor – por óbvio - que a execução da ordem de citação ao militar, por intermédio do seu comandante, se dê sob um juízo de conveniência e oportunidade – a ser formulado pelo comandante - sobre a integração ou não daquele sujeito paciente à relação processual, mas adequado interpretar que cabe ao comandante sopesar (conveniência e oportunidade) o momento oportuno (ou mesmo possível) para dar cumprimento ao mandado.

Voltemos vistas ainda à lição de LIMA (2017, p. 985), ao dispor sobre a inteligência do caráter misto do instrumento citatório: primeiramente de citar de fato o réu, dando-o ciência de que passou a integrar uma relação processual no polo passivo (num ato de jurisdição contenciosa), e num segundo momento de notificá-lo a apresentar resposta àquela acusação formulada:

*“Citação: é um dos mais importantes atos de comunicação processual, porquanto dá ciência ao acusado do recebimento de uma denúncia ou queixa em face de sua pessoa, chamando-o para se defender. [...] Funciona a citação, portanto, como misto de contraditório e de ampla defesa, já que, **ao mesmo tempo em que dá ciência ao acusado da instauração de demanda penal contra ele, também o chama para exercer seu direito de defesa.**” (grifo nosso)*

Portanto, seria uma impropriedade técnica pressupor que a extensão da obrigação do comandante militar alcança um dever de fazer comparecer aos atos processuais o seu subordinado, uma vez que o comparecimento ou a ausência a estes atos pode configurar uma estratégia da defesa técnica. Sua importunação jamais pode ser admitida num processo penal no Estado Democrático de Direito. A ausência, ainda que injustificada, do réu aos atos processuais é condizente com o processo no modelo acusatório, não podendo importar sanção, por não ser ato ilícito.

1.1. A revelia como direito subjetivo do réu e da defesa

Com o advento da Lei nº11.689/2008, o comparecimento do réu à sessão de julgamento no Tribunal do Júri passou a ser expressamente uma faculdade, sendo sua ausência, logo, uma opção legítima da defesa, sendo assim o exercício regular de um direito, para o qual não pode haver sanção, posto que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, nos termos do art. 5º, II, da Constituição Federal. Para os demais processos, estranhos à competência do tribunal do júri, interessante que voltemos vistas ao que lecionou LOPES JUNIOR (2016):

“[...] está o réu obrigado a comparecer a todos os atos do processo? Como regra, não. Apenas quando o dever de comparecimento for determinado na concessão da liberdade provisória, após a prisão em flagrante, nos termos do artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal. Outra hipótese de obrigação de comparecimento pode decorrer da incidência das medidas cautelares diversas, do artigo 319, I ou VIII ou da fiança do artigo 350 do CPP.

[...]condenar ou absolver são equivalente axiológicos para a Justiça.

[...]Não existe, no processo penal, revelia em sentido próprio. A inatividade processual (incluindo a omissão e a ausência) não encontra qualquer tipo de reprovação jurídica.

[...]nenhum dos efeitos da revelia se aplica no processo penal, sendo completamente inadequada a utilização dessa categoria, pois não recepcionada pelo processo no marco constitucional. Na perspectiva do processo penal, não existe revelia. Pode haver processo em situação de ausência do réu, quando o citado ou intimado não comparece. O ato será realizado com a defesa técnica sem qualquer restrição, mas também sem qualquer tipo de punição processual.” (grifo nosso)

O legislador ao desejar impor sanção à falta ao ato processual dispôs expressamente no art. 219 do CPP, mas o fez tão somente em relação à testemunha

faltosa, isto porque a testemunha obedece a um regramento absolutamente distinto, sua condição jurídica é evidentemente diversa da condição do réu.

O legislador, ao dispor sobre a inércia do réu em contestar (ou responder, nos termos do processo penal) à acusação que pesa em seu desfavor, optou por ainda assim meramente prosseguir a marcha processual conforme se extrai do art. 367 do CPP, não importando, entretanto, a ausência do réu, em confissão ficta, nem julgamento antecipado do mérito. Aliás, sobre este instituto da "revelia" no Direito Penal, votemos vistas a NUCCI (2016, p. 634):

"[...] os sentidos das palavras "revelia" e "contumácia". A primeira quer dizer "estado ou caráter de revel", isto é, aquele que "se revolta; insurgente, rebelde; teimoso, obstinado, contumaz" (verbete do Dicionário Aurélio). A segunda significa "grande teimosia; obstinação, aferro, afinco, pertinácia" (idem). Nada disso se aplica ao processo penal brasileiro, ao menos após a edição da Constituição Federal de 1988 [...] presume-se a inocência do indivíduo até que se obtenha uma sentença condenatória com trânsito em julgado.

"[...]O réu, no processo penal, ocupa posição diferenciada do que ocorre no processo civil. Se neste, ainda se fala em revelia e seus efeitos, naquele, o termo é escuso, devendo ser evitado. O acusado não é "teimoso", "rebelde" ou "pertinaz" porque deixa de comparecer em juízo para ser interrogado, afinal, pode calar-se diante do juiz (art. 186, CPP).

"[...]Por outro lado, se revelia quer dizer recalcitrância em impugnar ou contestar o pedido do autor, na ótica civil, tanto que cabe o julgamento antecipado da lide [...] o que nunca se dá em processo penal." (grifo nosso)

E vejamos que mesmo o Direito Privado, vem mitigando esta possibilidade de confissão ficta quanto à matéria de fato por inércia, conforme observa BUNO DANTAS (apud CABRAL, CRAMER, p. 623-632)

"[...]Nem o art. 319 do CPC/1973 nem o art. 344 do NCPC arrolam hipóteses específicas em que ocorrerá a revelia.

*[...]O mérito da redação do inciso II do art. 355 quando comparado com seu equivalente do CPC/1973 é que ele **afasta a equivocada relação entre o julgamento antecipado e a revelia no sentido de, sendo o réu revel, se presumirem (necessariamente) verdadeiros os fatos alegados pelo autor e julga-se (necessariamente), de imediato, o pedido em seu favor. Não. Por causa do princípio constitucional do contraditório, já lembrado, e não por acaso, sempre há espaço para que o próprio magistrado, de ofício ou a pedido do réu (como evidencia o art. 349 e, de forma menos clara, também insinua o art. 348), afaste aquela presunção, o que conduz o processo à sua fase instrutória. Nessa exata medida, não há lugar para o julgamento antecipado do mérito.**" (grifo nosso)*

Restou no ordenamento, portanto, esta consequência maléfica ao réu (ou reclamado) – a confissão ficta quanto à matéria de fato, por inércia – por disposição de lei, no âmbito das ações trabalhistas, por força das normas que se extraem do art. 844 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, narrando que “o não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato”.

Temos então que, revelia com confissão (necessariamente) quanto ao fato imputado, somente se dá nas ações trabalhistas. Portanto, conforme observamos, trata-se de uma impropriedade o uso da terminologia “revelia” no processo penal. Observamos que a inércia do réu é insuficiente para que se presumam verdadeiras as acusações formuladas.

Entender de modo diverso seria alinhar-se à violação à presunção da inocência (art. 5.º, LVII, CF), ao direito de ampla defesa e contraditório (art. 5.º, LV, CF), ao devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF), ao direito ao silêncio (art. 5.º, LXIII, CF) e ao direito de não-autoincriminação (art. 14, n. 3, g do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e art. 8.º, §2º, “g” da Convenção Americana de Direitos Humanos).

1.2 A natureza jurídica do interrogatório

Ponto controvertido ainda na doutrina e na jurisprudência, a natureza jurídica do interrogatório tem transitado entre ser classificada como um meio de defesa ou um ato misto (meio de prova e meio de defesa).

Outro fato insofismável é que o réu tem direito subjetivo ao não comparecimento ao ato de interrogatório e, ainda que comparecendo tem direito a silenciar, e se direito, não pode ensejar qualquer consequência negativa, posto não sê-lo objeto de prova. Converge neste mesmo sentido MARCÃO (2016, p.511):

*“No modelo processual adotado, é inconcebível processo criminal no qual não se proporcione ao acusado a faculdade de se dirigir ao juiz pessoalmente, em dia, local e hora por este designados, a fim de apresentar sua versão em interrogatório formal. **Embora necessário, o interrogatório não é imprescindível.** É certo que a não realização do interrogatório, estando o acusado presente, é causa de nulidade absoluta, e isso advém do art. 564, III, e, do CPP; contudo, **é possível a tramitação do processo em caso de revel citado pessoalmente, o que indica a existência de processo sem que o interrogatório tenha efetivamente se realizado**(apesar de designado).” (grifo nosso)*

O interrogatório, portanto, assume modernamente também (ou unicamente, a depender da corrente doutrinária adotada) uma função de manifestação de defesa, ou seja, o exercício negativo desta faculdade importa abdicação a uma possibilidade de expor argumentos de fato que possam convencer o interrogante sobre uma atuação lícita do interrogado, eximindo-o de qualquer responsabilização.

Mesmo no plano lógico a condução coercitiva do réu ao interrogatório revela-se desarrazoada, tendente à ineficácia (a não ser que se aposte na ignorância do conduzido ou não se lhe esclareçam devidamente seus direitos ao silêncio, de se fazer acompanhar por advogado, e da dispensa ao compromisso legal de dizer a verdade), porque se estaria restringindo a liberdade do cidadão com o fim de ouvir sua versão dos fatos imputados, mas estranhamente se estaria perpetrando isto contra aquele a quem legislação desobriga de falar, e mesmo que fale, está dispensado do compromisso com a verdade.

A discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica do interrogatório não é pacífica. Tem convergido, tanto doutrina como jurisprudência, no sentido de sê-lo um meio de manifestação de defesa, ou misto, restando raríssimas exceções a defender a corrente doutrinária de que é o interrogatório unicamente um meio de produção de provas. Neste sentido, observemos MARCÃO (2016, p. 509):

“É acirrada a discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica do interrogatório.

Existem quatro correntes a respeito, a saber:

1ª) o interrogatório é meio de prova;

2ª) o interrogatório é meio de defesa;

3ª) o interrogatório é meio de prova e de defesa;

4ª) o interrogatório é meio de defesa e eventualmente meio de prova.

[...]Segundo pensamos, o interrogatório é meio de defesa e, eventualmente, meio de prova.” (grifo nosso)

A jurisprudência vem se consolidando no mesmo sentido, senão vejamos dois exemplos:

“Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial– notadamente após o advento da Lei n. 10.792/2003 – qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa” (STF, HC 94.016/SP, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 16-9-2008, DJe 38, de 27-2-2009, RTJ 209/702; STF, HC 94.601/CE, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 4-8-2009, DJe 171, de 11-9-2009, RTJ 211/379). *”(grifo nosso)*

“O interrogatório é essencialmente meio de defesa” (STJ, HC 83.875/GO, 6ª T.,rel. Min. Paulo Gallotti, rela. p/ o Acórdão Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. 25-3-2008, DJe de 4-8-2008, RT 877/534). *”(grifo nosso)*

Recentemente o STF ao julgar agravo regimental na Ação Penal nº1.027 deu provimento nos termos do voto vencedor do ministro Roberto Barroso,

entendimento que se alinhou à manifestação da Procuradoria-geral da República (PGR):

“O art. 7º da Lei n. 8.038/1990 determina que “recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório[...]

A interpretação literal da norma é efetivamente no sentido de que o interrogatório do réu, nos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, deve ser o ato inaugural da instrução processual penal.

No entanto, o dispositivo não se coaduna com os princípios do contraditório e da ampla defesa, que impõem a realização do ato apenas ao término da instrução criminal, o que permite ao acusado se ver processar e, em melhores condições, elaborar sua autodefesa.”

Ao votar, discordando do relator, o ministro Alexandre de Moraes torna claro seu entendimento, que representa parte da doutrina, defendendo que “apesar da não alteração específica do art. 7º da Lei 8.038, a partir do Código de Processo Penal”, o interrogatório é um ato de defesa.

O novo CPP, se aprovado tal conforme a redação proposta no Projeto de Lei 8.045/2010, deverá pacificar a questão ao dispor de forma expressa a natureza jurídica do interrogatório como manifestação de defesa do acusado ou do réu, descrevendo, em seu art. 64, que “o interrogatório constitui meio de defesa do investigado ou acusado e será realizado na presença de seu defensor”. Portanto, devemos concluir que o interrogatório guarda uma característica de dispensabilidade na perspectiva da manifestação do réu, assim como observa TÁVORA (2017, p. 281):

*“É importante notar que se o acusado, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato não comparecer sem motivo justificado, o processo seguirá sem a sua presença. Daí porque, por exemplo, **não se pode falar em nulidade por falta de interrogatório quando não houve sua realização porque o acusado não compareceu por vontade própria.**” (grifo nosso)*

2. O (policia) militar testemunha no processo penal comum

No processo penal não há taxatividade de provas. Vigem um modelo permissivo quanto à produção destas. O Código traz pouquíssimas restrições, em verdade, exceções a esta liberdade de produção de provas. Podemos citar os artigos 207, 479, 155, parágrafo único, 158 e 92, todos do CPP.

A testemunha pertence e interage, portanto, com tantos outros meios de prova, muitos dos quais inominados. Todos terão por objeto a reconstrução de um fato ilícito, a busca da verdade real, ou de uma verdade processual, sendo o juiz último destinatário das provas, que sentenciará conforme aquilo quanto constar dos autos. A testemunha, por sua vez, possui arcabouço normativo próprio no CPP, absolutamente distinto da figura do réu. Vejamos suas obrigações, por LIMA (2016, p. 926)

“O Código estabelece uma série de deveres para as testemunhas: (a) dever de depor, (b) dever de comparecimento, (c) dever de prestar compromisso, (d) dever de dizer a verdade, (e) dever de comunicar a alteração de endereço. Quanto ao dever de depor, todas as testemunhas têm o dever de depor, pois todas as pessoas podem ser testemunhas, nos termos do art. 202 do CP.”

Conserva, porém, a testemunha o mesmo regramento dado ao réu, quando forem militares, de que este ato de comunicação se produza mediante requisição. Conforme já observado, qualquer pessoa pode ser testemunha nos termos do art. 202 do CPP. Não há disciplina própria aos policiais militares que participem do processo nesta condição, senão a formalidade da comunicação do ato de chamamento ao processo por meio de requisição ao superior (art. 221, §2º).

Ocorre que a praxe da administração militar consiste em dar ciência ao policial militar requisitado e elaborar uma escala de serviço, tornando, portanto, aquele ato formal, que possui como uma de suas características a judicialidade, também um ato de serviço, carregando consigo todo o arcabouço normativo que disto decorre.

A argumentação corriqueira é de que isso seria algo benéfico ao Policial Militar, porque permitiria a composição de um “banco de horas”, uma espécie de compensação posterior às horas passadas pelo militar em audiência, e que isto “cobriria” o militar em qualquer eventualidade, como por exemplo se este policial

militar, no deslocamento de sua casa ao fórum sofra um acidente de trânsito e morra ou adquira lesões permanentes.

Também se argumenta comumente que este ato seria um serviço de natureza militar - e caberia a confecção de escala - porque o policial militar comparece às audiências na condição de testemunha em razão do seu ofício, uma vez que atua na prisão em flagrante-delito de criminosos no seu cotidiano profissional. Algumas considerações merecem assento:

I) Não somente polícias militares realizam prisões em flagrante-delito em razão do seu ofício. Há tantas outras carreiras de Estado que o fazem, e nem só por isso, quando instados a comparecer ao juízo para relatar o que sabem na condição de testemunhas, depreende-se disso um dever funcional. A título de exemplo podemos citar agentes da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal (também uma polícia ostensiva), da Polícia Civil, Agentes do Fisco estadual, assim como tantos outros integrantes de muitas carreiras de Estado.

O argumento de que o policial militar atua na prisão em flagrante, e por isso seu chamamento ao processo é um dever funcional não encontra validade argumentativa. Tantos outros o fazem, e são instados de forma diversa a comparecer ao juízo. Novamente reiteramos, a diversa forma de comunicação do militar não traduz, por si só, que este dever – processual – seja um dever funcional, um dever militar;

II) Não faz sentido e não merece prosperar o argumento da constituição de um banco de horas, uma vez que a atividade militar é tida como de dedicação exclusiva, não tendo uma jornada estabelecida, não sendo possível observar qual seria o parâmetro a partir do qual deveriam ser compensadas as horas “ultrapassadas” de uma carga horária não fixada;

III) O legislador não elaborou o CPP e não dispôs desta forma sobre militares pensando nos Policiais Militares. Parte da doutrina justifica esta previsão legal porque seria o quartel uma dependência inacessível aos ofícios de justiça, ou seja, uma ótica bastante focada na realidade dos militares da União, não dos militares dos Estados.

Não ao menos na concepção mais moderna das Polícias Militares, que com o passar dos anos foram se distanciando cada vez mais do modelo militar da União (digamos mais puro), em muitos aspectos. Resta ainda a concepção militar quanto à submissão ao regime jurídico próprio, e quanto ao modelo organizacional, e em algumas polícias já bastante mitigado. Este modelo organizacional vem sofrendo profundas modificações. Cada Estado vem adequando a sua polícia à sua realidade, conferindo, por vezes, arranjos bastante distintos do modelo originário, puramente militar.

No contexto histórico em que teve gênese o CPP, tinham, reconhecidamente, as polícias militares a exata formatação do militarismo da União. Com o passar dos anos, pode-se dizer que a demanda social impôs que esta força pública estadual e distrital passasse a ser muito mais polícia do que militar;

IV) O CPP ao dispor que o militar seria citado e intimado por requisição no processo penal comum, não valorou este cenário em relação ao processo relativo ao crime em que o militar atuou como autor da prisão. Isto porque a disposição da requisição é genérica e alcança a todos os processos penais. Aplica-se da mesma forma aos processos penais em que um militar, no curso dos atos de sua vida privada, vier a praticar um delito, ou a testemunhá-lo. Isto em nada tem a ver com a natureza do seu labor. Noutros termos, pode-se avaliar que nem sempre o policial militar é requisitado pelo juízo em razão da sua atividade;

V) A requisição no processo penal comum é instrumento que se aplica no ato citatório do militar e também quando este for instado a testemunhar aquilo que sabe. Conforme já abordamos, a citação por requisição do militar no processo penal comum, com o regime jurídico vigente após a edição da lei 13.491/2017, será sempre em razão de atos ilícitos que veio a cometer na sua vida privada, não estando em serviço, uma vez que com esta alteração legislativa todos os ilícitos penais (resta certa discussão acerca das contravenções penais e os crimes dolosos contra a vida de civil) passaram a ser considerados crimes militares, com obediência ao regramento processual próprio do CPPM.

3. A requisição do (policial) militar testemunha

A contumácia de chamamento de policiais militares aos atos probatórios não decorre somente de sua atividade, mas também de um sistema de justiça criminal precário – com deficiências logísticas, de pessoal e tecnológicas – incapaz de

produzir provas mais sofisticadas aos casos rotineiros da criminalidade urbana, e até mesmo menos suscetíveis a questionamentos.

A requisição de policiais militares para testemunharem, consoante as disposições do art. 202 e 221, §2º, ambos do CPP, emanam, em verdade, de um dever da civilidade, um múnus público, não podendo ser interpretadas como uma atividade de caráter militar, mas sim como um dever legal, um dever processual disposto em lei.

Neste sentido o Código de Processo Civil de 2015 (Art. 463) foi mais objetivo, menos ensejador de dúvidas, ao dispor que esta sujeição do cidadão ao interesse processual emana um dever público, e que assim o sendo não pode haver cômputo de falta ao trabalhador. Ao interpretar o dispositivo, NUNES FERREIRA (*apud* CABRAL, CRAMER, 2015, p. 735), leciona com bastante clareza que “o depoimento da testemunha constitui um serviço prestado à justiça e ao Judiciário”.

Ao comandante militar cabe dar ciência ao militar arrolado, colhendo sua contrafé no mandado, e adequando a rotina da Unidade militar de forma que seja possível o comparecimento do requisitado ao Fórum. Assim como já observamos, nem toda requisição de policial militar para que sirva aos autos como testemunha, diz respeito a uma “consequência” do seu trabalho.

Por conseguinte, o não atendimento do requisitado a esta requisição não deve importar uma violação de um dever funcional, mas uma violação ao dever processual, um vício processual, que deve ser sanado pelo juiz competente, que atua na direção do processo (art. 7º c/c o art. 139; incisos III; IV e IX, do Código de Processo Civil – CPC, que assim dispõem:

“Art. 7º, CPC: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório;”

[...]

*“Art. 139. **O juiz dirigirá o processo** conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:*

[...]III - **prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;**

IV - **determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;**

[...]IX - **determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;**“(grifo nosso)

Observemos o que disserta, a respeito, FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI (*apud* CABRAL, CRAMER, 2015, p. 318):

“O art. 139, IX, do CPC/2015 também tem íntima relação com o princípio da cooperação (art. 6.º do CPC/2015), pois disciplina o dever de prevenção. Por ele, **compete ao juiz determinar o suprimento e correção dos vícios processuais** (pressupostos processuais, nulidades etc.), preservando, quanto o mais possível, **condições para que o processo alcance decisão de mérito** (i.e. decisão que solucione o conflito).” (grifo nosso)

O saneamento do vício processual de falta da testemunha regularmente intimada é algo circunscrito à esfera do poder de direção conferido ao magistrado, que tem a seu alcance todas as possibilidades legais, podendo redesignar a audiência, aplicar multa e as sanções previstas no art. 219 do CPP, ou mesmo, se dolosa a conduta, fazer apurar o ilícito penal do art. 330 do Código Penal (desobediência).

Não se questiona que a requisição emana por óbvio um mandamento do juízo, que deve ser atendido. Entretanto, dada ausência de norma, não constitui isto um ato de natureza militar, um ato de serviço. Fosse um dever funcional, a requisição para o ato de interrogatório também deveria ser atendida, constituindo-se escala de serviço, tornando-se um ato de serviço, ou seja, um ato administrativo que conservaria como atributo a coercitividade. Buscamos evidenciar que isto seria impróprio. Independentemente do ato judicial a ser produzido não é exatamente

este o dever funcional do comandante militar, mas sim uma interpretação demasiadamente extensiva de suas obrigações.

O dever funcional do comandante militar se esgota no momento em que dá ciência da requisição ao subordinado requisitado, posteriormente remetendo ao juízo a informação de que o ato fora praticado, fazendo constar com exatidão o dia e a hora em que se efetivou.

Estas informações pormenorizadas são importantes para que se estabeleça o marco inicial da contagem dos prazos processuais, observando-se o disposto na súmula 710 do STF, estabelecendo que “no processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem”.

Não há comando legal de onde se possa extrair norma em que conste dever funcional de o comandante militar obrigar o subordinado ao comparecimento quando requisitado. Ao fazê-lo estaria o superior violando norma constitucional (art. 5º, II, CF), pois ninguém é “obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O comandante militar deve observar a adequação da extensão de sua providência à lei e ao direito, observando-se como ponto de partida o texto constitucional, que com advento do neoconstitucionalismo ganha força normativa (BARROSO, 2005):

“Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos”

A doutrina administrativista consagra de longa data o dever de observação da Administração Pública ao princípio da legalidade. Modernamente esta concepção é insuficiente, posto que se extraem normas da principiologia constitucional, que devem ser aplicadas pela administração, que deve buscar a adequação de seus atos não somente à lei (*stricto sensu*), mas ao direito, na

plenitude de suas normas, sendo assim uma ciência una, compartimentada tão somente para fins didáticos e acadêmicos.

O legislador observando esta modernização do Direito já vem consagrando este dever administrativo no próprio texto legal, confundindo-se, nestes casos, o princípio da juridicidade administrativa com a própria obediência ao princípio da legalidade administrativa, na sua concepção clássica, a exemplo do que aconteceu na lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

“Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

*I - **atuação conforme a lei e o Direito;**” (grifo nosso)*

A lição de BINENBOJM (2008) disserta sobre o comando para que o administrador público integre o direito aos atos da Administração:

“Se, em sua origem, o direito administrativo se traduzia em uma normatividade marcada pelas idéias de parcialidade e desigualdade, sua evolução histórica revelou um incremento significativo daquilo que se poderia chamar de vertente garantística, caracterizada por meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos.”

[...]

*“erige-se hodiernamente a idéia de **constitucionalização do direito administrativo como alternativa ao déficit teórico** apontado nos itens anteriores, mediante a adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático qual vetores axiológicos – traduzidos em princípios e regras constitucionais – a pautar a atuação da Administração Pública. Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público, (III) **estabelecerem balizas***

principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa e (IV) admitirem um espaço próprio para as autoridades administrativas independentes no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.” (grifo nosso)

[...]

“Assim, tem-se que:

(i) **a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;**

(ii) *a definição do que é o interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados;” (grifo nosso)*

[...]“O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público,²⁵ aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.”

[...]

“Assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que incidindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, **caberá à Administração lançar mão da**

ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização. De modo análogo às Cortes Constitucionais, a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação, guiada pelo princípio da proporcionalidade, para superar as regras estáticas de preferência, atuando circunstancial e estrategicamente com vistas à formulação de standards de decisão. Tais standards permitem a flexibilização das decisões administrativas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mas ***evitam o mal reverso, que é a acentuada incerteza jurídica provocada por juízos de ponderação produzidos sempre caso a caso.*** (grifo nosso)

[...]

“Cuida-se, em suma, de uma constitucionalização do conceito de interesse público, que fere de morte a idéia de supremacia como um princípio jurídico ou um postulado normativo que afirme peremptoriamente a preponderância do coletivo sobre o individual ou do público sobre o particular.”

[...]

“Verifica-se, assim, o surgimento de uma verdadeira Constituição administrativa, que, por um processo de autodeterminação constitucional, emancipou-se da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da interpositio legislatoris, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.

A idéia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não

mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).” (grifo nosso)

A fundamentação das decisões administrativas não deve ser adstrita ao texto legal, a ser isoladamente considerado, mas deve conservar um alinhamento com a principiologia constitucional, dado que o texto constitucional e seus princípios passaram a integrar o direito como norma jurídica.

A exemplo do que disserta BINENBOJM (2008), tomemos apenas dois casos de disposições legais em flagrante confronto com o texto constitucional – ambas disposições sobre militares - o art. 308 do CPPM e o art. 51 do CPM:

*“Art. 308, CPPM – O silêncio do acusado não importará confissão, **mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.***

[...]

*Art. 51, CPM – **Equiparam-se aos maiores de dezoito anos, ainda que não tenham atingido essa idade:***

*a) **os militares;***

[...]

*c) **os alunos de colégios ou outros estabelecimentos de ensino, sob direção e disciplina militares, que já tenham completado dezessete anos.**” (grifo nosso)*

Por óbvio temos nos extratos supra normas não-recepcionadas pelo texto constitucional de 1988, e conforme já observado desde o início do trabalho, isto é um fenômeno de esquecimento do legislador em relação ao regime jurídico que trata dos militares, que não promove sua atualização.

Cabe, portanto, ao administrador militar, a este mais do que na administração pública comum (esta tem maior atenção do legislador), valorar a adequação do texto legal (muitos dos quais elaborados antes da Constituição de 1988) às normas constitucionais, para que não se promova o arbítrio contra seus subordinados que, via de regra, ocupam uma posição de enorme vulnerabilidade neste arranjo normativo em desordem, de forma a minimizar tamanha insegurança jurídica.

3.1. Possíveis consequências da formulação em abstrato

A fixação de entendimento acerca deste tema faz com que se desdobrem muitos efeitos concretos. Buscaremos expor aqueles que mais se evidenciam, tais como:

I) A impossibilidade de intimação do militar quando este estiver em cumprimento de algum afastamento integral regulamentar “do serviço” (férias, núpcias, luto, trânsito, instalação, licença para tratamento de saúde, licença para tratar de interesse particular, para tratar de saúde de pessoa da família, licença gestante, licença paternidade, dentre outras que possam ser previstas em lei), o que poderia contribuir para que seja extinta a punibilidade do réu por prescrição;

II) A instituição militar deveria, então, prover os meios para este deslocamento, uma vez que obrigação militar, o que parece inviável até na perspectiva do volume das requisições;

III) Estar-se-iam constituindo obrigações não somente ao requisitado, mas também ao Estado. Isto porque um eventual acidente com resultado morte in itinere deste policial militar requisitado poderia ensejar indenização, uma vez que há Estados que dispuseram isto em lei, ou seja, que preveem o pagamento de pecúnia à família do policial militar que vier a morrer na execução de seu “serviço”. A exemplo tomemos a lei estadual 8.279, de 30 de março de 2006 (Espírito Santo):

*“Art. 1º Fica criada a **Indenização por Acidente em Serviço**, no âmbito da Polícia Militar do Espírito Santo, do Corpo de Bombeiros Militar do Espírito Santo e da Polícia Civil em decorrência de acidente em serviço, nas seguintes condições:*

[...]

III - se do acidente em serviço resultar morte será devido aos dependentes, Indenização por Acidente em Serviço, em parcela única, correspondente a 20.000[...]”(grifo nosso)

IV) Qualquer delito que este policial militar venha a cometer *in itinere*, em tese, seria considerado um crime militar, mesmo os culposos (mesmo os de trânsito), em razão da incidência do já explorado Art. 9º; II; “c” do CPM;

V) Qualquer conduta ilícita do policial militar *in itinere*, em tese, poderia ensejar a responsabilidade civil do Estado, na forma do Art. 37; §6º da Constituição Federal, dado que esta obrigação militar se traduziria, por óbvio, numa obrigação de caráter estatal, como alguns tendem a propor;

VI) Caberia em tese ao superior militar avaliar o “desempenho” de seu subordinado no ato judicial, podendo inclusive conferir-lhe elogio individual pelo bom desempenho, ou punição disciplinar pelo mau desempenho. Não merece prosperar, por não ser minimamente adequado no plano lógico, e ensejaria uma indevida e ilícita intromissão da autoridade militar sobre a autoridade do juiz que preside os atos de audiência.

VII) Haveria a constituição de obrigação ao Estado, de caráter previdenciário, de prover proventos integrais aos dependentes do de cujus que viesse a falecer *in itinere*. Tomemos o exemplo da lei 7.138, de 30 de janeiro de 1978 (Rio Grande do Sul - RS):

*“Art. 80 - Os policiais-militares mortos em campanha ou ato de serviço, ou em consequência de ferimentos ou moléstias decorrentes, ou ainda em consequência de incidente em serviço, **deixarão a seus herdeiros pensão correspondente aos vencimentos integrais do posto ou graduação imediatamente superior.**”*

VIII) Entender que a requisição emana um dever militar significaria que a requisição para o interrogatório também deveria importar um serviço, o que é descabido, já que o réu nem mesmo tem dever de comparecimento, conforme já explorado neste trabalho.

Conclusão

A análise inicial do julgamento das ADPF's 444 e 395 (em conjunto) pelo STF em 2018 demonstra que é ilícita a condução coercitiva do réu no processo penal ou acusado em inquérito policial para o ato de interrogatório, uma vez que o este é meio de defesa, sendo facultado o exercício desta manifestação. Aquele implicado que não o fizer não poder ter qualquer sanção aplicada em seu desfavor em razão desta inércia processual.

O Código de Processo Penal Comum impõe a mesma disciplina para a citação do militar e também para sua intimação para servir de testemunha, de forma que estas comunicações devem ser feitas por requisição ao comandante, consoante o art. 358 (citação) e o art. 221; §2º (intimação), ambos do CPP.

Este ato de requisição do militar, seja para sua citação, seja para sua intimação para qualquer ato processual não conserva, por si só, o caráter de dever militar, de ato de serviço, mas sim, quando por força de lei houver o dever de comparecimento (testemunhas), um dever processual.

Assim, o vício do não comparecimento do requisitado ao júízo requisitante é um vício que deve ser sanado pela autoridade requisitante, que atua na direção de todos os atos processuais conforme dispõe o art. 139 do CPC. À sua disposição o magistrado tem as possibilidades de meramente redesignar o ato, aplicar multa na forma do art. 219 do CPP, ou mesmo fazer com que se investigue a conduta do requisitado diante do possível cometimento do ilícito do art. 330 do Código Penal.

Por outro lado, na via administrativa, temos o esgotamento da obrigação legal do superior militar no momento em que venha a dar conhecimento ao seu subordinado do instrumento que o chama a servir ao interesse processual, integrando-o, na forma do art. 358, ou servindo de testemunha, na forma do art. 221; §2º do CPP.

A atividade policial militar não possui regramento legal que disponha este dever militar de servir ao processo penal como testemunha. Este dever emana de norma genérica aplicável a todos os cidadãos que venham a testemunhar um delito, conforme o art. 202 do CPP.

Com o atual regime jurídico vigente (com o advento da lei 13.491/2017), o policial militar em serviço que venha a cometer crime contra civil não será processado e julgado por qualquer delito nas varas criminais comuns, mas sim na

Justiça Militar Estadual (crime militar), restando a disciplina do CPP do art. 358 aplicável somente a delitos que venha a cometer em sua folga.

A solução definitiva para este debate deve emergir com a promulgação do novo CPP, se aprovado conforme sua redação original constante do projeto de lei nº 8.045/2010, que faz desaparecer esta modalidade de comunicação dos atos processuais para militares no âmbito do processo penal comum. Permanecerá, entretanto, no CPPM se este não vier a ser atualizado concomitante.

Cabe à administração militar, por sua vez, observar a exata extensão da sua obrigação no cumprimento destes atos de requisição. Impõe-se ao administrador público o dever de observação à lei e ao direito, como propositura moderna na concepção de um princípio da juridicidade administrativa, uma constitucionalização do direito administrativo na posição de BINENBOJM, integrando não só a lei aos atos administrativos, mas sim todo o direito, que tem como apse as normas que se extraem da Constituição Federal.

Ademais, conforme observado anteriormente, a privação de acesso do militar à modernização do direito criminal não encontra reserva moral que a justifique, partindo-se duma valoração em abstrato de uma lesão presumida à hierarquia e à disciplina. Sob este argumento se priva o militar, injustificadamente, de uma série de garantias processuais modernas, que emergiram como forma de internalizar disposições contidas em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, e do seu próprio texto constitucional. Aliás, a Constituição Federal de 1988 ao desejar excepcionar o militar da norma genérica o fez de forma expressa, assim como consta do art. 5º; LXI, do art. 144; §4º.

Na requisição para citação (art. 358 do CPP) a obrigação do superior militar se esgota na comunicação ao subordinado da sua condição jurídica, e na devolutiva ao juízo requisitante, cientificando-o com exatidão o dia e hora em que se deu ciência ao réu de que há contra ele processo penal em curso, e que deve em razão disto formular sua resposta à acusação nos termos do art. 396 e 396-A do CPP.

Na requisição de testemunha o dever funcional do superior se esgota igualmente com a efetiva comunicação do ato ao subordinado, colhendo contrafé do requisitado, oficiando-se em devolutiva ao juízo requisitante, sem que isto

importe, necessariamente, a confecção de uma escala de serviço, para aquilo que serviço militar não é.

É preciso estabelecer um juízo em abstrato acerca do tema, e que desta abstração se vislumbrem os casos concretos, posto que o estabelecimento de entendimentos diversos conforme o caso concreto, ou pior, conforme a conveniência do momento e das partes envolvidas nos casos concretos (muitas vezes o Estado figurará como parte), purga de insegurança jurídica a atuação funcional de milhares de servidores militares.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/43618/44695>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil**: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 13 - março/abril/maio 2008 - Salvador - Bahia - Brasil. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/A-Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-administrativo-no-Brasil.pdf>. Acesso em 28 mar. 2019.

BRASIL. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

_____. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

_____. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

_____. Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017. Altera o Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13491.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 318-623-632-735.

DEPUTADOS, Câmara dos. Projeto de Lei 8.045/2010. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Habeas Corpus N°84.412 - São Paulo. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3090409/mod_resource/content/1/STF%20HC%2084412.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

FEDERAL, Supremo Tribunal. HABEAS CORPUS 127.900 AMAZONAS. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11451173>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Habeas Corpus 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Habeas Corpus N°112.936-RJ/2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3805159>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Informativo STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo906.htm>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 395 Distrito Federal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-395-conducao-coercitiva.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Plenário declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Recurso Extraordinário Com Agravo 654.432 Goiás. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE654432_grevedepoliciais.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Regras de Tóquio** - regras mínimas padrão das nações unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5. ed., rev., atual e ampl. Salvador, JusPODIVM, 2017, p. 985.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador, JusPODIVM, 2016. p. 926.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 446.

LOPES JUNIOR, Aury. **Limite Penal**: De qualquer lado que se olhe, revela é incompatível com o processo penal. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-08/limite-penal-revelia-incompativel-processo-penal>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

MARCÃO, Renato. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo : Saraiva, 2016, p. 509-511.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 623-634.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 3 ed. São Paulo, RT, 2004, p.597

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed., rev. e atual. 2017, p. 281.

A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES-FIM E O DIREITO À APURAÇÃO DE CRÉDITOS DE PIS/COFINS

MATHEUS FALCÃO TORTI: Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

RESUMO: O presente artigo visa analisar a regulamentação do instituto da terceirização, no ordenamento jurídico brasileiro, e o novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal que decidiu pela possibilidade de terceirização de atividades-fim. Diante disso, busca-se apontar a possibilidade de apuração de créditos da não-cumulatividade do PIS e da COFINS, na modalidade de insumos, sobre os gastos da pessoa jurídica com a contratação de empresa terceirizada para a disponibilização de mão de obra aplicada diretamente na atividade-fim, enquanto caminho para a formação de um planejamento tributário favorável às empresas, dentro dos parâmetros legais.

Palavras-chave: terceirização; atividades-fim; apuração de créditos; PIS e COFINS; planejamento tributário.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A evolução da terceirização no ordenamento brasileiro e o entendimento do Supremo Tribunal Federal; 3. O regime de não-cumulatividade do PIS e da COFINS e o sistema de apuração de créditos; 4. O direito à apuração de créditos de PIS e COFINS sobre os gastos com a terceirização da atividade-fim; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A terceirização, enquanto fenômeno do capitalismo global, é um modo de organização produtiva pelo qual o tomador do serviço busca otimizar a sua produção, e dedicar-se exclusivamente ao seu produto final enquanto a empresa interposta, prestadora de serviço, colocaria os seus trabalhadores para atuarem em outros serviços considerados de menor importância na cadeia produtiva.

No Brasil, o instituto vem sendo regulamentado e discutido desde a edição da lei nº 6.019/74 até os dias atuais, contudo, ao longo dos anos, diante das novas

dinâmicas de serviços e necessidade de maior competitividade no mercado, as hipóteses de terceirização têm sido ampliadas.

Nesse sentido, a legislação já prevê a possibilidade de contratação de trabalhadores terceirizados para execução da atividade-fim da empresa e, recentemente, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento seguindo a mesma lógica, superando assim a súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Não obstante os benefícios econômicos com diminuição da folha de pagamento, a adoção da terceirização nas atividades-fim passou a ser vislumbrada pelos empresários como um meio para a realização de um planejamento tributário eficiente.

Diante da dinâmica de apuração de créditos PIS e COFINS no regime de não, cumulatividade surgiu a possibilidade de enquadrar os dispêndios da pessoa jurídica com a contratação de empresa terceirizada para a disponibilização de mão de obra aplicada diretamente na atividade-fim como modalidade de aquisição de bens e serviços utilizados como insumos na produção ou fabricação de bens e produtos destinados à venda, nos moldes estabelecidos pelo inciso II, art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

É nesse cenário de flexibilização do trabalho que surge uma brecha, dentro dos limites legais, para a adequação da empresa ao formato mais vantajoso de pagamento de impostos.

2. A EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A primeira legislação brasileira acerca da terceirização no setor privado foi a lei nº 6.019/74, sancionada ainda durante o período de ditadura militar no Brasil, e que dispunha sobre trabalho temporário nas empresas urbanas. O texto legal permitia a contratação de trabalhadores terceirizados, por período determinado, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou em caso de acréscimo extraordinário de serviços.^[1]

Com o fortalecimento do modelo capitalista de produção, potencializado pela globalização econômica e desconcentração de capital, o Tribunal Regional do

Trabalho se viu obrigado a mudar entendimento outrora firmado na súmula 256/TST, a qual vedava a contratação de trabalhadores por empresa interposta, com exceção dos casos previstos em lei.^[2] Desse modo, no final de 1994, houve a edição da súmula 331/TST, cujo inciso III passou a permitir a terceirização para as modalidades de serviço de vigilância, conservação e limpeza, além das funções ligadas à atividade-meio do tomador do serviço, nos seguintes termos:

CONTRATO DE PRESTACÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

[...] III – Na forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei no 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.^[3]

A doutrina trabalhista majoritária estabeleceu como critério diferenciador entre os conceitos de atividade-meio e atividade-fim a identificação do núcleo da atividade exercida pelo tomador de serviços. Sendo assim, quando diretamente ligada ao centro da dinâmica empresarial do tomador seria uma atividade-fim e quando meramente auxiliar ou periférica deveria ser considerada atividade-meio.^[4]

Com o atual cenário brasileiro de crises políticas e econômicas, e a consequente intensificação do discurso em defesa da flexibilização das relações trabalhistas, houve a edição das leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, as quais trouxeram grande modificação na estrutura laboral clássica, especialmente na dinâmica da terceirização. A referida reforma incluiu na lei nº 6.019/74 os artigos 4º-A e 5º-A, *in verbis*:

Art.4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (...)

Art.5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.^[5]

Nesse ínterim, é necessário destacar que a maior alteração trazida pela Reforma Trabalhista, no que tange à terceirização, foi a ruptura do antigo entendimento

expresso no inciso III da súmula 331/TST, possibilitando a contratação de trabalhadores terceirizados para qualquer atividade, inclusive para a ocupação principal da empresa (atividade-fim).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, em 30 de agosto de 2018, realizou o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 e do Recurso Extraordinário nº 958252, com reconhecimento de repercussão geral, decidindo pela possibilidade de terceirização de atividades-fim. Nesse sentido, foi fixada tese de repercussão geral que considerou lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.^[6]

3. O REGIME DE NÃO-CUMULATIVIDADE DO PIS E DA COFINS E O SISTEMA DE APURAÇÃO DE CRÉDITOS

O Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) são espécies de contribuições sociais em sentido estrito, isto é, destinadas ao custeio da seguridade social. Não obstante a classificação anterior, a doutrina subdivide as contribuições sociais em sentido estrito em duas subespécies, quais sejam: i) previdenciárias, se destinadas especificamente ao custeio da Previdência Social; ii) e não previdenciárias, quando voltadas para o custeio da Assistência Social e da Saúde Pública, hipótese esta que abarca o PIS e a COFINS.^[7]

O PIS e a COFINS são tributos incidentes sobre o faturamento (receita bruta) das empresas e podem ser regidos mediante dois regimes, via de regra. O primeiro deles é o regime de incidência cumulativa, no qual base de cálculo é a receita operacional bruta da pessoa jurídica, sem deduções em relação a custos, despesas e encargos, sendo as alíquotas de 0,65% para o PIS e 3% para o COFINS. O regime mencionado é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado, e àquelas equiparadas pela legislação do imposto de renda, que apuram o imposto de renda para pessoas jurídicas com base no Lucro Presumido ou arbitrado. O segundo regime é o de incidência não cumulativa em que é permitido o desconto de créditos apurados com base em custos, despesas e encargos da pessoa jurídica, sendo as alíquotas de 1,65% para o PIS e 7,6% para o COFINS. Salvo as exceções previstas em lei, o regime supracitado é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado, e

àquelas equiparadas pela legislação do imposto de renda, que apuram o imposto de renda para pessoas jurídicas com base no Lucro Real.

Nesse sentido, no regime de não-cumulatividade do PIS e da COFINS possibilita ao contribuinte o direito de descontar créditos sobre determinados bens, insumos, custos e despesas, diante do valor inicialmente apurado. Conforme o inciso II, art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, as quais dispõem sobre a não-cumulatividade do PIS e da COFINS, respectivamente, haveria a seguinte hipótese de creditamento:

Art. 3º - Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

[...] II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o [art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002](#), devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI.[\[8\]](#)

O legislador brasileiro, portanto, definiu uma possibilidade de apuração de créditos sobre bens e serviços, utilizados como insumo na produção empresarial, deixando assim que a jurisprudência estabelecesse, caso a caso, os limites do conceito do termo "insumo".

4. O DIREITO À APURAÇÃO DE CRÉDITOS DE PIS E COFINS SOBRE OS GASTOS COM A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

Diante da pacificação do entendimento sobre a possibilidade de adoção de mão de obra terceirizada para a execução da atividade principal da empresa contratante, surgiu a possibilidade de enquadramento dos dispêndios com a terceirização de atividade-fim como modalidade de insumo para fins de creditamento do PIS e da COFINS.

Desse modo, após a edição da lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, que modificou a lei nº 6.019/74, a qual regula a utilização do trabalho temporário nas

empresas urbanas, houve a publicação, em 16 de novembro de 2017, da Solução de Divergência Cosit nº 29/2017, por meio da qual a Receita Federal adotou os seguintes entendimentos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP.

EMENTA: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP. NÃO CUMULATIVIDADE. MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA. INSUMOS.

Observados os demais requisitos legais, permitem a apuração de crédito da não cumulatividade da Contribuição para o PIS/Pasep, na modalidade aquisição de insumos (inciso II do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002), os dispêndios da pessoa jurídica com a contratação de empresa de trabalho temporário para disponibilização de mão de obra temporária aplicada diretamente na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços a terceiros.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º, II, IN SRF nº 247, de 2002, art. 66, I, "b", e § 5º; Lei nº 6.019, de 1974, arts. 2º e 4º.

Vinculada à Solução de Consulta Cosit nº 105, de 31 de janeiro de 2017, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 23 de março de 2017.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS.

EMENTA: COFINS. NÃO CUMULATIVIDADE. MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA. INSUMOS.

Observados os demais requisitos legais, permitem a apuração de crédito da não cumulatividade da Cofins, na modalidade aquisição de insumos (inciso II do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003), os dispêndios da pessoa jurídica com a contratação de empresa de trabalho temporário para disponibilização de mão de obra temporária aplicada

diretamente na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços a terceiros.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, II; IN SRF nº 404, de 2004, art. 8º, I, "b" e § 4º; Lei nº 6.019, de 1974, arts. 2º e 4º.

Vinculada à Solução de Consulta Cosit nº 105, de 31 de janeiro de 2017, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 23 de março de 2017.[\[9\]](#)

De acordo com a regra básica do princípio da não-cumulatividade tributária, é permitido ao contribuinte realizar a compensação entre o valor do imposto pago nas operações anteriores e o valor das operações subsequentes. Como no caso posto em questão na Solução de Divergência Cosit nº 29/2017 a receita auferida pela empresa de trabalho temporário contratada está sujeita à incidência das contribuições sociais, foi afastada qualquer objeção ao direito de desconto de créditos de PIS e da COFINS sobre os gastos da contratante com a sua contratação para disponibilização de mão de obra temporária.

Ademais, a Receita Federal considerou que os dispêndios da pessoa jurídica com a contratação de empresa de trabalho temporário para disponibilização de trabalhadores se enquadrariam no conceito de serviços utilizados como insumos na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, nos moldes do inciso II, art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

No mesmo sentido, resta evidente que a contratação de empresa de prestação de serviços terceirizados para consecução da atividade-fim da contratante pode ser enquadrada no conceito supramencionado, tendo em mente a utilização do serviço como insumo para atingir a atividade principal.[\[10\]](#) Além disso, tal qual a empresa de trabalho temporário, a empresa de prestação de serviços terceirizados também teria sua receita sujeita à incidência de contribuições sociais, fato que impossibilitaria a cobrança, sobre o contratante, do PIS e da COFINS em cascata.

Diante da formação do precedente em comento, as empresas passaram a vislumbrar uma ótima oportunidade de seguir um planejamento tributário com vistas à contratação de serviços terceirizados para efetivação de sua atividade-fim, tanto empregando mão de obra temporária como permanente, uma vez que a

legislação trabalhista e o entendimento do Supremo Tribunal Federal tornaram pacífica a matéria relativa à possibilidade de terceirização da atividade principal da empresa.

5. CONCLUSÃO

A utilização da mão de obra terceirizada na consecução da atividade principal da empresa além de significar considerável economia de custos com rescisões, trocas de funcionários, substituição nas férias e faltas, diminuição da estrutura de Recursos Humanos e Departamento Pessoal; e gerar acréscimo da dinamicidade no aumento ou diminuição do quadro de funcionários, pode ser um importante fator no planejamento tributário das empresas.

Nessa questão, a partir do entendimento da Receita Federal, firmado em Solução de Divergência, a favor da possibilidade de apuração de crédito da não-cumulatividade do PIS e da COFINS, na modalidade de insumo, sobre os dispêndios da pessoa jurídica com a contratação de empresa de trabalho temporário para disponibilização de mão de obra temporária aplicada diretamente na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços a terceiros; vislumbrou-se a aplicação da mesma lógica para as empresas que terceirizem os serviços da atividade-fim.

A oportunidade de apuração de créditos sobre a terceirização da atividade principal da empresa contratante surge da própria análise do inciso II, art. 3º das leis 10.637/2002 e 10.833/2003, uma vez que o serviço terceirizado estaria sendo utilizado como insumo na produção da matéria/serviço final, somado o fato da empresa terceirizada já arcar com as contribuições sociais incidentes sobre a sua receita, sendo assim possível a compensação dos créditos adquiridos na operação anterior.

A adoção de serviços terceirizados na atividade-fim da empresa, portanto, aparece como um caminho consideravelmente seguro no sentido da elisão fiscal, uma vez que o referido planejamento tributário é embasado pela reforma trabalhista, pelo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, acerca da licitude da terceirização da atividade empresarial principal, e pelo precedente criado pela Receita Federal em caso de semelhante aplicabilidade prática.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256. Súmulas. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_25_1_300.html#SUM-256>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Súmulas. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL. **LEI Nº 6.019/74, de 3 de janeiro de 1974**. Brasília, DF, março, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 958252**. Rel. Min. Luiz Fux, maioria, j. em 30.08.2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

HARADA, Kiyoshi. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. **Lei Nº 10.637/2002, de 30 de dezembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10637.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Solução de Divergência Cosit nº 29, de 26 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=87881&visao=anotado>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

ROCHA, Boriska e ROVARIS, Daniela. **Terceirização e o direito à crédito de PIS/COFINS**. São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/terceirizacao-e-o-direito-a-credito-de-pis-cofins/>>. Acesso em: 27 de maio de 2019.

NOTAS:

[1] Lei 6.019/74: Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

[2] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256. Súmulas. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_25_1_300.html#SUM-256>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

[3] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Súmulas. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_30_1_350.html#SUM-331>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

[4] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 450.

[5] BRASIL. **LEI Nº 6.019/74, de 3 de janeiro de 1974**. Brasília, DF, março, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 958252**. Rel. Min. Luiz Fux, maioria, j. em 30.08.2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

[7] HARADA, Kiyoshi. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, fls 324-326.

[8] BRASIL. **Lei Nº 10.637/2002, de 30 de dezembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10637.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

[9] BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Solução de Divergência Cosit nº 29, de 26 de outubro de 2017. Publicado no Diário Oficial da União de 16 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=87881&visao=anotado>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

[10] ROCHA, Boriska e ROVARIS, Daniela. **Terceirização e o direito à crédito de PIS/COFINS**. São Paulo, 2018. Disponível em:

<<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/terceirizacao-e-o-direito-a-credito-de-pis-cofins/>>. Acesso em: 27 de maio de 2019.

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE COMBATE A ALIENAÇÃO PARENTAL

TAIANA AQUINO SILVA: Acadêmica do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ANDREIA AYRES GABARDO DA ROSA [\[1\]](#)

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como propósito fazer uma reflexão acerca do instituto da Guarda Compartilhada como forma de combate à Alienação Parental. Frente às transformações da sociedade, a concepção de família sofre mutações de seus significados tomando novas concepções familiares, as rupturas matrimoniais tornaram-se frequentes e por diversas vezes de forma litigiosa. A problemática surge no desligamento conjugal litigioso com presença de filhos menores, que por numerosas vezes são usados a fim de desabonar um dos genitores, ensejando assim falsa concepção de um dos pais para a criança e conseqüentemente o afastamento entre eles; esse fenômeno é conhecido no mundo jurídico por Alienação Parental. Como meio de intervir nesse comportamento, o ordenamento jurídico brasileiro utiliza o instituto da Guarda Compartilhada como forma de aproximar os personagens que sofreram a Alienação. Assim, tem-se por objetivo analisar a decisão de adesão desta modalidade de guarda quanto à adaptação e desenvolvimento psicossocial do menor, através de perspectivas de profissionais juristas e psicólogos na busca de um resultado eficaz no combate da Alienação Parental. A metodologia aplicada baseou-se em estudos doutrinários, pesquisas bibliográficas, artigos eletrônicos acerca da temática, foi utilizado método dedutivo de dados jurídicos em conjunto com decisões normativas aplicada a essas questões.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação Parental; Guarda Compartilhada; Divórcio.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A constitucionalização do seio familiar, sua dissolução, as conseqüências do divórcio litigioso e os tipos de guarda. 2.1 Alienação parental, como é desenvolvida, quais os prejuízos psicológicos causados e quais as formas de sanar essa problemática. 2.2 efetivamente a guarda compartilhada é eficaz no combate a alienação parental?. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diante das constantes transformações da sociedade pode-se verificar novas concepções no que diz respeito aos núcleos familiares, ao longo dos tempos a constituição familiar sofreu variações e foi ressignificada migrando unicamente de uma concepção tradicionalista de família, para uma série de novas configurações familiares.

Frente ao novo cenário de sociedade familiar vislumbrou-se a necessidade de se compor novos parâmetros que norteasse uma gama de conflitos oriundos das transformações ocorridas, que vão desde o empoderamento feminino frente a sociedade, ganhando um status melhor em contraposição à antiga sociedade, visto que agora ganha espaços no mercado de trabalho, direitos que antes eram segregados, como direito de voto, voz; deixando de ser uma figura banalizada para integralizar a sociedade como cidadã de fato.

A partir desse marco histórico do empoderamento feminino, a sociedade teve que se adaptar a várias situações, pois a visão engessada do estigma feminino frente a sociedade machista, dar lugar a mulheres independentes que não aceitam atos depreciativos quanto ao seu gênero principalmente no seio familiar, oportunidade em que surge a dissolução matrimonial/ conjugal do casal, o divórcio, apartando-se o seio familiar com a presença de filhos manifesta-se outra problemática quanto a guarda dos filhos, questão em que merece grande prudência pois se trata de menores que passam por um momento de grande fragilidade ao ver a separação dos pais, em paralelo a isso surge a temática acerca das responsabilidades do menor que devem ser divididas com ambos os pais, para que uma parte não fique sobrecarregada com deveres e obrigações, além de levar em consideração o bem estar do menor corroborando para que este momento seja menos traumático possível.

Frente a estas novas possibilidades, há que se atentar a guarda dos filhos, assim como os direitos a eles concernentes. Pois se sabe que frente ao rompimento dos laços matrimoniais de forma conturbada, os filhos são as pessoas que mais sentem esse processo por se tratarem da ruptura de duas pessoas essencialmente importantes na vida destes. Sabendo dessa fragilidade emocional, esses podem ser utilizados como forma de represália ao antigo companheiro, geralmente realizada pelo genitor detentor da guarda no momento da separação.

Juridicamente possui institutos norteadores nessas situações, pois verifica-se que, na maioria das vezes, o fim de um casamento é regado de atritos e desavenças e que mesmo diante de institutos jurídicos como a Guarda Unilateral e o direito de visita ou a Guarda Compartilhada, é necessário uma observância maior com um instituto também jurídico, a saber, Alienação Parental que ocorre quando um dos ex-cônjuges, embriagado à ira do término do casamento, desqualifica e difama o outro genitor, com função de destruir os vínculos afetivos dos filhos para com o outro.

O assunto está nas pautas de discussão e ganha cada vez mais notoriedade por se tratar de um tema atual que não se levava em consideração, visto que a dissolução matrimonial era tida de forma isolada, e que o instituto de Alienação Parental era pouco discutido, portanto diante dessa temática o ordenamento jurídico brasileiro adota a Guarda Compartilhada como forma de sanar a Alienação Parental, seja em sua prevenção ou possível solução, atuando de forma a minimizar suas consequências negativas decorrentes do rompimento da relação conjugal, momento em que se extingue os deveres e direitos conjugais do casal mas que, no entanto, permanecem as responsabilidades nas relações parentais, obrigações e deveres esses que devem permanecer e serem desempenhadas por ambos os pais.

A Alienação parental é um processo extremamente prejudicial ao emocional dos filhos, tendo em vista que já é um grande marco a dissolução do matrimônio, sofrimento esse acrescido a constantes embates travados pelos ex-cônjuges, na tentativa de ter como 'premiação' o apoio dos filhos; crianças e adolescentes fragilizados por um ato de separação que na maioria das vezes não foi superado e possui em suas entrelinhas danos irreversíveis que refletirão no futuro desses filhos, influenciando nas relações familiares e sociais como um todo, pois tal prática muitas vezes é tida por ambas as partes e de forma sigilosa de modo que esses filhos carreguem estigmas e comprometimentos socioafetivos no decorrer de toda vida, podendo inclusive desenvolver a Síndrome de Alienação Parental, que é uma patologia psíquica que consiste em criar fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação aos genitores.

A Guarda Compartilhada foi instaurada justamente no sentido de solucionar as problemáticas causadas no curso da separação judicial com intuito de evitar atitudes que levassem à alienação parental ou abandono afetivo dos filhos, independente se os genitores tivessem um processo de separação amigável ou não; pois a ideia principal do instituto é o bem estar dos filhos para com os genitores, sem que houvesse nenhum tipo de discriminação. É válido ainda enfatizar o respeito

ao princípio do melhor atendimento à criança e à dignidade humana, frente a guarda dos filhos por se tratar de direitos à criança que é um ser emocionalmente vulnerável nessa relação. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça, em setembro de 2016 “decidiu que a guarda compartilhada da criança, em casos de separação, deve prevalecer mesmo quando há algum conflito entre pai e mãe”; decisão que norteará todos os casos similares que surgirão posteriormente.

Diante desse contexto é de grande valia um estudo atencioso voltado para os direitos e bem estar da criança e do adolescente, por se tratar de um assunto de grande relevância para o direito e para a sociedade, traçando um paralelo da eficácia da guarda compartilhada no combate à Alienação Parental, para que se observe a readaptação familiar do menor à inserção de uma nova realidade, bem como sua positividade ou negatividade, garantindo assim uma formação saudável e equilibrada dessas pessoas e conseqüentemente ao meio social.

O estudo será realizado de forma a identificar na legislação brasileira quais as conseqüências jurídicas obtidas pela Alienação Parental e para tanto será utilizado como forma de pesquisa o método dedutivo coletado por meio de dados jurídicos, assim como discussões acerca da guarda compartilhada diante dos casos de Alienação Parental; pesquisas de caráter bibliográfico no sentido de catalogar e se fazer um levantamento dos casos de guarda compartilhada frente a Alienação Parental e se verificar uma percentualidade da eficácia da norma, no sentido positivo e negativo; pesquisas doutrinárias para verificar as conseqüências da Guarda Compartilhada frente a Alienação Parental, tal como os desafios e facilidades da nova readaptação familiar; Também serão coletados dados de artigos publicados eletronicamente, como forma de apontar supostas conseqüências da não adaptação do menor à Guarda Compartilhada e verificar se tal acompanhamento realmente é efetivo.

O estudo será desenvolvido em três capítulos, além das considerações finais e das referências bibliográficas. O primeiro capítulo dispõe sobre a conceitualização assim como a constituição do seio familiar, sua evolução assim como sua dissolução, o divórcio e as conseqüências do divórcio litigioso para com os filhos e os tipos de guarda. O segundo capítulo apresenta a conceitualização e o desenvolvimento da Alienação Parental e os prejuízos psicológicos causados bem como as formas de sanar essa problemática; e no terceiro capítulo será traçado um paralelo doutrinário acerca da eficácia da Guarda Compartilhada no combate à Alienação Parental.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO SEIO FAMILIAR, SUA DISSOLUÇÃO, AS CONSEQUÊNCIAS DO DIVÓRCIO LITIGIOSO E OS TIPOS DE GUARDA.

O conceito de família no Brasil está em constante transformação, visto que a constituição do seio familiar não é verificada através de normas fechadas onde contém regras e paradigmas que necessitam ser seguidos à risca; muito pelo contrário, a cada busca da conceitualização do termo, verifica-se a diversidade de significativos axiológicos em torno da palavra família, que varia de ligações de pessoa por laços sanguíneos em comum até mesmo a um grupo de pessoas que possuem um elevado grau de afinidade sem que haja nenhum tipo de ligação consanguínea, compartilhando de valores e ideais comum entre eles, sob o óbice desse pleito.

Luiz Carlos Osório (1996, p. 14) comenta que:

[...] Família não é uma expressão passível de conceituação, mas tão somente de descrições; ou seja; é possível descrever as várias estruturas ou modalidades assumidas pela família através dos tempos, mas não defini-la ou encontrar algum elemento comum a todas as formas com que se apresenta este agrupamento humano.

Bolivar da Silva Telles (2011, p.16) diz ainda que:

[...] reflexão a respeito da família pressupõe um olhar a partir da História das Ideias, a fim de se compreender as mudanças culturais que surgem na instituição. Isso significa resgatar outras áreas do conhecimento para buscar outros entendimentos desse conceito, através dos enfoques histórico, psicanalítico e jurídico, na expectativa de se apreender a natureza das sociedades.

Dessa forma verifica-se de comum acordo que a definição de família se perfaz num dever árduo e de alta complexidade, tendo em conta que a família, assim como a sociedade, vai se reinventando e se adaptando às transformações ditadas pelo meio, tomando formas inovadoras e ditando novas referências de valores. Em concordância com a mencionada, Bock (1996) afirma que as transformações sociais do homem alteram de forma significativa a organização

familiar, ou seja, as constantes transformações da sociedade, independentemente de qual seja seu assunto, também é refletida na família, ocasião em que é tomada por um viés transformador a qual proporciona um leque múltiplo de estruturas familiares, tais como a família monoparental, que é composta por apenas um dos genitores, seja do gênero masculino ou feminino, levando em consideração inúmeros fatores, como por exemplo a morte, divórcio, abandono ou simplesmente decisão de constituir o seio familiar de forma independente; A família comunitária, onde se apresenta figuras extras ao pai e a mãe que também comungam da responsabilidade da instrução familiar; Família Arco-íris, que são famílias constituídas por pessoas homoafetivas seja individualmente ou por casais; e Família contemporânea, que muito se é visto nos dias atuais, onde a mulher toma o papel de chefe da família ao passo que o homem cuida de outros pormenores (Dana Prado, 2017).

Em seu livro, Dana Prado (2017) articula de forma a simplificar que tradicionalmente essa instituição é conhecida pela figura paterna e materna, ligadas por laços matrimoniais ou uma união de fato (união estável), e pelos filhos, fruto do casamento; e é nesse contexto que são transmitidos os valores morais e sociais que serão basilares no processo sociológico da criança, bem como a perpetuação dos costumes e tradições que são passadas de geração em geração. O ambiente familiar geralmente é um local ávido de segurança, confiança e bem-estar, onde se deixam aflorar os afetos, a proteção, a harmonia, o zelo pela união e pelo conforto de uns com os outros, ao passo que qualquer tipo de desentendimento entre esses pode servir de amadurecimento ou crescimento psicossocial para o casal.

Diante da dificuldade de saber lidar com as diferenças e com o surgimento de contínuas discussões entre a base familiar, que é a figura dos pais, surge o desgaste do casal e a cogitação do fim do relacionamento que se torna materializada civilmente através do instituto do divórcio; que se trata do rompimento legal do vínculo matrimonial entre os cônjuges, que pode ser feito da forma extrajudicial, ou consensual, onde as partes podem se dirigir até um cartório com a presença de um advogado, e desfazer os vínculos em comum acordo, ou pode ser feito também de forma judicial, ou litigiosa, que ocorre quando o fim do casamento ou os termos de separação não é aceito por uma das partes, trazendo um objeção litigiosa, tornando-se um processo de maior morosidade, que é realizado através da justiça e finalizada por um sentença judicial a qual delimitará decisões em que o casal e conseqüentemente os filhos deverão acatar, com o

sentido que essa família seja envolta novamente por sentimentos primários de afetividade que outrora foram motivos do laço matrimonial. Nessa esteira Maria Berenice Dias comenta (2011, p. 84 e 85):

A sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado pela justiça. Principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos, em que as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas, sentimentos de amor e ódio se confundem. A resposta judicial jamais corresponde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica. Independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de importância dos componentes do litígio familiar além dos limites jurídicos. O confortante sentido de justiça e de missão cumprida dos profissionais quando alcançam um acordo dá lugar à sensação de insatisfação diante dos desdobramentos das relações conflituosas.

O processo de divórcio, seja ele consensual ou litigioso, é delicado para as partes, pois deriva de uma relação estremecida com a falta de comunicação devido ao desgaste e rompimento dos sentimentos e relação construída por ambos. Cabe ressaltar que com o divórcio é cessado os direitos civis matrimoniais e não as responsabilidades familiares, assim como as obrigações de pais para os com filhos, que são relações que perduram por toda a vida, por se tratar de direitos do menor, conforme determina o texto constitucional nos artigos 227 e 229, os quais atribuem à família o dever de educar, conviver, assistir, criar, além de garantir-lhes o respeito à dignidade, amparando-os para um desenvolvimento saudável tanto de cunho psíquico quanto social. A preocupação maior diante do cenário de separação é com os filhos, por se tratar da parte mais vulnerável e que, por conseguinte, mais sofre as consequências da dissolução do casamento.

Na tentativa de amenizar a quebra do vínculo familiar e assim preservar e garantir da melhor maneira possível o bem estar dos filhos, surge o questionamento da guarda dos menores, questão que nem sempre é de comum acordo das partes, por se tratarem de laços de amor entre pais e filhos, ou mesmo por negligência de

uma das partes, na tentativa de se eximir das responsabilidades para com os filhos. Diante dessa problemática caberá uma análise aprofundada de uma opção de modalidade de guarda que melhor se encaixe dentro do contexto familiar discutido, pois conforme preceitua Maria Berenice Dias.

a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida (2007, p. 407).

Nesse mesmo diapasão Cláudia Maria da Silva preleciona a importância da existência de meios para coibir a omissão dos pais:

Em contrapartida à relevância e imperiosidade da garantia e preservação do dever de convivência, na acepção ampla, como ora defendido, tem-se que o descumprimento deste dever importa em sérios prejuízos à personalidade do filho. Isso autoriza a imediata efetivação de medidas previstas nos diplomas legislativos pertinentes na tutela dos interesses da filiação e decorrentes da responsabilidade civil dos pais para com os filhos, sobretudo a condenação do pai pelos danos causados, como já se faz presente em nossa jurisprudência. (2004, p. 145).

A escolha da guarda é um dos momentos delicados, porém de suma importância, pois é nessa ocasião em que ficam evidenciados todos os pontos de responsabilidades dos pais, é de grande prudência pois é necessário observar sobretudo o melhor interesse do menor, investigar em quais das situações será mais benéfica à criança ou ao adolescente, este cenário se perfaz no mundo jurídico através do princípio do melhor interesse da criança, casos em que ocorrem diante de uma disputa da guarda de menores, essa preocupação com o bem estar do menor é primordial pois tem a finalidade de assegurar os direitos constitucionais a eles concernentes, como o direito "à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade e à

convivência familiar e comunitária”(Art. 4º ECA c/c 227 CF) primando pelo zelo e por uma boa formação social, moral e psíquica,

Tal análise torna-se fundamental pois é no âmbito do seio familiar onde o menor desenvolve um senso crítico e se apoia, baseando por muitas vezes uma vida adulta naqueles parâmetros, portanto um lar desajustado não acarretaria um bom desenvolvimento social e psíquico dessa criança ou adolescente que ainda está em processo de formalização de opinião.

Na tentativa de sanar esse tipo de adversidade o ordenamento jurídico apresenta dois tipos de guarda, a saber, guarda compartilhada e Guarda unilateral, aquela é definida pelo Código Civil como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”, ao passo que esta, também conceituada pelo Código Civil, como a guarda atribuída a um único genitor ou alguém que o substitua, sendo este o que se revele com melhores condições para exercer a guarda, proporcionando aos filhos um ambiente harmônico, saudável, seguro, com acesso à educação e regado de afeto nas relações familiares.

2.1 ALIENAÇÃO PARENTAL, COMO É DESENVOLVIDA, QUAIS OS PREJUÍZOS PSICOLÓGICOS CAUSADOS E QUAIS AS FORMAS DE SANAR ESSA PROBLEMÁTICA

No Brasil a normativa que dispõe sobre a alienação parental é resguardada pela Lei nº 12.318/2010, “Lei da Alienação Parental”, oportunidade onde expressa a conceituação do instituto em estudo:

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

Elenca ainda no parágrafo único do mesmo artigo algumas possibilidades dessa conduta.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Diante da manifesta, pode-se verificar que não se trata de uma conduta inovadora, que essa problemática sempre foi bastante comum devido a insatisfação de uma das partes diante a dissolução familiar, vale também ressaltar diante a leitura do dispositivo legal que o comportamento para a alienação parental não se limita aos genitores do menor, estende-se também aos avós ou aquelas pessoas próximas em que possuem uma certa responsabilização ou hierarquização para com o menor, momento em que o alienador (quem instiga as mazelas a outra parte) se aproveita da autoridade do domínio familiar e confiança do menor para instigação de sentimentos maldosos com o intuito de desqualificar o genitor no papel de paterno ou materno, provocando desavenças incabidas ocasionando inevitavelmente um abalo emocional e psicológico do menor.

Diante dessas situações de cunho desqualificador entre os genitores, que se inicia de forma sutil e aumenta gradativamente ao ponto de impedir contato entre o menor com a parte contrária (alienado) na tentativa de romper totalmente os vínculos entre o alienado e os filhos, pode-se ocasionar consequências fatais à saúde física e principalmente mental das crianças, desencadear prejuízos que acompanharão essa criança até a velhice, problemas como timidez excessiva, distúrbios de atenção, alimentação ou engajamento social, características

intrínsecas da Síndrome da Alienação parental, temática conceituada pelo psiquiatra estadunidense Richard A. Gardner e mencionada por Silva (2010):

A síndrome de alienação parental (SAP) é uma disfunção que surge primeiro no contexto das disputas de guarda. Sua primeira manifestação é a campanha que se faz para denegrir um dos pais, uma campanha sem nenhuma justificativa. É resultante da combinação de doutrinações programadas de um dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para a vilificação do pai alvo.

Em concordata preceitua Moacir Cesar Pena Júnior (2008, p.266):

Fruto do conflito estabelecido entre os genitores, a alienação parental consiste na atitude egoísta e desleal de um deles – na maioria das vezes o genitor-guardião, no sentido de afastar os filhos do convívio com o outro. Deste processo emerge a chamada Síndrome de Alienação Parental, que nada mais é que a nova conduta agressiva e de rejeição que passa a ser ter a prole em relação ao genitor que deseja afastar-se do convívio.

Nesse mesmo sentido complementa Fonseca (2006), acerca da distinção entre os institutos; refere-se a alienação parental como o desligamento do filho de um dos genitores, incitado pelo outro. Já a Síndrome da Alienação Parental (SAP) diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim sendo, visualizar-se um ciclo vicioso que isso pode ensejar devido à pouca capacidade de abstração do menor diante de certas situações entre a família, esse acaba por não saber como agir diante dessa tortura psicológica, pois trata-se de pessoas que são basilares para ele, podendo desencadear prejuízos psíquicos que a princípio podem ser vistos de forma sutil como um leve desânimo, indisposição ou “preguiça”, no entanto se não observado, levado em consideração e tratado com responsabilidade pode progredir e acarretar ruínas que prejudicarão a vida desse cidadão em construção, tornando-o uma pessoa com baixa autoestima, agressiva, com poucos rendimentos, podendo desenvolver quadros de ansiedade, depressão ou até Síndrome do Pânico.

A psicóloga e advogada, Arlene Mara de Souza Dias, também adverte acerca dos prejuízos psíquicos sociais que poderão desencadear nas crianças e adolescentes vítimas dessa conduta, ocasião em que apresentam anormalidades comportamentais no que diz respeito à ansiedade, nervosismo exacerbado,

inquietação, depressão, transtornos relacionados ao sono, uma maior agressividade, dependência emocional pelo genitor com quem vive o alienador, dificuldade na expressão e compreensão das emoções. (Dias, 2010)

Segundo especialistas esses distúrbios, a depender da faixa etária e personalidade do menor, como um adolescente em uma fase de rebeldia pode elevar o risco recorrência ao alcoolismo ou ao mundo das drogas, como tentativa de amenizar o sentimento de culpa e sofrimento diante o mal estar entre os pais e nas relações familiares. Indivíduos que sofrem tais circunstâncias podem desencadear ainda dificuldades em relações afetivas estáveis e felizes, pois desacreditam em sentimentos duradouros e frutíferos.

Diante da possibilidade desse quadro clínico superficialmente discutido verifica-se a necessidade de um acompanhamento do menor, com intuito de evitar tais prejuízos, e para tanto é de suma relevância que a voz do menor também tenha preponderância durante a manutenção do processo, que não se passe por despercebida, visto que este é um dos maiores prejudicados diante esse combate de interesses. Portanto, conforme amparo constitucional cabe ao meio jurídico buscar meios de fomentar a necessidade do menor, organizando de forma sistematizada maneiras que subsidiem as necessidades deste, seja em amparo material ou emocional.

No ordenamento jurídico brasileiro, o entendimento em que foi consolidado como forma de prevenir ou até mesmo combater a alienação parental é encontrado no dispositivo legal acerca de Guarda compartilhada, através da Lei 13.058/2014, onde apresenta sua finalidade no Art. 2º, § 2º "Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.", ou seja, o dispositivo visa garantir a proximidade do menor com os pais, na intenção de impedir que os laços familiares, assim como a responsabilização física e emocional sejam desamparadas, sempre levando em consideração o bem estar do menor, contexto muito bem disposto por Waldyr Grisard Filho:

Nesse novo paradigma pais e filhos não correm riscos de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado e justiça, aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas

negativas de uma separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio (2000, pág.113).

A partir dessa conjuntura psicojurídica, onde há um paralelo os deveres jurídicos e as patologias psicológicas do menor, surgiu grandes possibilidades de aceitação desse instituto visto que o mantimento das responsabilidades e vínculos, outrora unidas e atualmente desmembradas, auxiliaria na prevenção ou combate da alienação parental, nesse sentido Deirdre Neiva (2002) salienta o propósito da fixação da guarda compartilhada:

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

A guarda compartilhada possui como principal característica a responsabilização de ambos os pais para com o menor, ocasião em que ambos deverão ativamente estar presente e adimplir as obrigações familiares do menor, assim como reivindicar todos os direitos garantidos dessa prerrogativa; para que diante desse contexto se evite ou tente-se minimizar os danos causados pelo alienador, pois a partir do contato com a parte alienada se criará uma oportunidade a momentos de contatos diretos que poderão ensejar sentimentos maiores de afeição e proximidade; é precisamente através desse contato direto onde haverá a quebra de paradigmas do menor, ensejando uma relação de maior comunicabilidade, saudável e harmônica entre pais e filhos, possibilitando uma adaptação ao novo grupo familiar de forma pacífica.

Em paralelo é notório que essa oportunidade não possui o poder absoluto de se afirmar que pode evitar ou prevenir os atos alienatórios, pois ao contrário do que se espera, poderá servir como ferramentas para atos alienatórios das duas partes, ocasião em que a parte alienada passa também ao papel de alienadora como forma de vingar-se das mazelas recebidas, situação em que agrava muito

mais o quadro psíquico do menor. Momento esse que pode ser interpelado, usando como forma de inibir ou atenuar os efeitos da alienação, o disposto na Lei de Alienação Parental, Lei 12.318/2010:

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;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. 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.

O rol do artigo sexto da Lei 12.318/2010, ora em estudo, apresenta algumas alternativas jurídicas que possuem o condão de inibir ou atenuar as condutas alienadoras, havendo medidas mais brandas que é de uma simples advertência até a mais robusta, onde se declara a suspensão da autoridade parental. Essa decisão magistral varia de acordo com a particularidade de cada caso em concreto.

2.2 EFETIVAMENTE A GUARDA COMPARTILHADA É EFICAZ NO COMBATE A ALIENAÇÃO PARENTAL?

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta como meio de prevenção e solução da alienação parental o instituto da guarda compartilhada, disciplinada pela

Lei 13.058/2014, pois essa oferece mecanismos de fracionamento das responsabilidades entre os genitores e oportunizam a convivência com ambas as partes dificultando assim o processo de alienação parental. Posto isto explica o Professor Caio Mário da Silva Pereira:

Merece destaque neste momento de redefinição das responsabilidades materna e paterna a possibilidade de se pactuar entre os genitores a “guarda compartilhada” como solução oportuna e coerente na convivência dos pais com os filhos na Separação ou Divórcio. Embora a criança tenha o referencial principal, fica a critério dos pais planejarem a convivência em suas rotinas quotidianas. [...] esta forma de guarda incentiva o contínuo acompanhamento de suas vidas (2006, p. 63-67).

Em complementação a essa linha de pensamento expressa Maria Berenice Dias (2008), que o fim da relação entre os genitores não se leva a cisão dos direitos parentais, isto é, o rompimento do vínculo familiar não deverá comprometer a constância do convívio entre pais e filhos, pois é imprescindível que o menor se sinta acolhido a nova rotina, de maneira que não se sinta um instrumento de vingança perante os ressentimentos do fim do relacionamento conjugal.

Sabe-se que a Lei 12.318/2010, Lei de Alienação Parental, não possui uma garantia concreta de impedimento de atos alienatórios, pois estes se dão em grande maioria de forma discreta, no entanto acredita-se que com a Guarda Compartilhada e seus mecanismos, o afastamento físico entre pai e filho ou a falsa ideia do alienado provocada pela alienante seja invalidada pelo menor, através do convívio habitual entre eles, proporcionando um ambiente saudável e harmônico na vida da criança que facilite o processo de adaptação do novo grupo familiar.

Ao se fazer uma análise acerca da Guarda Compartilhada na jurisprudência brasileira, após a edição da Lei 13.058/2014, constata se tratar de uma temática recente e que não conta com entendimentos consolidados, ou seja, a decisão do deferimento ou indeferimento da guarda compartilhada frente à Alienação Parental é muito particular de cada caso, por isso é necessário cautela diante das adversidades de situações, visto isso percebe sutilmente certa resistência quanto a mudança de guarda unilateral para a guarda compartilhada, sob argumentos de

inexistência de consensos dos genitores ou de que uma das partes não teria aptidão para cumprir com os compromissos do menor. Observou-se também nesta oportunidade que algumas figuras jurídicas não concedem tanta credibilidade a proposta inicial da guarda dividida, pois se tem a ideia de que a divisão equilibrada de tempo e das responsabilidades do menor, seria uma mera ilusão e só serviriam para embaraçar o psicológico das crianças por viverem em constante mudança habitacional, atrapalhando uma rotina residencial do menor, momento em que se pode abrir precedentes ao desenvolvimento de traumas psicossociais.

Não obstante a esse entendimento acredita-se que as ferramentas expostas pela guarda compartilhada são mais benéficas diante do princípio legislativo do melhor interesse do menor, ocasionando com isso a anuência do instituto como forma de inibir ou combater a alienação parental, devido à convivência habitual da criança com ambos os pais, visando garantir o melhor desenvolvimento e o bem estar do menor.

Durante curso jurídico do processo, é habitual que o juiz responsável pelo caso na vara familiar solicite uma perícia psicológica que possui o condão de esclarecer fatos de interesse da Justiça, essa etapa se torna efetiva quanto ao diagnóstico da Alienação Parental, entretanto é de extrema necessidade o papel do psicólogo para que se haja um estudo do funcionamento de cada sujeito envolvido nesse processo, em especial a criança, pois cada membro da família possui uma dinâmica individualizada que precisa ser levada em consideração para que através de mecanismos psicológicos possa se aferir a saúde psíquica desses sujeitos, para que só então se acompanhe a eficácia da guarda compartilhada frente a alienação parental (GUILHERMANO, 2012). Silva (2012) ainda destaca a primordialidade do psicólogo responsável pelo caso estar sempre se atualizando na área, a fim de se conhecer profundamente a respeito da alienação parental, identificar sua ocorrência e seus prejuízos, assim como as formas de se abordar em tratamento e prevenção efetivos.

O psicólogo jurídico Moraes (2012) complementa acerca da sistemática jurídica em sua área que uma das grandes frustrações em seu trabalho estatal é que não se sabe do resultado fatídico do caso, ou seja, não há um acompanhamento das famílias após a decisão judicial, tal qual não se tem acesso a respeito da adaptação da criança após as mudanças familiares, situação de suma importância na constatação da eficácia da modalidade de guarda adotada.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que antes da implementação de leis no ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível que haja estudos acerca dos reflexos que poderão surgir na sociedade, vislumbrar as consequências que uma decisão imprecisa pode acarretar, debater pontualmente com uma equipe multidisciplinar qualificada quais os benefícios e prejuízos que podem ensejar, males esses que por muitas vezes são irreversíveis e podem comprometer o desenvolvimento psicossocial da criança podendo inclusive refletir na sociedade como um todo resultando em sujeitos com temperamento difíceis que poderão integrar o banco da esfera criminal no polo passivo.

A proposta que indica apresentação de Guarda Compartilhada como forma de solucionar a Alienação parental apesar de ser razoavelmente nova, normatizada somente no ano de 2014, carrega em suas entrelinhas uma didática bem posta, visto como uma boa solução nos casos de Alienação Parental razão pela qual as partes teriam contato de forma habitual, dificultando o processo alienatório. Entretanto, conforme ponderado no decorrer do estudo através de falas dos profissionais juristas e psicólogos, após o diagnóstico e a decisão judicial surge a necessidade de haver um acompanhamento psicossocial antes, durante e após a alienação parental, para que se verifique a eficácia do instituto em questão frente aquela situação, pois a família desacompanhada, abalada por desamores, comprovada pela conduta alienadora, não possui discernimento suficiente para se sobressair diante das novas adaptações; vale rememorar a lição de Guilhermano (2012) ao enfatizar a conveniência de um estudo individualizado do caso diante da particularidade de cada ente familiar na tentativa de solucionar os impasses que surgirem.

Acredita-se que esse processo conte com problemas críticos que precisam ser complementados com uma perspectiva mais humanitária, que levem em consideração o direito da criança com respeito e dignidade humana, pois é necessário que se pense muito além da resolutiva de uma lide que contabiliza uma estatística jurídica para que se alcance de fato a problemática da resolutiva originária da lide; objeto que se não for solucionado efetivamente possibilitará em problemáticas futuras, o que não é interessante para o ordenamento jurídico ou para a conjuntura familiar. É fundamental a busca de mecanismos que façam ponderações e visem policiar a eficácia da norma diante do caso em concreto, saindo a esteira normativa engessada para que se individualize o atendimento,

auxílio esse que é construído através de profissionais capacitados como é o caso dos psicólogos.

Diante de todo o contexto surge a indagação acerca da efetividade deste regulamento, pois restou comprovado tanto pela análise jurisprudencial quanto pelos discursos dos psicólogos jurídicos que em momento algum é acostado aos autos do processo solicitações de acompanhamento psicológico da família ou do menor, tema em que ficou evidenciado através deste estudo que é de suma relevância para garantir um bom desenvolvimento da criança. Assim sendo, de que maneira se pode garantir que esse entendimento normativo é realmente efetivo no ordenamento jurídico se não há uma comprovação da eficácia dessas decisões ou sequer fiscalizações e acompanhamentos periódicos dos casos; como saber se essa conduta não passa de uma mera expectativa do judiciário para resumir o número de processos deste pleito?

Cabe ao Estado, como garantidor constitucional dos direitos fundamentais, buscar mecanismos que garantam a dignidade e o bem estar das famílias que passam por essa situação, bem como investir em profissionais capacitados que acompanhem o problema e interfiram se assim for necessário, buscando resolutivas eficazes no sentido de minimizar os prejuízos causados por esses problemas. Trata-se de uma parceria entre os profissionais forenses, psicólogos e juristas, em prol de um trabalho multidisciplinar para atacar as complexidades dessa realidade, pois se acredita que a atuação discriminada de algumas das partes seria incapaz de solucionar o conflito com êxito, visto que é imprescindível que essa atuação agrupada seja basilar no melhor interesse da criança, buscando com isso um olhar mais vigilante entre a normativa vigente e o bom desenvolvimento do menor.

REFERÊNCIAS

BOCK, Ana Maria et al. **Psicologias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (DOU de 27/08/2010). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/legislacao>>. Acesso em 06 de mar de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda

compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>.
Acesso em 02 de maio de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 10 mar 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.

BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 mar. 2019.

DIAS, Arlene Mara de Souza. **Alienação Parental**. Revista Jurídica Consulex, Ano XIV, nº. 321 junho de 2010, p. 47.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada**. Revista jurídica Consulex. Brasília, DF: Consulex, v.12, n.275, 30 jun 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. Ver. Atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da Alienação Parental**. Revista de Pediatria, 2006, p. 162-168.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GUILHERMANO, J. **Alienação parental: aspectos jurídicos e psíquicos**. Em:< http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/juliana_guilhermano.pdf>. Acesso em: 09 abr 2019.

MORAES, F. C. **O trabalho do psicólogo jurídico frente à criança no processo de separação litigiosa dos pais.** Universidade Católica Dom Bosco. Campo Grande – MS. 2012

NEIVA, Deirdre de A. **Guarda compartilhada e alternada. Pai Legal**, 7 de jan. 2002. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/68-a-guarda-compartilhada-e-alternada>>. Acesso em: 20 abr 2019.

OSÓRIO, Luiz Carlos. **Família Hoje.** Porto Alegre: Artmed, 1996.

PENA JÚNIOR, Moacir Cesar. **Direitos das Pessoas e das Famílias Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PRADO, Danda. **O que é família.** São Paulo: Brasiliense, 2017.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por dano à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre, v. 6, n. 25, p.123, ago-set. 2004.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Em breve, alienação parental será crime. 2010.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI111553,101048-Em+breve+alienacao+parental+sera+crime>>. Acesso em maio de 2019.

TELLES, Bolivar da Silva. **O Direito de Família no Ordenamento Jurídico na Visão Codificada e Constitucionalizada.** Disponível em: <<https://docplayer.com.br/4332384-O-direito-de-familia-no-ordenamento-juridico-na-visao-codificada-e-constitucionalizada-1.html>>. Acesso em: 12 de Abr de 2019.

NOTA:

[1] Andreia Ayres Gabardo da Rosa. Mestre em Psicologia (UFSC). Especialista em Saúde da Família (UFSC) e em Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes (USP). Atualmente é professora de Psicologia Forense no curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo, psicóloga responsável pelo Núcleo de Apoio



ao Discente, Docente e Egresso (NADDE) desta instituição e Diretora Acadêmica.
Psicóloga. Email: dir.acad@fasec.edu.br

A MULTIPARENTALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO

VANESSA FERREIRA AIRES:

Graduanda em Direito da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO).

VINICIUS PINHEIRO MARQUES [1]

RESUMO: Socialmente observa-se a composição de novos arranjos familiares, fazendo com que o conceito de multiparentalidade obtenha força de modo a tencionar o direito para o seu reconhecimento, sobretudo para que o novo molde de família não seja apenas restrito ao aspecto biológico, mas também englobando a afetividade. Diante desse contexto, a presente pesquisa tem como problema central investigar se, com o reconhecimento jurídicos da multiparentalidade, é possível estender também os direitos sucessórios. Para alcançar o objetivo, foi realizada uma pesquisa com abordagem qualitativa dos dados obtidos mediante fontes bibliográficas disponíveis na internet ou em meio físico (livros e periódicos), pautada pelo método dedutivo. Ao final concluiu-se que as regras do direito sucessório deve ser estendida aos casos de multiparentalidade como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana uma vez que o arranjo familiar não está limitada aos efeitos patrimoniais, mas deve ser considerado os efeitos existenciais

Palavras-chave: afetividade; direito de família; multiparentalidade; paternidade socioafetiva; sucessão.

INTRODUÇÃO

O Direito de Família está em constante transformação e diariamente se vê a magistratura profere decisões e acata jurisprudências com novos conceitos jurídicos em razão do rápido desenvolvimento e mudanças no comportamento social. Diante disso, os juízes de direito estão sempre ampliando o entendimento jurídico e proferindo novas decisões que condizem com o contexto social vigente.

Nesse sentido, o conceito de família tradicional constituído pelo matrimônio, encontra-se superado. Várias formas de uniões surgiram e diante disso começaram

a adquirir direitos que antes não eram amparados, passando a serem enquadrados e resguardados no ordenamento jurídico brasileiro.

Deste modo, surgiu o instituto da multiparentalidade, que prevê a admissão de dois ou mais genitores no registro de nascimento, casamento e óbito de alguém. No geral, a tese é bem aceita pela sociedade mesmo não estando positivada de fato, pois já é muito utilizada no âmbito jurídico por meio de jurisprudências e doutrinas.

Como o tema abordado é uma inovação no período vigente, há grandes lacunas a serem preenchidas diante desse novo formato. A pluriparentalidade pode causar muitos danos e prejuízos para inúmeras pessoas se não for utilizada de forma adequada, diante disso, a forma errônea ou de má fé para o registro de mais de dois genitores pode-se agravar em ações de danos morais e materiais, e acarretar na perda do patrimônio do herdeiro.

Nessa esteira, é necessário compreender os reflexos que serão causados na sociedade atual, principalmente no que tange à sucessão da herança e de como será dividido o quinhão quando acrescentado os outros pais.

1. OS NOVOS ARRANJOS DE FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE

O conceito de família sempre esteve presente na humanidade, no Brasil essa definição começou a surgir diante da formação de grupos primários povoados por índios. Na época, a imagem de ter uma família não era como na atualidade, as pessoas não possuíam um vínculo afetivo que perdurasse muito tempo e a mulher servia apenas para a gestação e cuidados dos filhos.

Com o passar dos anos, houve a colonização pelos europeus, trazendo diversos costumes e maneiras diferentes de convivência entre as pessoas na região. Período em que foi instituída a Igreja Católica Apostólica Romana no território brasileiro, passando a ter forte influência tanto na parte econômica como na social, pregando que para se constituir família teria obrigatoriamente que haver casamento, e dessa forma, teria a relação de Deus e Estado em um só.

Em relação ao período colonial, o estudo da família em sentido restrito, se tem que assentar fundamentalmente na análise do sistema de casamento de acordo com as leis da

Igreja e do Estado, não pode, por outro lado, omitir aquilo que então se denominava 'casamento pela lei da natureza' ou, de maneira pejorativa, concubinato ou mancebia. (SILVA, 1984, p. 3)

Assim, nesse período, os colonizadores contribuíram para a população com diversos valores e características culturais e econômicas que já eram instituídas na Europa. Silva (2002, p. 450-451) afirma que "a família do Código Civil de 1916 era uma família transpessoal, hierarquizada e patriarcal".

Com o casamento, formou-se um tipo de família conhecida na época como patriarcal, que caracterizava sempre a figura masculina como autoridade do lar e responsável pelo sustento dos filhos.

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, o necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção com amplo incentivo à procriação. Era uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento de família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. (DIAS, 2015, p. 27).

Entretanto, a sociedade não deixou estagnar o conceito de estrutura familiar e começaram a surgir valores e afeto entre os cônjuges. Importante mencionar que isso somente ocorreu depois de constantes transformações e revoluções sociais que ocorreram no país, tendo como um acontecimento importante a revolução industrial, nos séculos XX e XXI, que fez com que a figura feminina tivesse o seu lugar de direito e o homem não fosse a presença mais importante da sociedade.

Assim, o Código Civil de 2002 estabeleceu diversas mudanças no plano jurídico, fazendo com que a justiça brasileira sempre estivesse a par dos anseios sociais da população e diferindo da visão arcaica instituída no Código Civil de 1916, não mais deixou que a mulher fosse inferiorizada e submissa, buscando direitos igualitários para todas as partes familiares, respeitando a dignidade humana, e

havendo legitimidade para adoção, união estável, guarda, alimentos e direito de visitas.

As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade. (GONÇALVES, 2017, p. 21)

Ressalta-se que Constituição Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) trouxe uma grande contribuição de melhorias para a República. O artigo 226 dispõe sobre a família ser a base da sociedade e ter a proteção do Estado, dessa maneira foi reconhecida a união estável e os direitos e deveres que possuem igualmente, cada um dos cônjuges, se casados fossem. Além disso, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio a qualquer momento entre as partes, não precisando ser comprovado a separação de fato de no mínimo dois anos, como era disposto no Código Civil anterior.

Com a sociedade contemporânea, surgiram vários formatos de famílias, algumas amparadas pela legitimidade brasileira, como a união estável e casamento outras que não estão dispostas no código atual, mas que já possuem várias jurisprudências reconhecendo, como a multiparentalidade e a união homoafetiva, onde o vínculo prevalece sempre em primeiro lugar.

O Estado não pôde mais controlar as formas de constituição de famílias, pois comporta várias espécies, como o casamento, as uniões estáveis e a comunidade dos pais e comunidade dos pais e seus descendentes (art.226 da CF). Essas e outras representações sociais da família exprimem a liberdade dos sujeitos de constituírem seu núcleo familiar da forma que melhor lhes convier, e deve sempre ser o espaço de sua liberdade. (PEREIRA, 2012, p. 30-31).

Ao passo que dos direitos para quem possui união estável e casamento, estão expressamente reconhecidos, a união homoafetiva não é disposta no Código Civil atual. Entretanto o STF manifestou-se favorável por meio da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), ações destinadas para o Supremo

decidir acerca de algum desrespeito elencado na Constituição. Dessa forma, foi pautada de nº 132, como uma ação de inconstitucionalidade pelos ministros. O Supremo decidiu em dar o entendimento conforme o artigo 1.723 do Código Civil removendo a parte do “homem e mulher”, o que possibilitou o vínculo homoafetivo ser legitimado igualmente aos que já haviam sido explícitos.

Artigo 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002, s/p).

Tão somente nesse século foi possível afirmar que a união homoafetiva poderia ser acatada como uma entidade social fundamental, possuindo melhor aceitação do que antigamente. Maria Berenice Dias conceitua família no seguinte trecho:

A família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. No dizer de Giselda Hironaka, não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence - o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade. (DIAS, 2015, p. 29).

Em meio a tudo isso, formou-se mais um tipo de linhagem, também não disposta na legislação, mas que já possui várias jurisprudências a favor, conhecida como multiparentalidade ou pluriparentalidade.

Diante disso, a Constituição Federal elenca vários princípios fundamentais para o funcionamento e a boa convivência das pessoas no país, sejam eles o de liberdade, solidariedade, dignidade, e diante disso, fez com crescesse cada vez mais a importância do princípio da afetividade. Isso acontece pelo fato desses princípios estarem sempre lutando contra injustiças, e sucessivamente prezando a vida de todos.

De acordo com Farias (2015, p.543), relata que:

Sob o ponto de vista técnico jurídico, a filiação é a relação de parentesco, estabelecidas entre pessoas que estão em primeiro grau em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana se relaciona diretamente com o princípio da afetividade, determinando que todos que fazem parte da família possuam direitos iguais na afeição, e sempre prezando o bem-estar de todos.

Assim, demonstra-se que muitas vezes, pessoas na função de madrastas ou padrastos ajudam muito mais na criação, desenvolvimento e educação, do menor do que os pais biológicos, e que se quiserem tê-los como se filhos fossem, poderá registrar como se tivessem vínculo sanguíneo.

O novo formato de família dedicou maior importância a afeição, sendo considerado, na atualidade muitas vezes, com maior valor que laços sanguíneos, sendo capaz de garantir relações interpessoais ainda melhores. Assim, sempre prezando o melhor interesse do menor, e conseqüentemente melhor satisfazendo a questão patrimonial quando houver sucessão.

2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO

A origem do direito sucessório acontece nos primórdios familiares, que se remete a legislação romana que mostrava repúdio a ideia de filhos gerados fora do casamento, que se denominavam filhos ilegítimos, possuindo apenas laços sanguíneos, não sendo considerado filho para a igreja e sociedade na época. A sucessão integrou à religião e ao parentesco, e assim permaneceu por muito tempo. A linhagem estava muito ligada à religião, a relação de parentesco era ajustada de acordo com o culto. Dessa forma, pertenciam a mesma família aqueles que seguiam a mesma crença, dessa forma tomava como base fundamental a religião.

O Código Civil de 1916 da legislação brasileira propunha um capítulo à legitimação, como um dos efeitos do casamento. Disposto no artigo 352 do antigo código civilista, cita "Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos".

Assim, a real função desse artigo era atribuir aos filhos gerados anteriormente os mesmos direitos e qualificações dos filhos legítimos, como se houvessem sido concebidos após as núpcias.

Atualmente, o direito sucessório, parte especial do direito civil, é um ramo do direito privado que é previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos XXVII e XXX, e no CC do artigo 1.784 a 1.829, os quais garantem o direito à herança, ou seja, transferência de patrimônios de uma pessoa após a sua morte, pautados na lei ou em testamentos. Nesse sentido, o Código Civil de 2002 prevalece a ordem de prioridades hereditária no artigo 1.829, e constitui a linha sucessória entre os familiares do falecido.

É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais, e que não podem se distanciar da atual concepção da família, com sua afeição desdobrada em múltiplas facetas. Dai a necessidade de revisitar os institutos de direito das famílias, adequando suas estruturas e conteúdo a legislação constitucional, funcionalizando-os para que se prestem a afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica. (DIAS, 2015, p. 40).

Atualmente, o código expressa como herdeiro o filho de forma personalíssima, ou seja, intransmissível para outra pessoa que não o titular do direito.

Uma outra característica dos direitos de família é a sua natureza personalíssima: são direitos irrenunciáveis e intransmissíveis por herança. Desse modo, “ninguém pode transferir ou renunciar sua condição de filho. O marido não pode transmitir seu direito de contestar a paternidade do filho havido por sua mulher; ninguém pode ceder seu direito de pleitear alimentos, ou a prerrogativa de demandar o reconhecimento de sua filiação havida fora do matrimônio”. (GONÇALVES, 2015, p. 31.)

Se um dos pais da família pluriparental falecer, o filho registrado pela afetividade receberá o quinhão igual os demais herdeiros, visto que não há

diferenciação entre adotados, biológicos e registrados pela afetividade entre os demais irmãos. Mas, se caso este mesmo indivíduo falecer e não possuir filhos ou companheiro, seus ascendentes serão os herdeiros, o que leva a um empecilho, pois não se sabe como será a repartição entre a pluralidade de pais, visto que não há nada no código civil atual.

Gonçalves (2017, p. 16) expressa que “para determinados fins, especialmente sucessórios, o conceito de família limita-se aos parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau”. Assim, há grandes lacunas para serem impedidas pela justiça brasileira e serem dispostas uma nova resolução de forma sucinta, para qualquer tipo de herdeiro que haja, assim aumentando cada vez mais a segurança jurídica.

Deste modo, temos de um lado a verdade biológica, a qual é comprovada por meio de exames laboratoriais e uma ligação genética entre duas pessoas, onde é importante saber as origens de quem nasceu. De outro, o fundamento essencial, a filiação socioafetiva, uma atribuição que não pode ser desprezada para a estabilidade e uniões familiares que não foram constituídas por seus progenitores.

Diante do exposto, não seria viável a exclusão dos pais biológicos de alguém que já é maior de idade, havendo a substituição do registro dos pais de criação e sim fazer o reconhecimento de todos. A exclusão de algum deles poderia acarretar em danos materiais, patrimoniais e principalmente sucessórios.

Entende-se que não há porque dar preferência de registro em relação ao pai biológico ou socioafetivo, e sim que as duas devem existir, ou seja, consideradas em igual nível de hierarquia lícita.

Neste passo, ainda possui uma repercussão quando se trata do assunto patrimonial do herdeiro, atualmente, é mais sensato o uso de analogias e resolver cada caso fático de acordo com suas particularidades, pois não é justo fazer o uso do novo instituto e se apropriar de uma herança apenas para obter vantagem econômica.

3. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E DA DIGNIDADE HUMANA COMO ELEMENTO GARANTIDORES DO DIREITO SUCESSÓRIO NA MULTIPARENTALIDADE

A Constituição Federal elenca vários princípios fundamentais para o funcionamento e a boa convivência das pessoas no país, sejam eles o de liberdade, solidariedade ou de dignidade. E diante desses princípios relatados, fez com que crescesse cada vez mais a importância do princípio da afetividade no Brasil, por estar diretamente relacionado com o direito de família e os citados anteriormente. Em seu artigo 227 também elenca vários direitos ao menor para melhor convivência familiar e comunitária.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O princípio da afetividade não está expresso na legislação, mas possui uma importância enorme na República por estar sucessivamente disposto em diversas doutrinas, jurisprudências, decisões, artigos, recursos, que são acatadas pelos magistrados e principalmente pelas promotorias espalhadas por todo país. Assim, possui grande valor jurídico, por frisar na igualdade entre os filhos e reconhecer tantos outros formatos de união que não seja apenas a sanguínea.

Sob o ponto de vista técnico jurídico, a filiação é a relação de parentesco, estabelecidas entre pessoas que estão em primeiro grau em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. (FARIAS, 2015, p.543).

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana se relaciona diretamente com o princípio da afetividade, elucidando que todos os membros da família possuam direitos iguais, sempre prezando o bem-estar de todos e um convívio social agradável.

Outro princípio importante alusivo é o da solidariedade. Disposto no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal Brasileira cita o seguinte trecho: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;” (BRASIL, 1988). Dessa maneira, este princípio está diretamente relacionado à correspondência de sentimentos, o que é previsto e representado na pluriparentalidade, pois o genitor afetivo não está obrigado a amar e cuidar de seu filho, e ocorre simplesmente pelo sentimento ser recíproco e puro. Diante do assunto, Heloísa Helena Barboza aborda:

O parentesco socioafetivo produz todos e os mesmos efeitos do parentesco natural. São efeitos pessoais: (a) a criação de vínculo de parentesco na linha reta e na colateral (até o 4º grau), permitindo a adoção do nome da família e gerando impedimentos na órbita civil, como os impedimentos para casamento, e pública, como os impedimentos para assunção de determinados cargos públicos; (b) a criação do vínculo de afinidade. Sob o aspecto patrimonial são gerados direitos (deveres) a alimentos e direitos sucessórios. (BARBOZA, 2010 p. 33-34)

Vale ressaltar também o princípio do melhor interesse do menor, já que está diretamente conexo com a multiparentalidade, pois é de direito que toda criança e adolescente tenha direito a educação, lazer, cultura e alimentação. Associa-se assim, principalmente em relação aos mais desamparados, aqueles que não tiverem a figura dos pais biológicos ou de algum deles presentes, possuindo uma nova chance de ser registrado por pessoas que realmente se importam com o menor, que já possui vínculo emocional presente, não precisando haver um processo de adoção.

É estabelecido no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) o seguinte artigo:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Dessa forma, o Estatuto mostra em seus artigos, que todos possuem direitos fundamentais, assim, quando a família biológica não cumpre esse dever, o Estado pode assegurar concedendo o registro de um novo pai ou mãe no lugar, ou até mesmo só acrescentando em documentos pessoais. Diante disso, o Relator José Antônio Datoe Cesar, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresentou a seguinte apelação:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA CUMULADA COM ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E, VIA DE CONSEQUÊNCIA, DA MULTIPARENTALIDADE. CABIMENTO. DETERMINAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL, NOS TERMOS DO REQUERIDO. Embora a existência de entendimento no sentido da possibilidade de conversão do parentesco por afinidade em parentesco socioafetivo somente quando, em virtude de abandono de pai ou mãe biológicos e registrais, ficar caracteriza a posse de estado da filiação consolidada no tempo, a vivência dos vínculos familiares nessa seara pode construir a socioafetividade apta a converter a relação de afinidade em paternidade propriamente dita. Sob essa ótica, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, realiza a própria dignidade da pessoa humana, constitucionalmente prevista, porquanto possibilita que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social vivenciada, enaltecendo a verdade real dos fatos. Multiparentalidade que consiste no reconhecimento simultâneo, para uma mesma pessoa, de mais de um pai ou mais de uma mãe, estando fundada no conceito pluralista da família contemporânea. Caso dos autos em que a prova documental... acostada aos autos e o termo de audiência de ratificação evidenciam que ambas as partes, maiores e capazes, desejam o reconhecimento da filiação socioafetiva e da multiparentalidade, o que, ao que tudo

indica, não traria qualquer prejuízo a elas e a terceiros. Genitor biológico da apelante que está de acordo com o pleito, sendo que o simples ajuizamento de ação de alimentos contra ele em 2008, com a respectiva condenação, não descaracteriza, por si só, a existência de parentalidade socioafetiva entre os apelantes. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70077198737, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 22/11/2018).

Diante da jurisprudência citada, mostra que a sociofetividade está cada vez mais presente, e com uma importância enorme na atualidade, pois é contemplada por meio do princípio da dignidade humana e não pela legislação brasileira. Assim, reconhece os vínculos construídos ao longo dos anos que englobam um conceito muito maior do que pais biológicos que praticam o abandono, e que não possuem vivência com a família.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou mostrar para a população a relevância do novo modelo de família designado na atualidade conhecido como multiparentalidade, e de como o assunto trará consequências positivas ou negativas para a figura do herdeiro por este ainda não estar exposto no ordenamento jurídico, assim, afetando diretamente no direito de família e na sociedade em si.

O assunto se tornou relevante pelo fato da coletividade estar sempre em constante mutação, e, diante disso, o conceito do que é "família" já não é o mesmo como antigamente, afetando diretamente no direito brasileiro, que também está sempre modernizando-se para atender as expectativas das pessoas pra melhor serem atendidas de forma justa e correta.

Assim, é de suma importância a regulamentação no ordenamento o instituto da pluriparentalidade, pois há muitas famílias que se unem somente pela afetividade, onde se mostra a figura de padrastos, que muitas vezes são mais considerados que os pais biológicos. Precisando de um aparato e proteção do Estado através de leis, para abranger a grande lacuna sobre o assunto abordado.

Importante ressaltar que o entendimento estudado por ser muito recente, ainda está sendo discutido por muitos doutrinadores e profissionais jurídicos, sendo constantemente debatido se a multiparentalidade é uma forma legítima para o reconhecimento de filiação. Diante disso, frisa-se que a efetivação desse instituto é de suma importância, pois este terá que garantir todos os deveres essenciais de um filho, envolvendo uma dimensão enorme na vida de alguém pelo vínculo parental que é formado, nascendo assim um reconhecimento inerente do direito sucessório.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63/2017**. Dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva. <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em 01 de outubro de 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <...>. Acesso em 30 de abril de 2019.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 30 de abril de 2019.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Instituiu o Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral nº 622**. Tema: Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>>. Acesso em 29 de outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AC nº 70077198737**. Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Data de Julgamento: 22/11/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/11/2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 1997. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

MONTEIRO, Matheus. **Filiação biológica e socioafetiva**. Publicado em 06/2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49625/filiacao-biologica-e-socioafetiva>>. Acesso em 20 de outubro de 2018.

NOGUEIRA, Mariana Brasil **A família: conceito e evolução histórica e sua importância**. Disponível em: <http://www.pesquisedireito.com/a_familia_conc_evol.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito da Família: uma abordagem psicanalítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SHIKICIMA, Nelson Sussumu. **Formatos familiares contemporâneos**. **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia**. OAB-SP Nº 18. São Paulo: OAB/SP, 2014. ><http://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Virtual%20numero%2018.pdf><. Acesso em 04 de outubro de 2018.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **História da Família Colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.

SILVA, Paulo Lins e. O casamento como contrato de adesão e o regime legal. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família e cidadania. O novo CCB e a *Vacatio Legis***. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO). Advogado. E-mail: vinicius.marques@catolica-to.edu.br.

FEMINICÍDIO: PODERÁ SER A CONSEQUÊNCIA DE FALHAS PRESENTES NA LEI 11.340/2006?

NÚBIA MARIA GINO LOPES:
Acadêmica de Direito da Faculdade
Serra do Carmo

ANTÔNIA MARIA SILVA ¹

(Orientadora)

RESUMO: A Lei 11.340/2006 nasceu com o propósito de proteger às mulheres vítima de violência doméstica, um dos maiores problemas sociais no Brasil. A norma busca garantir a proteção de implantação de políticas públicas. Mas, devido ao grande número de homicídios contra as mulheres vítimas de violência doméstica, surge a Lei 13.104/2015 alterando o Código Penal para incluir mais uma modalidade de homicídio qualificado. Objetiva-se com a presente pesquisa expor aspectos relativos às denúncias à violência doméstica realizadas no quinquênio 2016-2018 através do disque 180 e dados estáticos relativos ao crime qualificado como feminicídio através de pesquisa em sites jurídicos e jornais. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, realizada para comparar o aumento de denúncias referente à violência doméstica e casos de feminicídio no Tocantins durante os anos 2016-2018, trazendo casos reais divulgados na mídia. O estudo pretende esclarecer possíveis falhas na Lei Maria da Penha, tentando identificar através de dados trazidos dentro do estudo se os homicídios qualificados como feminicídio vem crescendo devido as falhas ocorridas na Lei. Mesmo ocorrendo várias alterações no Código Penal para aumentar as penas para quem cometer crimes contra mulheres no âmbito familiar ou mesmo crime de ódio pelo fato de ser mulher, muitas das vezes o crime acontece por não ter sido respeitado uma medida protetiva de urgência, mostrando a possível falha na Lei criada para proteger as vítimas da violência familiar que, na maioria das vezes ocorrem no seio de suas casas por seus companheiros e ex-companheiros.

¹ Antônia Maria Silva. Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário na Faculdade Serra do Carmo. Docente da área de Direito no Instituto Federal do Tocantins. Mestra em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul e Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. antonia.m.s@hotmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica e familiar; Violência contra a mulher; Lei Maria da Penha; Femicídio.

ABSTRACT: The Law 11.340/2006 was born with the purpose of protecting women victims in violence domestic, one of the two largest problems in Brazil. The standard search ensures the protection in implementation in political public. But, due to the great number in homicide against women victims in violence domestic, comes up the Law 13.104/2015 altering the code criminal to include more than one modality in homicide qualified. Objectified with the present search to expose the amount of complaints reference the violence domestic performed at the five-year 2016-2018 through of dial 180 and data static relative to crime qualified as femicide through in search on sites juridical and newspapers. It is in some search bibliographic, fulfilled for comparative of increase in denunciations reference the violence domestic and cases in femicide at the Tocantins during the years above cited, bringing cases actual disclosed at media. The study intends clarify possible failures at Law Maria gives Penha, trying to identify through in data brought inside of study if the homicide, come growing due to failures occurred at Law. Same occurring various change at the code criminal for increase in feathers for who commit crimes against women, many of times the crime happens per not to be respected an measure protective in urgency, showing failure at Law created for protect at victims gives violence family what, at majority of times occur at the breast in your houses per their companions and ex-companions.

KEYWORDS: Violence domestic and family; Violence against the woman; Law Maria gives cliff, femicide.

1 INTRODUÇÃO

Com uma taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o Brasil, num grupo de 83 países, com dados homogêneos fornecidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), ocupa uma pouco recomendável 5ª posição, evidenciando que os índices locais excedem, em muito, os encontrados na maior parte dos países do mundo (OMS, Mapa da violência de 2015).

Segundo dados divulgados pela Organização das Nações Unidas (ONU), só em 2017, foram registrados 4.600 casos de femicídio, ou seja, entre 12 e 13 mulheres são mortas todos os dias.

O presente estudo visa identificar falhas na Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, uma vez que muitos dos homicídios qualificados por feminicídio ocorrem por falhas nas medidas protetivas estabelecidas nesta lei.

A violência contra as mulheres ainda vem sendo um dos maiores problemas sociais no Brasil. Diariamente no seio das residências acabam sendo agredidas psicologicamente e fisicamente por seus parceiros e ex-parceiros, que as tratam como se fosse sua propriedade.

A problemática deste estudo busca esclarecer se os homicídios qualificados por feminicídio ocorrem devido às possíveis falhas dentro da lei 11.340/2006. Tem como objetivo principal analisar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, enquanto ferramenta jurídica para o combate ao feminicídio, identificando os casos de feminicídio resultado pelo descumprimento das medidas protetivas e verificar o número de denúncias de violência doméstica na cidade de Palmas Tocantins.

A metodologia de pesquisa empregada neste estudo se deu por meios bibliográficos, que compreendem a leitura de artigos, livros e sites jurídicos, para levantamento de dados estáticos de crimes qualificados como feminicídio e dados de atendimento as vítimas de violência doméstica por meio do método quantitativo e qualitativo.

Foi realizada uma pesquisa no Site do disque denúncia 180, para levantamento das denúncias realizadas no período quinquênio 2016-2018, informações que serão usadas no decorrer do estudo como forma de comparativos.

Para desenvolver tal análise, na primeira seção foi abordada a Contextualização da legislação aplicável à violência doméstica e as formas de violência doméstica e familiar.

Na segunda seção foi abordada, a rede de proteção no enfrentamento da violência doméstica contra mulher.

Já na terceira e última seção discorreremos, sobre o crime qualificado como feminicídio, trazendo casos divulgados na mídia durante o quinquênio 2016-2018 no Estado do Tocantins e também os dados estáticos de ligações realizadas para o disque 180.

Por fim, a pesquisa busca identificar possíveis falhas na Lei 11.340/2006 como fator que contribui para crescentes índices de homicídios qualificados como feminicídio no Tocantins.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência contra a mulher é definida pelo Conselho Social e Econômico (1992) da ONU, como “Qualquer do ato de violência baseada na diferença de gênero, que resulte em sofrimentos e danos físicos, psicológicos e sexuais da mulher; inclusive ameaça de tais atos, coerção e privação da liberdade, seja na vida pública e privada”. Esse conceito, aliado à tipificação das condições de sua ocorrência estabelecida na Convenção de Belém do Pará, nos indicará as grandes linhas para interpretação da norma contida no art. 5º da Lei 11.340/2006 (Guimarães, 2017, p.49).

Com efeito, a violência contra a mulher pressupõe não apenas a diferença de gênero, mas também, condutas que tendam para seu desprestígio, devendo causar alguma manifestação de sofrimento físico, sexual ou psicológico. As atitudes que geram o menosprezo em relação à mulher podem ter diversas interpretações psicológicas, que vão desde uma incontida prepotência por parte de quem pratica os atos ditos violentos, passando por problemas de cunho econômico-financeiro. Mas a violência nas relações interpessoais tão próximas, como as do ambiente conjugal, parece fulcrar-se, segundo propõem as teses feministas, na intenção de submeter a mulher ao domínio do agressor. E, se, de fato, ainda de acordo com esta linha de pensamento, a violência constituir um problema social, então poderá ser associada como um traço cultural (Guimarães, 2017, p.49).

Vai neste sentido de entendimento das estudiosas Amimi Campos e Lindinalva Corrêa, quando afirmam que o gênero é concebido como uma forma de dar significado às relações de dominação e de poder que terminam por ensejar as desigualdades de gênero, que concederam ao longo do tempo aos homens, funções nobres e valorizadas pela sociedade, restando às mulheres papéis menos apreciados social e culturalmente.

Mais adiante, arrematam:

Assim, constata-se que a situação de violência doméstica e a familiar contra a mulher são fruto de sua condição geral de subordinação e submissão aos ditames masculinos, que refletem posições hierárquicas e antagônicas entre homens e mulheres, tendo como fator condicionante a opressão das mulheres perpetrada pela sociedade, por ações discriminatórias, fruto da diferença de tratamento e condições, bem como do conflito de interesses entre os sexos.

Dias (2008, p.40) analisa a Lei Maria da Penha e identifica a definição de violência doméstica conjugando o disposto no art. 5º com o art 7º da Lei 11.340/2006. Assim, violência doméstica é qualquer das ações descritas no art. 7º praticadas contra a mulher em razão do vínculo familiar ou afetivo. Em outras palavras, qualquer ação ou omissão, baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, moral ou patrimonial praticada no âmbito da unidade doméstica ou familiar ou qualquer relação íntima de afeto independente da orientação sexual, bastando que o agressor conviva ou tenha convivido com a agredida, independentemente de coabitação(Moreira,2011,p.83).

Para Pereira (2008,p.10), a distinção entre violência doméstica e violência familiar é importante a fim de ampliar a abrangência de proteção da lei com relação às vítimas mulheres. Neste sentido, a violência doméstica se diferencia da violência familiar porque nesta deve haver uma relação de parentesco entre vítima e agressor e naquela basta que agressor se prevaleça da relação doméstica ou de autoridade que exerce sobre a ofendida. Apesar de a Lei 11.340/2006 tutelar tanto a violência doméstica quanto a violência familiar, estas deverão ser interpretadas separadamente, em que pese ter a lei dado igual proteção a ambas (Moreira, 2011, p.84).

A Lei 11.340/06, no artigo 1º,cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição federal, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e erradicar a Violência contra a mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de

Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

No Artigo 41, a Lei expressamente veda a aplicação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, evitando, assim, aplicação de penas alternativas nas espécies criminais.

O caput do artigo 129 do Código Penal Brasileiro vislumbra sobre a proteção da integridade física e saúde de outrem condenando quem descumprir a lei, com a pena de detenção de três meses a um ano, classificando os atos a este bem jurídico como lesão corporal. O Código Penal, desde 2004, já qualificava a lesão corporal proveniente de violência doméstica, através da Lei nº 10.886/2004 que inseriu o parágrafo 9º ao artigo 129 do Código Penal, que traz o aumento da pena de detenção para quem praticar a lesão corporal contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

A lei trouxe alteração no Sistema Penal Brasileiro para que os agressores pudessem ser presos em flagrante ou tivesse prisão preventiva decretada. Antes da alteração legal, vedando aplicabilidade das normas dos Juizados Especiais, muitas vítimas da violência doméstica não prestavam queixas contra os companheiros, pois sabiam que as punições seriam leves em sua maioria convertidas em prestação de serviços à comunidade ou oferta de transação penal, o que acabava por incentivar novas agressões.

Uma alteração legal significativa no âmbito da criminalização da violência doméstica consiste na tipificação do crime para quem descumprir as medidas protetivas de urgência, descrito no artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006, que foi incluído através da Lei nº 13.641/2018. Nesse sentido, o artigo 24-A prescreve que quem descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência será punido com pena de detenção de 3(três) meses a 2 (dois) anos, prevendo que a configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas, sendo possível, na hipótese de prisão em flagrante, que a autoridade judicial possa conceder fiança.

Também merece destaque o estabelecimento de medidas protetivas de urgência que tem como foco proteger e diminuir os efeitos causados pela violência sofrida. Nessa senda, a Lei prevê o encaminhamento da ofendida, bem como seus dependentes a programas oficiais ou comunitários de proteção ou de atendimento, o que de certo deverão ser criados e instituídos, com vistas a dar apoio não só a mulher, mas também a seus dependentes, encontrando-se estes fragilizados em razão da situação de violência doméstica e familiar conforme redação do artigo 23 da Lei 11.340/2006 nas medidas protetivas de urgência à ofendida, poderá o Juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

a) Encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

b) Determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

c) Determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

d) Determinar a separação de corpos.

2.2 FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Os tipos penais trazidos pela Lei 11.340/06 constituem um rol meramente exemplificativo, conforme artigo 7º da Lei. Ou seja, são tipos penais com conceitos abertos, uma vez que o resultado informará a tipificação (SILVA, 2018, p.12).

Ao reconhecer cinco formas de violência, a lei não afasta a ocorrência de outras formas. Apenas as qualifica, de modo a se fazer compreender o alcance maior do bem a proteger (SILVA, 2018, p.12).

As formas elencadas pela norma são: Violência Física, Violência Psicológica, Violência Sexual, Violência Patrimonial e Violência Moral.

A violência física, segundo o art. 7º, inciso I, da Lei 11.340/06, compreende todo comportamento ofensivo ao bem-estar da mulher e sua autonomia. A violência física ocorre quando há o uso da força física que ofenda a saúde ou o corpo da mulher. Caracteriza-se por ser uma espécie de contato físico, o qual provoque dor, podendo ou não resultar em lesão ou causar marcas no corpo (SILVA, 2018, p.12).

A violência física configura-se pelo uso da força. Compreende toda sorte de ataque à integridade corporal, com indícios visíveis ou não (SILVA,2018, p.12)

A violência psicológica (art. 7º, inciso II, da Lei n. 11.340/06) caracteriza-se como toda conduta apta a provocar dano emocional à mulher, decorrente de um comportamento ofensivo e ultrajante, por meio do qual diminui a dignidade, afetando as vontades pessoais da vítima. (SILVA, 2018, p.12)

Nesse tipo de ilícito, a vítima é constrangida pelo agressor, que assume o controle das vontades da oprimida, a ponto de a mesma ter controlada suas decisões e atos. (SILVA, 2018, p.12)

Na maioria das vezes, a intimidação ocorre sutilmente, de modo que a manipulação de vontade ocorre numa ambiência de patrulhamento protetivo. Nesses casos, a vítima não percebe de imediato aopressão, dado que muitas vezes confunde com cuidados do agressor, sendo levada a confundir agressividade com dedicação. (SILVA, 2018, p.12)

Doutra banda, a violência é manifestada de modo ostensivo. Aqui, o agressor humilha com palavras e ato proíbe a locomoção da vítima, controla suas vontades, não deixa margem para escolhas de qualquer ordem. A vida da mulher é ditada por regras impostas pelo agressor. Não existe outra possibilidade de convívio que não seja àquela orientada sobre as imposições feitas pelo agente, sob pena de humilhações, vexames, afrontas, degradação do caráter. A personalidade da mulher é totalmente abstraída do seu querer (SILVA, 2018, p.13).

Essa violência foi inserida no raio de ilícito praticado à mulher pela Convenção de Belém do Pará, conhecida como Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, ao prever no Capítulo I, artigo 1º, que o ato ou conduta limitante da cidadania e liberdades femininas deve ter amplo repúdio pelo poder público, por meio de políticas públicas que devem ser implementadas pelos órgãos da rede de atendimento da mulher(SILVA,2018, p.13).

Trata-se de agressão emocional. O agressor não pretende levar a mulher à morte. O intuito é reduzir as vontades da vítima, manipulando sutil ou ostensivamente com ameaças e humilhações, afastando-a e isolando-a do convívio social (SILVA, 2018, p.13).

Ocorre o crime com o ato do agente de tomar decisões pela vítima, opondo-se à vontade da mesma, utilizando-se de ameaças, xingamentos, ofensas, insultos, desprezo, desrespeito ou qualquer outra prática que possa afetar a saúde psicológica(SILVA, 2018, p.13).

Os tratamentos abusivos, perseguições, humilhações, discriminações e constrangimentos, de modo reiterado, gera sofrimento psíquico, o que muitas vezes alcança proporções insuportáveis, podendo acarretar o adoecimento e até mesmo o suicídio da vítima, deixando sequelas ocultas na psique da mulher, com danos insanáveis(SILVA, 2018, p.13).

A violência sexual é expressamente reconhecida pela Convenção de Belém do Pará que reconhece a violência sexual contra a mulher, no seio das relações públicas e privadas(SILVA, 2018, p.13).

A Lei n. 11.340/06, no Capítulo II, define a violência sexual como qualquer conduta suficiente a impor vontade alheia a qualquer ato de sexualidade não consentido(SILVA,2018, p.14).

Segundo Jorio (2018, p. 34), o objetivo da proteção penal aos crimes sexuais é conservar em poder do indivíduo não vulnerável a faculdade de decidir, no campo da manifestação e do exercício da sexualidade, acerca do que se quer fazer, com quem, de que modo e quando se quer fazê-lo(SILVA, 2018, p.14).

Deve-se registrar que a sexualidade é considerada um dever no casamento, dando legitimidade à insistência masculina (DIAS, 2007).

É sob essa ótica que, ao forçar o coito, o homem apenas exerce um direito conjugal, não tendo se conjecturar sobre o crime de estupro(SILVA,2018, p.14).

Na violência sexual, o agressor constrange a vítima, limitando a autodeterminação sexual. O ilícito pode ocorrer tanto mediante violência física como da violência psicológica (SILVA, 2018, p. 14).

Trata-se de crime subnotificado, em decorrência da cultura social de que um a manutenção dos prazeres sexuais dos cônjuges/companheiros, majoritariamente moldada pelos apelos do homem, é obrigação do casamento. Quando não correspondido pela mulher, se forçá-la, por qualquer meio, configura-se a violência sexual (SILVA, 2018, p.14).

A violência patrimonial é descrita no art. 7º, inciso IV, da Lei n. 11.340/06, a violência patrimonial é definida como qualquer conduta que restringe a livre disposição dos bens, recursos e propriedades da mulher(SILVA, 2018, p.14).

A independência financeira ainda configura objeto de não aceitação por parte de seus familiares, cuja configuração atual tende a fortalecer a livre convicção da mulher em decidir seus desígnios (SILVA,2018, p.14).

Dessarte, a subtração de bens patrimoniais, bem como a intervenção nas decisões sobre a destinação dos bens particulares das mulheres, ainda é objeto de decisão unilateral do agressor que prevalece da sua relação afetiva com a vítima, com o fito de subtrair ou se apropriar de patrimônio alheio(SILVA,2018, p.14).

Configura-se o ilícito pela apropriação de contas correntes, cartão de crédito, documentos pessoais, por exemplo, que leva a vítima, muitas vezes, a um estado de endividamento e negativação do nome junto ao mercado de crédito(SILVA,2018, p.15).

É relevante ressaltar que, no delito de furto, a prática do crime, por agente que mantém relação afetiva com a mesma, o crime não se sujeita à representação da vítima, em razão da taxatividade da norma(SILVA,2018, p.15).

A violência moral, na dicção do artigo 7º, inciso V, da Lei n. 11.340/06, é qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria(SILVA,2018, p.15).

O Código Penal, ao discorrer sobre delitos contra honra (calúnia, difamação e injúria), o faz, diferenciando as espécies (SILVA, 2018, p.15).

Ocorre o crime de calúnia quando ao agressor imputa à vítima, conduta delituosa e ofensiva que sabe não ser verdadeiro. É crime. Na injúria, o agressor atinge a honra da vítima, por meio de palavras de baixo calão, atribuindo-lhe predicados mentirosos, agredindo a índole da mulher, imputando toda sorte de qualidades ruins, cuja consumação dá-se no momento em que a ofendida fica sabendo das inverdades proferidas. Na difamação, o agressor denigre a reputação da vítima, que tanto pode dá-se pessoalmente ou por meios de redes sociais, WhatsApp etc.(SILVA,2018, p.15.)

Na mesma esteira, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) assim conceitua as formas de violência doméstica:

a) Violência psicológica: consiste em toda ação ou omissão destinada a degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões de outra pessoa por meio de intimidação, manipulação, ameaça direta ou indireta, humilhação, isolamento ou qualquer outra conduta que implique prejuízo à saúde psicológica, à autodeterminação ou ao desenvolvimento pessoal.

b) Violência física: consiste na ação ou omissão que coloque em risco ou cause dano à integridade física de uma pessoa.

c) Violência moral: ação destinada a caluniar, difamar ou injuriar a honra ou a reputação da mulher.

d) Violência sexual: ação que obriga uma pessoa a manter contato sexual, físico ou verbal, ou a participar de outras relações sexuais com uso da força, intimidação, coerção, chantagem, suborno, manipulação, ameaça ou qualquer outro mecanismo que anule ou limite a vontade pessoal.

2.3 REDES DE PROTEÇÃO PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER

A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, através do atendimento realizado pela autoridade policial conforme trata os artigos 10,10-A,11, 12, 12-A e 12-B da Lei 11.340/2006. Do Atendimento pela Autoridade Policial na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis conforme traz o artigo 10, o parágrafo único do mesmo artigo traz o caso de descumprimento de medida protetiva de urgência deferida que será aplicado o disposto do caput.

É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados sendo assegurado esse direito no artigo 10-A.

A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes:

A depoente em situação de violência doméstica e familiar terá resguardada a sua integridade física, psíquica e emocional sendo garantido que em nenhuma hipótese vítima, familiares e testemunhas terão contato com investigados e suspeito de violência doméstica. O depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a gravação e a mídia integrar o inquérito, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.

O artigo 11 retrata as garantias da proteção a vítima de violência doméstica, no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

- a) garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;
- b) encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;
- c) fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;
- d) se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;
- e) informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

Conforme trata o art. 12, em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

- a) ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
- b) colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;
- c) remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

d) determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

e) ouvir o agressor e as testemunhas;

f) ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

g) remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

Ainda reza o § 1º, art. 12, que o pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter: a) qualificação da ofendida e do agressor; b) nome e idade dos dependentes; e a c) descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida, cujo § 3º, do mesmo artigo, prescrever que serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

O art. 12-A dispõe que os Estados e o Distrito Federal, na formulação de suas políticas e planos de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, darão prioridade, no âmbito da Polícia Civil, à criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams), de Núcleos Investigativos de Femicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher, podendo a autoridade policial requisitar os serviços públicos necessários à defesa da mulher em situação de violência doméstica e familiar e de seus dependentes.

3. FEMINICÍDIO

O problema do feminicídio já foi objeto de investigação por Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), e resultou no projeto de Lei 292/2013, proposto pelo Senado, que tinha na justificativa o conceito do crime, referindo-se a “assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres”, arrematando-se com a ideia de que se trata de “crime de ódio contra as mulheres, justificado socio culturalmente por uma história de dominação da mulher pelo homem é estimulada pela impunidade e indiferença pelo Estado (Guimarães, 2017, p.130).

Tardiamente, surge a Lei 13.104/15, que entrou em vigor no dia 9 de março, e alterou o Código Penal para incluir mais uma modalidade de homicídio

qualificado, o feminicídio, que ocorre quando crime for praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, tendo a norma legal esclarecido que ocorrerá em duas hipóteses: a) violência doméstica e familiar; b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher (Defensoria Pública Geral, 2017, p.235).

O feminicídio será o resultado do comportamento de desprezo pela condição do ser de sexo feminino, concretizado por condutas comissivas ou omissivas que vulnerem ou eliminem a vida(Guimarães,2017,p.128), cuja Lei 13.104/2015 acrescentou ao art. 121 o §7, a majorante que eleva de um terço até a metade a pena do feminicídio se o crime for praticado, sendo que:

a) Durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto: aplica-se a majorante desde o momento em que gerado o feto até três meses após o nascimento (Inciso I do § 7º do art.121 do CP). O aumento da pena se justifica inclusive nas situações em que demonstrada a inviabilidade do feto, pois o objeto da proteção especial é mulher em fase de gestação, não exatamente o feto. Ressalta-se que o aborto não é pressuposto da causa de aumento, e, caso do homicídio decorra a morte, querida ou aceita, do ser humano em gestação, o agente responderá, em concurso formal, pelo homicídio majorado e pelo aborto.

b) Contra a pessoa menor de catorze anos, maior de sessenta anos ou com deficiência (inc. II do § 7º do art. 121 do CP). No caso, ao se referir à idade da vítima(menor de catorze ou maior de sessenta anos), o dispositivo repete o § 4º do art. 121. Ressalta-se, porém, que, nesta majorante, diferentemente daquela do § 4º, em que o aumento é fixo em um terço, o aumento é variável de um terço à metade.

Segundo dados recentes, com uma taxa de 4,8 assassinatos em 100 mil mulheres, o Brasil está entre os países com maior índice de homicídios femininos: ocupa a quinta posição em um ranking de 83 países conforme dados por nações' (OMS, Mapa da violência, 2015).

De acordo com esse mapa da violência, altas taxas de feminicídio costumam ser acompanhadas de elevados níveis de tolerância à violência contra as mulheres e, em alguns casos, é exatamente o resultado dessa negligência. Os mecanismos pelos quais essa tolerância é exercida podem ser variados, mas

prepondera a culpabilização da vítima como justificativa dessa forma extrema de violência (Defensoria Pública Geral, 2017, p.236).

Segundo tabela constante no Mapa da violência, se nos homicídios masculinos prepondera largamente à utilização de arma de fogo (73,2% dos casos), nos femininos essa incidência é bem menor: 48,8%, com o concomitante aumento de estrangulamento/sufocação, cortante/penetrante objeto contundente, indicando maior presença de crimes de ódio ou por motivos fúteis/banais (Defensoria Pública Geral, 2017, p.236):

| Meio/instrumento | Fem. | Masc. |
|---------------------------|--------------|--------------|
| Estrangulamento/sufocação | 6,1 | 1,1 |
| Arma de Fogo | 48,8 | 73,2 |
| Cortante/penetrante | 25,3 | 14,9 |
| Objeto contundente | 8,0 | 5,1 |
| Outros | 11,8 | 5,7 |
| Total | 100,0 | 100,0 |

Fonte: Mapa da Violência 2015. Homicídio de mulheres no Brasil.

Para as jovens adultas, de 18 a 59 anos de idade, o agressor principal é o parceiro ou ex-parceiro, concentrando a metade de todos os casos registrados. Já para as idosas, o principal agressor é um filho (34,9%). No conjunto de todas as faixas, o Mapa aponta que prepondera largamente a violência doméstica. Parentes imediatos ou parceiros e ex-parceiros são responsáveis por 67,2% do total de atendimentos (Defensoria Pública Geral, 2017, p.237).

É importante ressaltar esses dados, às vezes ignorados, para quantificar quantas mulheres vítimas de violência (ou vítimas indiretas) deixarão de ser atendidas caso haja negativa de acesso à defensoria pública e aos serviços (Defensoria Pública Geral, 2017, p.237).

O fenômeno foi estudado pela ativista do movimento feminista Diana Russel, que em 1976 cunhou o termo femicide, que contém, o significado de morte perpetrada contra a mulher pelo só fato de tratar-se de mulher, numa demonstração de orientação misógina por parte do agente. Em texto escrito em parceria com Jane Caputi, lê-se a definição do feminicídio, como o ato extremo:

De um continu um de terror contra a mulher, que inclui uma larga variedade de abusos físicos e verbais, tais como estupro, tortura, escravidão sexual (em particular pela prostituição), abusos sexuais contra meninas de forma incestuosa ou extrafamiliar, provocação de tensão física e emocional, assédio sexual (por telefone, na rua, no local de trabalho e na sala de aula), mutilação genital (como a excisão clitoriana e a infibulação), cirurgias ginecológicas desnecessárias (como a esterilização), atos que forcem à heterossexualidade, e esterilização forçada, maternidade imposta (pela criminalização da contracepção e do aborto), psicocirurgia, restrição de alimentos às mulheres por razões culturais, cirurgia cosmética e outras mutilações em nome do embelezamento (Guimarães, 2017,p.128).

Mas a violência também deriva como entende Caputi e Russel, da política criminal que, criminalizando certas condutas que dizem respeito diretamente à autodeterminação da mulher, forçam-na à maternidade. Neste nível o feminicídio não se trata apenas do assassinato da mulher, mas, também, da imposição de menor valia contra si. A partir daí, os estudos sobre fenômeno conquistam o interesse da sociologia e da criminologia, especialmente nos anos de 1990. Por isso, Patisili Toledo afirma, com acerto, que o termo, antes de surgir como categoria jurídica, é mais próprio do meio acadêmico daquelas áreas de estudo (Guimarães, 2017, p.128).

Existe crítica governo do Tocantins por não registrar casos de feminicídio, ao constatar nos dados oficiais que o número de homicídios de mulheres tem caído no Estado nos últimos três anos. Em 2017 4.473 mulheres foram assassinadas, dessas 946 foram casos considerados feminicídios, isso é, quando o crime é motivado pelo fato de a vítima ser mulher. Os dados são 16,5% maiores que os registrados em 2016 (JM notícias, 2018).

No Brasil, apenas três estados não contabilizam dados de feminicídios no país: Tocantins, Ceará e Rondônia. Diante desses dados, a crítica ao governo do estado consiste em que, como uma mulher é assassinada a cada duas horas no Brasil, tendo ocorrido 4.473 homicídios dolosos em 2017, como no Tocantins, o governo não contabiliza os dados de feminicídio. (JM notícias, 2018).

Nesse sentido, os dados da Polícia Civil mostram que o número de mulheres assassinadas no Tocantins caiu de 40 para 34 entre 2015 e 2016. E caiu ainda mais em 2016 e 2017, passando de 34 casos para 14 (JM notícias 2018).

As taxas de feminicídio são menores em Roraima, sem nenhum caso registrado, e as maiores são em Mato Grosso, com 4,6 mortes para cada 100 mil mulheres. No Tocantins não há dados sobre feminicídio, conforme notícia publicada pelo JM notícias no dia 08 de março de 2018 (JM notícias 2018).

Dados do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostram dados anuais de processos que tramitam na Justiça Estadual nos casos de Violência Doméstica e feminicídio.

Feminicídio e Violência Doméstica

Dados anuais de processos que tramitam na Justiça Estadual

2016

Casos pendentes em violência doméstica: **892.273**

Medidas Protetivas (voltadas ao agressor ou à vítima):
249.595

Feminicídio: 3.339

2017

Casos pendentes em violência doméstica: **946.541**

Medidas Protetivas (voltadas ao agressor ou à vítima):
291.746

Feminicídio: 4.209

2018

Casos pendentes em violência doméstica: **1.009.165**

Medidas Protetivas (voltadas ao agressor ou à vítima):
339.216

Feminicídio: 4.461

Fonte: Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (DPJ/CNJ)

Atendimentos por Unidade Federativa – UF (2016/2017) tabela com os atendimentos realizados ao disque 180.

| Região/Estado | 2016 | 2017 | Aumento % |
|------------------------|--------|--------|-----------|
| Região Norte | | | |
| AC | 1.818 | 2.418 | 33,00% |
| AP | 2.180 | 2.197 | 0,78% |
| AM | 1.510 | 10.585 | 600,99% |
| PA | 24.714 | 25.681 | 3,91% |
| RO | 4.457 | 4.743 | 6,42% |
| RR | 1.240 | 976 | -21,29% |
| TO | 3.375 | 4.918 | 45,72% |
| Região Nordeste | | | |
| AL | 11.618 | 13.615 | 17,19% |
| BA | 52.049 | 69.884 | 34,27% |
| CE | 8.243 | 16.341 | 98,24% |
| MA | 23.820 | 22.621 | -5,03% |
| PB | 10.365 | 9.890 | -4,58% |
| PE | 26.626 | 29.813 | 11,97% |
| PI | 14.197 | 12.477 | -12,12% |
| RN | 14.066 | 14.021 | -0,32% |

Dados de Violência Doméstica e Femicídio no Brasil (2016 a 2018)

| Tribunal | Casos Pendentes de Violência Doméstica em 2016 | Casos Pendentes de Violência Doméstica em 2017 | Casos Pendentes de Violência Doméstica em 2018 | Variação VióD. 2017 x 2018 | Variação VióD. 2016 x 2018 | Casos Pendentes de Femicídio em 2016 | Casos Pendentes de Femicídio em 2017 | Casos Pendentes de Femicídio em 2018 | Variação Fem. 2017 x 2018 | Variação Fem. 2016 x 2018 | Medidas Protetivas 2016 | Medidas Protetivas 2017 | Medidas Protetivas 2018 | Variação Medidas Prot. 2017 x 2018 | Variação Medidas Prot. 2016 x 2018 |
|----------|--|--|--|----------------------------|----------------------------|--------------------------------------|--------------------------------------|--------------------------------------|---------------------------|---------------------------|-------------------------|-------------------------|-------------------------|------------------------------------|------------------------------------|
| TJAC | 4.705 | 5.037 | 4.695 | -7% | -0% | 4 | 8 | 23 | 188% | 475% | 182 | 113 | 186 | 65% | 2% |
| TJAL | 5.110 | 5.666 | 6.436 | 14% | 26% | 2 | 5 | 15 | 200% | 650% | 40 | 178 | 748 | 320% | 1770% |
| TJAM | 22.280 | 18.454 | 19.252 | 4% | -14% | 452 | 522 | 44 | -92% | -90% | 4.520 | 4.296 | 6.501 | 51% | 44% |
| TJAP | 1.477 | 1.987 | 2.022 | 2% | 37% | 4 | 1 | 10 | 900% | 150% | 1.181 | 1.453 | 1.700 | 17% | 44% |
| TJBA | 29.071 | 29.780 | 32.379 | 9% | 11% | 4 | 8 | 33 | 313% | 725% | 3.263 | 3.208 | 4.183 | 30% | 28% |
| TJCE | 40.295 | 18.587 | 41.523 | 123% | 3% | 22 | 7 | 46 | 557% | 109% | 7.771 | 7.878 | 12.372 | 57% | 59% |
| TJDF | 14.995 | 15.409 | 15.624 | 1% | 4% | 15 | 81 | 115 | 42% | 667% | 6.747 | 11.636 | 10.164 | -13% | 51% |
| TJES | 9.508 | 28.560 | 28.699 | 0% | 202% | 29 | 47 | 32 | -32% | 10% | 6.686 | 8.592 | 10.828 | 26% | 62% |
| TJGO | 38.191 | 55.454 | 64.921 | 17% | 70% | 325 | 311 | 286 | -8% | -12% | 2.811 | 13.118 | 14.092 | 7% | 401% |
| TJMA | 21.967 | 24.882 | 27.190 | 9% | 24% | 15 | 23 | 33 | 43% | 120% | 5.933 | 6.266 | 9.662 | 54% | 63% |
| TJMG | 90.473 | 98.004 | 95.583 | -2% | 6% | 1.504 | 1.456 | 1.534 | 5% | 2% | 22.419 | 27.030 | 27.681 | 2% | 23% |
| TJMS | 23.910 | 26.010 | 30.582 | 18% | 28% | 20 | 60 | 103 | 72% | 415% | 7.152 | 8.489 | 8.896 | 5% | 24% |
| TJMT | 26.242 | 38.432 | 37.288 | -3% | 42% | 69 | 262 | 307 | 17% | 345% | 7.680 | 8.603 | 8.172 | -5% | 6% |
| TJPA | 34.235 | 27.886 | 23.853 | -14% | -30% | 43 | 76 | 80 | 5% | 86% | 3.113 | 3.601 | 4.203 | 17% | 35% |
| TJPB | 11.200 | 7.649 | 9.785 | 28% | -13% | 41 | 10 | 43 | 330% | 5% | 1.918 | 1.354 | 2.003 | 48% | 4% |
| TJPE | 49.283 | 47.311 | 45.862 | -3% | -7% | 41 | 70 | 101 | 44% | 146% | 7.714 | 8.925 | 12.564 | 41% | 63% |
| TJPI | 10.654 | 13.271 | 14.491 | 9% | 36% | 18 | 46 | 63 | 37% | 250% | 1.855 | 2.691 | 3.502 | 30% | 89% |
| TJPR | 49.794 | 41.856 | 58.200 | 39% | 17% | 21 | 200 | 298 | 49% | 1319% | 17.964 | 12.215 | 25.082 | 105% | 40% |
| TJRJ | 101.839 | 98.354 | 100.312 | -29% | -1% | 63 | 128 | 82 | 88% | 30% | 16.865 | 25.358 | 26.767 | 6% | 59% |
| TJRN | 9.209 | 9.932 | 11.261 | 13% | 22% | 15 | 25 | 32 | 28% | 113% | 1.495 | 1.067 | 2.104 | 97% | 41% |
| TJRO | 6.936 | 8.379 | 10.729 | 28% | 55% | 10 | 52 | 57 | 10% | 470% | 2.303 | 2.155 | 2.982 | 38% | 29% |
| TJRR | 1.680 | 1.871 | 2.081 | 86% | 24% | 5 | 9 | 11 | 22% | 120% | 714 | 925 | 1.147 | 24% | 61% |
| TJRS | 72.912 | 75.839 | 71.723 | -5% | -2% | 395 | 492 | 571 | 16% | 45% | 34.469 | 38.664 | 40.754 | 5% | 18% |
| TJSC | 31.517 | 34.183 | 36.362 | 6% | 15% | 15 | 36 | 64 | 78% | 327% | 6.629 | 7.841 | 9.759 | 24% | 47% |
| TJSE | 5.433 | 6.216 | 4.290 | -31% | -21% | 5 | 23 | 45 | 96% | 800% | 1.123 | 447 | 533 | 19% | -53% |
| TJSP | 172.845 | 201.507 | 207.668 | 3% | 20% | 189 | 232 | 393 | 69% | 108% | 74.895 | 83.255 | 90.092 | 8% | 20% |
| TJTO | 6.512 | 6.025 | 6.354 | 5% | -2% | 13 | 19 | 40 | 111% | 208% | 2.153 | 2.388 | 2.539 | 6% | 18% |
| Total | 892.273 | 946.541 | 1.009.165 | 7% | 13% | 3.339 | 4.209 | 4.461 | 6% | 34% | 249.595 | 291.746 | 339.216 | 16% | 36% |

A Secretaria de Segurança Pública do Tocantins registrou 10 assassinatos de mulheres e mais de 140 estupros nos três primeiros meses de 2018. Para Karol Chaves, que é a advogada da Comissão da Mulher da OAB, os dados podem não refletir a realidade, uma vez que "A gente tem uma falha de dados, porque ainda não foi implantado o sistema nacional de políticas para as mulheres. Então a gente tem aí uma falha de dados, não só na segurança pública, mas também em outras instituições, como Defensoria e Ministério Público" (G1 Tocantins, 2018).

Tocantins registra 10 assassinatos de mulheres e mais de 140 estupros em três meses informação atualizada pelo G1 Tocantins em 11/08/2018 às 08h e 11min. Dados são da Secretaria de Segurança Pública. Especialistas afirmam que a realidade pode ser ainda pior, já que muitos casos não chegam a ser registrados.

A título de exemplo de casos específicos ocorridos no estado do Tocantins:

1) Edilene Oliveira da Silva, de 30 anos, foi encontrada morta depois de seis meses desaparecida. O suspeito do assassinato é o marido dela Aldenir Alves Teixeira o crime ocorreu em Araguaína/TO. O corpo da cabeleireira Edilene Oliveira da Silva foi encontrado em outubro de 2016, enrolado em um colchão dentro de um buraco de aproximadamente 30 centímetros de profundidade.

2) Cirlene Pereira, de 29 anos, foi morta com pelo menos cinco tiros na porta de casa. O ex-companheiro é o principal suspeito. O crime ocorreu em Gurupi no ano de 2018 no Residencial que morava. A Polícia Civil disse que ainda não recebeu a ocorrência. O suspeito do crime ainda não foi encontrado até a data atualizada pelo G1 Tocantins em 05/03/2018 12h07. A vítima trabalhava a alguns meses no Hospital Regional de Gurupi.

3) Juvenia Cunha de Sousa, 36 anos, foi morta a tiros. O ex-marido também é o principal suspeito. Ele morreu no hospital após atirar contra a própria cabeça. O crime aconteceu em um conjunto de kitnets na quadra 804 Sul em Palmas no ano de 2018. Segundo o Corpo de Bombeiros, a mulher foi encontrada sem vida ao lado de José Humberto Nogueira, que apresentava um ferimento na cabeça.

4) Taísa Ribeiro foi morta supostamente por um vizinho que foi acusado de matar jovem em Paraíso e foi condenado por latrocínio, durante as investigações, a Polícia Civil trabalhou com a hipótese de que o crime foi cometido porque o suspeito teria uma paixão não correspondida pela vítima. O crime ocorreu em Paraíso no ano de 2018. O corpo de Taísa Ribeiro foi encontrado após a jovem ficar quase cinco dias desaparecida. Exames feitos pelo IML constataram que ela não apresentava marcas de violência e foi morta por asfixia.

5) Danielle Lustosa foi encontrada morta na própria cama com sinais de estrangulamento. O principal suspeito é o médico Álvaro Ferreira, que era companheiro da vítima. O crime ocorreu na noite de 17 de Dezembro de 2017 em

Palmas e teve grande repercussão. Álvaro Ferreira foi denunciado por autoria de crime com quatro qualificadoras: motivo torpe, emprego da asfixia, uso de recurso que dificultou a defesa da vítima e feminicídio. O motivo torpe consistiu em vingança, pelo fato de Danielle ter denunciado a violação de medida protetiva por parte do ex-companheiro, uma vez que, na data anterior ao assassinato, Álvaro a agrediu e tentou esganá-la. Em razão do fato, o médico foi encaminhado à casa de prisão provisória de Palmas (CPPP), porém foi colocado em liberdade no dia 17 de Dezembro, após audiência de custódia (Conexão Tocantins, 2018).

6) Patrícia Aline dos Santos foi assassinada em 2018. Foi um crime que ganhou grande repercussão. A jovem a jovem foi encontrada morta em um matagal, perto de um shopping, na quadra 107 Norte, em Palmas. Dias antes do crime, ela pediu ajuda para uma amiga pelo WhatsApp, afirmando que o namorado queria matá-la. Segundo o delegado responsável pelo caso, Israel Andrade, o corpo de Patrícia tinha marcas de tiros (G1 Tocantins, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 assegura a todos o direito de igualdade independente de gênero, mas ainda existem pessoas com a cultura machista que não respeita os direitos das mulheres em poder decidi com deseja ficar.

Contudo, é possível concluir através de toda pesquisa trazida no decorrer do trabalho que os índices de violência doméstica são alarmantes em todo Brasil, o Tocantins teve uma queda nesses dados nos anos de 2016 e 2017, devido o Estado não registrar os inúmeros crimes contra mulheres com a qualificadora Feminicídio, deixando registrados como se fosse homicídio comum.

No Brasil, apenas três estados não contabilizam dados de feminicídios no país: Tocantins, Ceará e Rondônia.

Foram citados seis casos reais de feminicídio que ganharam grande repercussão no Tocantins, casos que aconteceu em cidades distintas, Araguaína; Gurupi; Paraíso do Tocantins e Palmas, sendo que um desses, a vítima tinha medida protetiva de urgência em desfavor de seu ex-companheiro que chegou ser preso e liberado após pagamento de fiança, e assim cometeu o crime que resultou na morte da vítima.

Por fim, a pesquisa buscou identificar possíveis falhas na Lei 11.340/2006 como fator que contribui para crescentes índices de homicídios qualificados como feminicídio no Tocantins, levando em consideração que muitos dos homicídios contra as mulheres não chegam a ser registrados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Formas de violência contra a mulher.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/pj-lei-maria-da-penha/formas-de-violencia>. Acesso em: 22/05/2019 às 20h e 58min.

BRASIL. **Código Penal: Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 23 de novembro de 2018 às 16h45min.

BRASIL. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Disponível em:<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11340-7-agosto-2006-545133-norma-actualizada-pl.pdf>>. Acesso em 19 de Novembro de 2018 às 17h20min. n

BRASIL. **LEI Nº 13.641, DE 3 DE ABRIL DE 2018.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm. Acesso em 23 de novembro de 2018 às 15h35min.

BRASIL. G1 Tocantins. **Tocantins registra 10 assassinatos de mulher:** e mais de 140 estupros em três meses. Disponível em: <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2018/08/11/tocantins-registra-10-assassinatos-de-mulheres-e-mais-sode-140-estupros-em-tres-meses.ghtml> > acesso em 29/05/2019 às 16h e 07 min.

BRASIL. G1 Tocantins. **Caso Patrícia:** vídeo mostra jovem entrando em carro com namorado horas antes de ser morta. Disponível em:<<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2018/08/11/caso-patricia-video-mostra-jovem-entrando-em-carro-com-ex-namorado-horas-antes-de-ser-morta.ghtml>> acesso em 30/05/2019 às 17h e 00min.

BRASIL. Conexão Tocantins. **Médico Álvaro Ferreira:** é denunciado pelo feminicídio da professora Danielle Grohs. Disponível em: <<https://conexaoto.com.br/2018/07/23/medico-lvaro-ferreira-e-denunciado-pelo-femicidio-da-professora-danielle-grohs>> acesso em 03/06/2019 às 09h e 20min.

BRASIL. G1 Tocantins. Marido é condenado a mais de 18 anos por matar cabeleireira e esconder corpo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/marido-e-condenado-a-mais-de-18-anos-por-matar-e-esconder-corpo-de-cabeleireira.ghtml>> acesso em 03/06/2019 às 10h e 00 min.

BRASIL. G1 Tocantins. Técnica em radiologia é morta com cinco tiros na porta de casa em Gurupi. Disponível em: <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/mulher-e-assassinada-com-cinco-tiros-na-porta-de-casa-em-gurupi.ghtml>> acesso em 03/06/2019 às 10h e 20 min.

BRASIL. G1 Tocantins. Homem é suspeito de matar mulher e atirar na própria cabeça em kitnet. Disponível em: <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/homem-mata-mulher-e-atira-na-propria-cabeca-em-kitnet.ghtml>> acesso em 03/06/2019 às 11h e 00 min.

BRASIL. G1 Tocantins. Vizinho acusado de matar jovem em Paraíso é condenado por latrocínio. Disponível em: <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/vizinho-acusado-de-matar-jovem-em-paraiso-e-condenado-por-latrocinio.ghtml>> acesso em 03/06/2019 às 11h e 30 min.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cresce número de processos de feminicídio:** e de violência doméstica em 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88539-cresce-numero-de-processos-de-femicidio-e-de-violencia-domestica-em-2018> > acesso em 01/06/2016 às 15h e 11 min.

BRASIL. Central de atendimento a Mulher. **Relatório 2017:** Ligue 180. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/informacao-aocidadao/ouvidoria/RelatrioGeral2017.pdf>> acesso em 03/06/2019 às 11h e 42 min.

CEJUR. **Gênero, sociedade e defesa de direitos:** a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher/ Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Coordenação de Defesa da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos de política criminal e do procedimento penal.** 14. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

Cunha, Rogério Sanches. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo.** 6ª edição: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Moreira, Milene. **Violência doméstica e familiar: a lei Maria da penha e o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana / Milene. Núria Fabris.** Ed. 2011.

SILVA, Viviane Carvalho Flores. **Tipologia dos inquéritos policiais na delegacia especializada de atendimento à mulher (DEAM) de Redenção/Pará.** Universidade Candido Mendes-UCAM. Acesso em 16/05/2019 às 21h e 21 min.

WASELFIZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil.** Disponível em: https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf Acesso em: 03/05/2019 às 17h e 25 min.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM ESTUDO A PARTIR DAS DIMENSÕES DE JÜRGEN HABERMAS E DE CASTANHEIRA NEVES

BRUNO PORANGABA RODRIGUES: Advogado.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

RESUMO^[1]: O presente trabalho tem por objetivo analisar a dignidade da pessoa humana a partir da dimensão intersubjetivo-procedimental, preconizada por Jürgen Habermas, e da dimensão intersubjetivo-axiológica, encampada por Castanheira Neves, com vistas a definir o seu sentido e alcance no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Dimensões. Habermas. Castanheira Neves.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 DIMENSÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; 1.1 Intersubjetivo-procedimental (Jürgen Habermas); 1.2 Intersubjetivo-axiológica (Castanheira Neves); CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é, sem sombra de dúvidas, o vetor axiológico (modelo de valor) que orienta a ordem jurídica brasileira, nas perspectivas científica, filosófica e prática. A sua importância é tamanha que o poder constituinte originário^[2] a colocou como fundamento da República, conforme se verifica do artigo 1º, III, da CRFB/88.

Essa escolha legislativa reflete em todo o sistema jurídico, impondo aos seus intérpretes o dever de adotar a dignidade da pessoa humana como ponto de partida.

Para melhor explicá-la, todavia, é preciso compreender o seu suporte teórico, as suas influências científicas e transformações históricas, considerando-se que determinado conceito não é simplesmente brotado, mas desenvolvido ao longo do tempo.

No mesmo sentido, Bernard Edelman, filósofo e jurista francês, destaca que, seja qual for o conceito, não se pode esquecer que ele possui uma história, a qual necessita de ser retomada e reconstruída, a fim de que se possa percorrer a evolução da simples palavra para o conceito e, então, apreender o seu sentido[3].

Diante disso, apresenta-se como relevante expor alguns paradigmas teórico-filosóficos sobre o tema, inspiração que surgiu a partir dos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet[4].

Sob essa perspectiva, merece destaque o posicionamento do citado autor com o qual se concorda, no sentido de que[5]:

[...] a eleição aqui efetuada no que diz com as diversas dimensões da dignidade não afasta evidentemente outras visões sobre o tema, além de com estas não ser necessariamente incompatível, importa, acima de tudo, apontar alguns aspectos que julgamos dignos de nota e que têm sido, em maior ou menor escala, intensamente debatidos também no âmbito do Direito e da Filosofia. De modo particular, constitui o intuito do ensaio, demonstrar a necessidade e utilidade deste debate para uma compreensão adequada da dignidade da pessoa humana pela e para a ordem jurídica, aparelhando-a com alguns critérios materiais, para viabilizar uma legítima e eficaz proteção da dignidade de todas as pessoas, sem que se vá aqui adentrar a seara (também) altamente controversa dos diversos problemas vinculados à sua concretização, notadamente na sua em geral umbilical — embora sempre variável — conexão com os direitos fundamentais.

Feitas tais considerações acerca do panorama envolvendo a dignidade da pessoa humana, passa-se à análise das suas dimensões, a partir das visões de Jürgen Habermas e Castanheira Neves.

1 DIMENSÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1 Intersubjetivo-procedimental (Jürgen Habermas)

Jürgen Habermas, em sua obra *Die Zukunft der menschlichen Natur: Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* (O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?)^[6], destina um tópico específico para tratar da dignidade humana *versus* dignidade da vida humana, cuja abordagem será feita daqui em diante.

Habermas considera, inicialmente, o debate filosófico ao redor da aceitação do uso de embriões exclusivamente para pesquisa e do DGPI (diagnóstico genético de pré-implantação) presente na discussão sobre o aborto, o qual passou a ser regulamentado pelo ordenamento jurídico alemão, dispondo que não há pena a ser cumprida, em caso de interrupção da gravidez até a 12^a semana, mesmo que se esteja diante de um ato ilegal^[7]. À semelhança da brasileira, destaca que a ordem jurídica alemã autoriza o aborto quando houver risco para a gestante fundado em indicação médica^[8].

Mais adiante, o autor sublinha que, “enquanto esse conflito determina a discussão atual, a polarização entre os partidários “Pro Life” e aqueles “Pro Choice” dirige a atenção para o *status* moral da vida humana daquele que ainda não nasceu”^[9]. Em referência a Dworkin, acrescenta que os debates sobre o aborto permitiram extrair o ensinamento de que restou fracassada toda e qualquer tentativa de se obter uma descrição seja neutra do ponto de vista ideológico, isto é, sem prejulgamentos, do *status* moral da vida humana prematura, que seja receptível pelos cidadãos de uma sociedade secular^[10]. Explora o tema e conclui que^[11]:

Um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um “amontoado de células” e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete a dignidade humana no sentido estritamente moral. O outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo essa concepção, todo exemplar *biologicamente determinável* da espécie deve ser considerado como uma pessoa em potencial e como um portador de direitos fundamentais. Ambos os lados parecem não se dar conta de que algo pode ser considerado como

“indisponível”, ainda que não receba o *status* de um sujeito de direitos, que, nos termos da constituição, é portador de direitos fundamentais inalienáveis. “Indisponível” não é apenas que a dignidade humana tem. Nossa disponibilidade pode ser privada de alguma coisa por bons motivos morais, sem por isso ser “intangível” no sentido de direitos fundamentais em vigor de forma irrestrita e absoluta (que são direitos constitutivos da “dignidade humana”, conforme o artigo 1º da Constituição).

Habermas assevera, ainda, que, caso o debate acerca da atribuição da “dignidade humana”, assegurada pela Constituição, tivesse de ser decidida com base em razões morais imperativas, as questões da técnica genética, ainda que tenham embasamento antropológico profundo, não ultrapassariam campo das questões morais comuns[12].

Nota-se, com isso, que o filósofo alemão adverte para a necessidade de os intérpretes da norma afastarem a dignidade humana dos seus juízos morais, uma vez que tais discussões seriam válidas exclusivamente no âmbito da política. Na mesma linha de raciocínio, leciona Ingo Sarlet que Habermas parece sustentar que não caberia, “em princípio, aos juízes ingressar na esfera do conteúdo ético da dignidade, relegando tal tarefa ao debate público que se processa notadamente na esfera parlamentar”[13].

Via de consequência, observa-se a visão procedimentalista de Habermas. Tal corrente, como bem esclarece Danielle Espinoza, se opõe, simultaneamente, ao intervencionismo constitucional na regulamentação dos diversos âmbitos da vida comunitária e à atuação jurisdicional interventiva, por entender que este comportamento afasta a sociedade e o Estado do campo adequado para a tomada destas decisões, ou seja, o espaço político[14].

Considerando que pela visão procedimentalista, nos dizeres de Geovane Peixoto, a tarefa da jurisdição constitucional não pode ir tão longe de forma a ameaçar a própria legitimidade democrática do direito, bem como que o seu controle deve estar restrito à garantia dos procedimentos democráticos e dos direitos fundamentais a eles diretamente relacionados[15], entende-se que tal concepção se afasta das finalidades constantes da CRFB/88, sobretudo em razão de

a Carta Magna brasileira conter diversas normas programáticas. Nesse sentido, o Marcelo Neves disserta que[16]:

Os bloqueios à concretização normativa da Constituição atingem os procedimentos típicos do Estado Democrático de Direito: o eleitoral, mobilizador das mais diversas forças políticas em luta pelo poder; o legislativo-parlamentar, construído pela discussão livre entre oposição e situação; o jurisdicional, baseado no *due process of law*; o político-administrativo, orientado por critérios de constitucionalidade e legalidade. Assim sendo, não se pode falar em uma esfera pública pluralista construída com base na intermediação de dissenso conteudístico e consenso procedimental. O Estado Democrático de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores. A concretização constitucional deles é imprescindível, mas depende de um conjunto de variáveis complexas, sobretudo de fatores socioeconômicos e culturais que possam viabilizar a desprivatização do Estado e a superação das relações de subintegração e sobreintegração. Impõe-se assim enfrentar consequentemente a conexão paradoxal de legalismo e impunidade, no sentido da construção de um espaço público de legalidade e constitucionalidade, como também na perspectiva da generalização da cidadania.

Afastando-se de tais influências morais, Habermas delimita a dignidade humana, a qual, no sentido moral e jurídico, se associa com a simetria das relações, ressaltando-se que não se trata de uma propriedade pela qual se pode “possuir” por natureza – a exemplo da inteligência ou olhos azuis; em verdade, a dignidade humana registra a “intangibilidade” que somente pode ter um significado nas relações interpessoais de reconhecimento mútuo e no relacionamento isonômico entre os seres humanos[17].

Finalmente, ao reafirmar a sua concepção intersubjetiva de dignidade humana, Habermas esclarece que a subjetividade, que é o que faz do corpo humano um recipiente animado da alma, forma-se com base nas relações intersubjetivas, de

tal modo que o “individual” surge apenas com o “apoio social da exteriorização” e também só pode permanecer na rede de relações intactas de reconhecimento[18].

Em suma, essa é a dimensão da dignidade humana intersubjetivo-procedimental de Habermas.

1.2 Intersubjetivo-axiológica (Castanheira Neves)

António Castanheira Neves, em sua obra “Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros”[19], destina um tópico para tratar das coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito (ou condições da emergência do direito como direito), por meio do qual se extrai o seu posicionamento sobre a dignidade humana, pautada numa perspectiva intersubjetivo-axiológica.

De início, Castanheira Neves, levando em consideração a condição antropológico-existencial do homem, pressupõe que “o homem habita e comunga o mundo numa concição social, mas habita-o nessa condição *como homem*”[20]. Nesse sentido, destaca que, na relação homem-comunidade, “o homem não existe só: e isto não apenas no sentido de que, vivendo numa pluralidade, não *está só*, mas essencialmente no sentido de que, sendo a sua uma existência comunitária, ele não *é só*”[21]. Portanto, seja no sentido dialético (dialógica relação “eu-tu” que não supera, mas preserva a autonomia dos seres individuais), seja como categorial social (o homem em função social), o “ser com os outros”, na visão do autor, se manifesta materialmente sempre em função comunitária, sempre em referência a uma concreta comunidade[22].

Registre-se, por oportuno, que não importa se na condição de existência, na condição vital ou na condição ontológica, a comunidade (ou socialização nos seus diversos graus), para Castanheira Neves, é entendida apenas como um termo de uma dialética que reconhece a autonomia da pessoa, isto é, o “eu pessoal” *versus* “eu social”; a subjetividade transcendentemente constituinte *versus* objetivação histórico-socialmente constituída[23].

Em seguida, ao discutir o problema da integração nas sociedades, Castanheira Neves confirma a sua visão intersubjetiva, ao indicar a presença de comunidades de homens que coabitam uns com os outros como seres de um

“transcender aberto e que nessa sua aberta coexistência simultaneamente tanto constituem uma sociedade em que convergem e comungam como assumem uma personalidade em que se diferenciam e se dispersam”.^[24] Prossegue afirmando que^[25]:

A coexistência comunitária – a vida humana “em sociedade” –, nem é constituída, por um lado, pela mera soma fortuita ou o mero encontro de indivíduos ou de grupos que permaneçam entre si apenas como tais – apenas como indivíduos, ou lado a lado, e assim essencialmente separados e solitários –; nem menos ela se vê, por outro lado, anulada pela perfeita homogeneidade colectiva que se traduza numa totalitária assimilação dos seus membros pelo lodo comunitário ou sem que a estes corresponda uma específica *autonomia* (até como condição para que eles se reconheçam como membros da colectividade enquanto *socii* e não apenas como disponíveis objectos dela). A coexistência comunitária é, pois, aquela realidade de convivência humana que se negará, no que tem de próprio, quer no extremo do individualismo anárquico – que só conhece seres isolados, na estreita e exclusiva individualidade –, quer no extremo oposto do colectivismo massivo – que só conhece, por sua vez, o ser colectivo, na sua absoluta e alienante heteronomia. No primeiro caso não temos coexistência *comunitária* (humana sociedade), porque só o ser colectivo do grupo encontra afirmação. **Uma verdadeira coexistência comunitária só se realizará, pois, onde se verifique uma comunidade de convivência entre pessoas, que se reconhecem**, não obstante essa comunidade, relativamente autônomas – pessoas que participam nessa comunidade sem se esgotarem nessa participação. (sem grifos no original)

Além da relação do homem com a comunidade (intersubjetivismo), Castanheira Neves identifica o homem como sendo um sujeito ético. Assim, o direito manifesta-se quando os homens reconhecem-se reciprocamente, não somente como objetos (independentemente de se tratar de uma determinação

puramente material ou simplesmente instrumental), mas também como sujeitos (numa acepção ético-pessoal)[26]. Surgem, com isso, os postulados da indisponibilidade axiológica de uns pelos outros e as exigências normativas de uns aos outros, através das quais os homens se reconhecem, nesta ordem, como sujeitos de direito e como sujeitos de direitos, ou seja, os homens se reconhecem não apenas como destinatários, mas também como sujeitos-titulares do próprio direito[27].

Fato é que o homem como sujeito ético é visto, por Castanheira Neves, através de duas facetas: a liberdade e a pessoa. E é justamente a conjugação destes dois vetores que permite compreender a visão do autor sobre a dignidade humana.

Através da primeira faceta, Castanheira Neves afasta, de plano, o problema filosófico-metafísico e a polêmica indeterminismo-determinismo, para considerar a liberdade como condição transcendental da normatividade, já que esta não é concebível sem o pressuposto da liberdade (uma vez que o “dever”, sem o “poder”, não tem sentido), além de ser, da mesma forma, categoria da compreensão antropológico-existencial do homem[28].

Em relação à segunda característica do homem como sujeito ético – pessoa –, Castanheira Neves esclarece que[29]:

para acedermos da individualidade à pessoa temos de passar do plano simplesmente antropológico para o mundo da coexistência ética, pois a pessoa não é uma categoria ontológica, é uma categoria ética – numa outra palavra, a primeira é uma *entidade antropológica*, a segunda é uma *aquisição axiológica*. A pessoa só existe num mundo que se constitua como mundo de pessoas – ou seja, pelo seu reconhecimento como tal na coexistência.

Posteriormente, o filósofo português faz referências a Kant para afirmar que a coisa se diferencia da pessoa na sua essência, já que a esta é atribuída dignidade (não instrumentalidade ou preço)[30]. Assim, a dignidade, no entender de Castanheira Neves, não se trata de categoria ontológica, mas sim axiológica, por meio da qual “não se infere de qualquer caracterizadora especificação humana,

apenas emerge e é susceptível de afirmar-se pelo *respeito* (para dizermos com KANT) ou pelo *reconhecimento* (para dizermos com HEGEL)"[31].

Confirmando a sua visão axiológica de dignidade humana, Castanheira Neves assevera que ao reconhecerem os outros como pessoas, os seres humanos imputam-lhes um valor, sendo que, a esse ato de reconhecimento, aplicado inicialmente a todo ser humano e que lhe confere a qualidade de pessoa, Kant denomina de respeito[32].

É válido ressaltar, ademais, que, no entender de Castanheira Neves, este reconhecimento necessariamente haverá de ser recíproco, ou seja, "os outros só me podem reconhecer como pessoa se eu os reconhecer também a eles como pessoas"[33]. Exemplificando, o autor demonstra que o "reconhecimento" que o escravo, tratado como animal ou coisa, tem do senhor é ato de simples obediência, de modo que o "senhor" encontra nesse reconhecimento apenas uma expressão do seu próprio domínio material sobre o escravo[34]. Conclui afirmando que o ato de reconhecimento é, portanto, um diálogo ético (de pessoas), através do qual se manifesta "a transcensão humana, não apenas como racionalidade, mas como espiritualidade (ético-axiológica)".[35]

Em síntese, esses são os ensinamentos de Castanheira Neves sobre a dignidade humana, consubstanciada numa dimensão intersubjetivo-axiológica.

CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana, ponto de partida na atividade interpretativa, constitui orientação valorativa que repercute nos campos científico, filosófico e prático da ordem jurídica brasileira, razão pela qual as dimensões apresentadas revestem-se de grande importância para definir o sentido e o alcance da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, pode-se dizer que as reflexões tecidas oportunizaram a obtenção de dois desfechos principais, quais sejam:

a) A dimensão intersubjetivo-procedimental da dignidade humana, preconizada por Jürgen Habermas, é fruto da existência de relações interpessoais e impede que o Judiciário se imiscua no conteúdo ética da dignidade humana;

b) A dimensão intersubjetivo-axiológica da dignidade humana, pertencente a Castanheira Neves, compreende o homem como um sujeito ético, sendo tal reconhecimento, necessariamente, recíproco, constituindo barreira para a instrumentalização ou coisificação do indivíduo.

REFERÊNCIAS

EDELMAN, Bernard. **La dignité de la personne humaine, un concept nouveau.** Recueil Dalloz, v. 23, p. 185-188, 1997. *In*: M.-L Pavia et T. Revett (Dir), **La dignité de la personne**, p. 25 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4ª ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada.** Maceió: EDUFAL, 2009, p.111 *apud* PEIXOTO, Geovane de Mori. **A defesa dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional.** Dissertação (Dissertação em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução por Karina Jannini; revisão da tradução por Eurides Avance de Souza. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

NEVES, Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições de emergência do direito como direito.** *In*: Digesta III, por Castanheira Neves, 9-41. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** Revista brasileira de direito constitucional, v. 9, n. 1, p. 361-388, 2007.

[1] O presente trabalho constitui um recorte, com modificações pontuais, da monografia do autor, cuja íntegra pode ser acessada pelo repositório institucional

da Universidade Federal da Bahia, através do seguinte link:
<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28246>.

[2] Poder Constituinte Originário, de uma maneira simples, significa o encargo conferido a determinados representantes do povo para a elaboração de uma nova Constituição.

[3] EDELMAN, Bernard. **La dignité de la personne humaine, un concept nouveau**. Recueil Dalloz, v. 23, p. 185-188, 1997. *In*: M.-L Pavia et T. Revett (Dir), **La dignité de la personne**, p. 25 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 29.

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. Revista brasileira de direito constitucional, v. 9, n. 1, p. 361-388, 2007.

[5] *Idem*. *Ibidem*, pp. 03-04.

[6] HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução por Karina Jannini; revisão da tradução por Eurides Avance de Souza. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

[7] *Idem*. *Ibidem*, pp. 41-42.

[8] *Idem*. *Ibidem*, pp. 41-42.

[9] *Idem*. *Ibidem*, p. 42.

[10] *Idem*. *Ibidem*, p. 44.

[11] *Idem*. *Ibidem*, p. 44.

[12] *Idem*. *Ibidem*, pp. 44-45.

[13] *Op. cit.*, p. 05.

[14] ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada**. Maceió: EDUFAL, 2009, p.111 *apud* PEIXOTO, Geovane de Mori. **A defesa dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional**. Dissertação (Dissertação em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 2012, p. 198.

[15] Idem. Ibidem, p. 198.

[16] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 257-258.

[17] Op. cit., p. 47.

[18] Idem. Ibidem, p. 47.

[19] NEVES, Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições de emergência do direito como direito**. *In*: Digesta III, por Castanheira Neves, 9-41. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

[20] Idem. Ibidem, p. 16.

[21] Idem. Ibidem, p. 19.

[22] Idem. Ibidem, p. 20.

[23] Idem. Ibidem, p. 24.

[24] Idem. Ibidem, p. 27.

[25] Idem. Ibidem, p. 27.

[26] Idem. Ibidem, pp. 31-32.

[27] Idem. Ibidem, p. 32.

[28] Idem. Ibidem, p. 32.

[29] Idem. Ibidem, pp. 33-34.

[30] Idem. Ibidem, p. 34.

[31] Idem. Ibidem, p. 34.

[32] Idem. Ibidem, p. 35.

[33] Idem. Ibidem, pp. 35-36.

[34] Idem. Ibidem, p. 36.

[35] Idem. Ibidem, p. 36.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA CONTEMPORANEIDADE

FERNANDA BRITO DIAMANTINO MIRANDA:

Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

RAMILLA MARIANE SILVA CAVALCANTE^[1]

(Orientadora)

Resumo: Este trabalho tem a finalidade de investigar se a tutela da dignidade da pessoa humana e do direito da personalidade alcançariam o direito ao esquecimento mediante o acesso à informação na contemporaneidade. Para compreensão da temática, fez-se um panorama conceitual e histórico, seguidos do entendimento acerca dos Direitos Humanos, e dos embasamentos legais e jurídicos. A metodologia adotada para desenvolver o campo epistemológico foi através da revisão bibliográfica das obras, legislações e doutrinas, para posteriormente fazer a análise dos dados alcançados mediante uma abordagem qualitativa. Por fim, entendermos que o direito do esquecimento deve ser propagado a toda a sociedade, visto que ainda existem cidadãos que desconhecem os seus direitos legais e estão sendo expostas pelas redes sociais e demais mídias existentes a todo instante no Brasil.

Palavras-chave: Direito do Esquecimento. Tecnologia. Dignidade.

Abstract: This work has the purpose of investigating whether the protection of the dignity of the human person and the right of personality would achieve the right to forgetfulness through access to information in the contemporary world. In order to understand the theme, a conceptual and historical panorama was followed, followed by an understanding of Human Rights, and legal and juridical foundations. The methodology adopted to develop the epistemological field was through the bibliographical revision of works, legislation and doctrines, to later analyze the data obtained through a qualitative approach. Finally, we understand that the right of forgetting must be propagated throughout society, since there are still citizens who are unaware of their legal rights and are being exposed by social networks and other media that exist at all times in Brazil.

Keywords: Right of Oblivion. Technology. Dignity.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como desígnio incentivar a reflexão mediante a discussão sobre o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro na contemporaneidade.

Torna-se imprescindível nos dias atuais debater essa temática diante das significativas inovações tecnológicas que interferiram no processo comunicacional, nas tomadas de decisão, bem como, no acesso à informação advindas da ascensão da internet.

A evolução tecnológica trouxe em sua aplicabilidade significativas mudanças principalmente, na universalização da comunicação entre os indivíduos, porém, dizimando uma grande circulação de informações e dados pessoais, que colaboram para a excessiva exposição e ameaças a alguns direitos.

Ademais, ressalta-se que um dos pilares do Estado Democrático do Direito encontra-se consubstanciado no direito à informação como forma de exercício da liberdade de expressão, contudo, se faz necessário respondermos ao problema dessa pesquisa: em que medida o direito ao esquecimento pode ser aplicado diante da circulação e o acesso desenfreado sobre a vida pública e privada do sujeito na contemporaneidade?

A elencada pergunta foi a base para buscarmos os resultados dessa pesquisa, visto a necessidade de analisar as medidas cabíveis quando informações incontroláveis em frações de segundo difamam a personalidade do sujeito em sua vida pública ou privada.

O objetivo geral desse trabalho visa investigar se a tutela da dignidade da pessoa humana e do direito da personalidade alcançariam o direito ao esquecimento mediante o acesso à informação na contemporaneidade. Para chegar ao objetivo proposto, destacou-se alguns objetivos específicos a serem tratados neste trabalho:

- Descrever a historicidade dos direitos humanos no Brasil;

- Contextualizar o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais;
- Evidenciar a existência de violação ao direito de ser esquecido e suas repercussões com acesso à informação;
- Discorrer os dispositivos da Constituição Federal de 1988 em relação com o direito de ser esquecido.

Sendo assim, a metodologia desse artigo encontra-se pautada em uma revisão bibliográfica das obras, legislações, doutrinas para validação epistemológica do objeto de estudo para análise dos dados alcançados mediante uma abordagem qualitativa.

A organicidade das seções colabora para a compreensão do objeto de estudo ao realizar um arcabouço histórico sobre o direito ao esquecimento fazendo uma interface com os direitos humanos, a Constituição Federal de 1998, e as novas tecnologias nos limites da vida pública e privada.

A relevância de estudo do tema proposto apresenta aspectos sociais, científicos e acadêmicos, tanto por ser foco de conflito entre princípios fundamentais, quanto pela polêmica que vem adquirindo em âmbito contemporâneo.

2 CONCEITUANDO: DIREITO AO ESQUECIMENTO

No Brasil, o direito ao esquecimento possui assento constitucional e legal, considerando que é uma consequência do direito à vida privada (privacidade), intimidade e honra, assegurados pela CF/88 (art. 5º, X) e pelo CC/02 (art. 21).

Alguns autores também afirmam que o direito ao esquecimento é uma decorrência da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).

O direito ao esquecimento é a forma que salvaguarda a pessoa humana, ao legitimar aos indivíduos a proteção da divulgação de fatos ou informações passadas que não devem ser lembradas e que causam desconfortos na sua forma individualizada ou coletiva.

A discussão quanto ao direito ao esquecimento envolve o conflito aparente entre a liberdade de expressão/informação e atributos individuais da pessoa humana, como a intimidade, privacidade e honra.

Trata-se de um desdobramento acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, correlacionado com a inviolabilidade da vida privada ou pública no sentido da proteção à privacidade.

A compreensão do direito ao esquecimento aponta para a conscientização acerca de um instrumento que visa a proteção da dignidade humana ao potencializar a capacidade dos indivíduos em relação a circulação de informações pessoais, em face ao aprimoramento tecnológico. O direito ao esquecimento refere-se à nomenclatura que acabou se consolidando no Brasil para referenciar o respectivo direito através de jurisprudência.

Esse direito garante para o indivíduo que as suas lembranças que criaram situações constrangedoras ou vexatórias, ainda que sejam verídicas em face às inúmeras situações concretas não causem danos a sua imagem enquanto cidadão. Visto que essas exposições surgem através da tecnologia, ficando algumas situações visíveis do passado para o conhecimento de todos da sociedade.

Outro ponto salutar refere-se que ao sistema processual jurídico, que também foi automatizado com as novas tecnologias, assim, todos os fatos podem ser acessados universalmente a qualquer tempo.

O direito ao esquecimento emerge com a intencionalidade de repensar a liberdade civil dos direitos humanos e fundamentais concebidos pela proteção jurídica que organiza e legitima o Estado Democrático do Direito.

Vive-se em uma sociedade guiada pelo significativo avanço tecnológico, o que nos impõe a pensar em novas formas de aplicação do Direito.

Os sujeitos buscam incessantemente operacionalizar virtualmente para uma série de atribuições: relacionamento, trabalho, compras, liberdade de expressão, criticidade, e inúmeras discussões. O universo tecnológico é um mundo onde todos expõem seus direitos e obrigações.

Só esquecem que nesse panorama os dados e informações pessoais estão expostos, e deixam de ser protegidos pelo próprio indivíduo quando esquece de retirar dos sítios digitais.

O Direito ao Esquecimento é um direito que todos possuem de limitar que seu passado seja divulgado de alguma forma expositiva para o público em geral. Podendo ser conceituado como a capacidade jurídica que a pessoa possui de postular a retirada de informações pessoais constrangedoras ou comprometedoras da rede social, ou seja, do ambiente virtual.

O poder de o indivíduo interferir quanto à divulgação de fatos e dados pretéritos a seu respeito, especialmente quando estes forem irrelevantes sob o viés do interesse público, é, portanto, o cerne do direito ao esquecimento e, como se pretende demonstrar, afigura-se essencial ao pleno exercício da personalidade em uma sociedade caracterizada pelo denominado "superinformacionismo" (RULLI JÚNIOR e RULLI NETO, 2012).

Surge das garantias fundamentais entre o direito à informação e o direito à privacidade, à honra, à imagem e à intimidade, no entanto de forma relativa ou limitada, em virtude de uma problemática que decorre da velocidade de transmissão e permanência de informações na sociedade.

Portanto, é certo que a delimitação dos aspectos objetivos e subjetivos do direito ao esquecimento, bem como, a possibilidade de sua integração, aplicação e reconhecimento, é uma exigência que se impõe como requisito para a segurança jurídica dos sujeitos envolvidos.

A Internet produz a forma mais fácil de atingir o mundo, mediante um baixo investimento, para um grande número de pessoas em diversos locais, e, através de vários meios com rapidez ao acesso à informação.

Desta forma, cria-se uma relação mais direta e de forma mais intensa com tudo, dando a facilidade de se consumir, produzir e transmitir informações.

Uma vez que, o direito de informação é um processo de fortalecimento do exercício da democracia, do desenvolvimento social e a liberdade de expressão e de informação são uma das fundamentais características de uma sociedade democrática, temos por outro turno os direitos de personalidade, os quais derivam

da dignidade da pessoa humana e tutelam os valores mais significativos do indivíduo.

Nesse sentido, para compreendermos toda notoriedade da contemporaneidade com o advento da tecnologia, far-se-á necessário uma retrospectiva desse direito ao esquecimento no Brasil, para doravante na seção seguinte mencionar os Direitos Humanos, para que, paulatinamente, possamos conhecer os aspectos legais do passado e traçar uma comparação com os dias atuais.

2.1 A Historicidade do Direito ao Esquecimento no Brasil

Apesar da pouca discussão inerente ao assunto, o direito ao esquecimento já existe e encontra-se presente na nossa história. Apesar de ter sido reconhecido de forma oficial há pouco tempo no Brasil, o embate sobre o mesmo já foi pauta de inúmeras discussões na Europa e nos EUA há anos.

Os primeiros aportes sobre a sua história discorrem que inúmeros casos emblemáticos ocorridos na Europa foram os responsáveis por essa discussão, quando Wolfgang Werlé e Manfred Lauber foram condenados por um homicídio ocorrido na década de 90 com grande repercussão na mídia, sendo que decorrido vinte anos da condenação, Werlé solicitou ao Tribunal de Hamburgo o direito de suprimir com todas as informações que continham o seu nome. O seu pedido foi consubstanciado em face de uma decisão ocorrida em 1973 pelo Tribunal Constitucional Alemão (ALEMANHA, 2008).

O Direito ao Esquecimento consiste no direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, seja por televisão, jornais, revistas ou internet (meio em que residem os maiores casos), tendo em vista que a exposição de tal fato, possa vir a acarretar, à vida pessoal do envolvido, sofrimento, preocupações, ou outros problemas (WOHJAN e WISNIEWSKI, 2015).

Sobrepujando a história do direito ao esquecimento no Brasil, de acordo com Ruaro e Machado (2017, p. 213) destacam-se dois casos paradigmáticos: o Caso da

“chacina da candelária” e o Caso “Aída Curi”, ambos apreciados pelo STJ, nos quais fora invocado o direito ao esquecimento.

Como supracitado pelos autores, o que chamamos de direito ao esquecimento no Brasil, surgiu mediante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2013, especificamente, através da sessão efetivada no dia 28 de maio do respectivo ano, quando a Quarta Turma do STJ apreciou o REsp 1335153/RJ, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 10 de setembro de 2013, relativo a um célebre caso criminal da segunda metade do século XX, que envolveu a senhora Aída Curi, e o REsp 1334097/RJ, estampado no mesmo Diário de Justiça eletrônico, que teve como subjacente outro caso de Direito Penal, desta vez sobre a tristemente célebre chacina da Candelária. O ministro Luís Felipe Salomão foi o relator dos dois acórdãos. No primeiro (REsp 1335153/RJ), divergiram os ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi, no entendimento que a ausência de autorização dos irmãos, prevista no art. 20 do Código Civil, onde legitima a carência de notoriedade da vítima, autorizavam o acolhimento do pleito indenizatório com a aplicação, inclusive, da Súmula 402 do próprio STJ. Dessa forma, prevaleceu-se a possibilidade de nova divulgação dos fatos, sem necessidade de anuência de interessados. ao passo em que, no segundo momento, a votação foi unânime^[2].

A época as ponderações do Supremo Tribunal de Justiça legitimaram a favor do direito ao esquecimento que foram preconizadas em:

- Compromisso ético com a informação verossímil;
- Preservação dos direitos da personalidade, mitigados quando se tratar de pessoas notórias;
- Vedação à crítica com o intuito difamatório deliberado;
- Contemporaneidade da notícia.

Todavia, existem alguns argumentos contraditórios do respectivo direito que foram levados ao STJ, pontuados conforme Bucar (2013, p. 04):

- A violação à liberdade de expressão;
- A possibilidade de perda da história;
- A privacidade como censura dos tempos atuais;

- O privilégio da memória individual em detrimento daquela da sociedade;
- A ausência de registro sobre crimes perversos;
- A inexistência de ilicitude no ato;
- A preservação do interesse coletivo;
- A extinção de programa policial.

De acordo com Rodrigues Junior (2013), toda e “qualquer informação prestada aqui no Brasil, não tem nenhum tipo de censura, ou seja, demonstrando que a liberdade de expressão, de imprensa é tão importante quanto o da honra e intimidade”.

O fato é que ambos são direitos fundamentais os quais a Constituição Brasileira confere proteção (C.F, art. 5º, IX, X).

Doravante, no Brasil ainda surgem inúmeras críticas referente a eficiência da justiça interligada ao direito do esquecimento

Percebe-se que ainda são recentes as discussões sobre o direito ao esquecimento no Brasil, devido a contradição de informações pelo próprio STJ.

3 OS DIREITOS HUMANOS

Após conhecermos sobre o direito ao esquecimento, se faz essencial discorrermos sobre Direitos Humanos, visto que, a primeira ideia que vem na mente de muitos cidadãos, é a concepção de algo que se encontra interligada em defender sujeitos marginalizados.

Todavia o campo epistemológico apresenta a definição de Direitos Humanos como uma ideia unificada e importante para todos nós no sentido da vida, de onde pertencemos, de quesitos legais e jurídicos, fundando-se no resguardo para as garantias da vida humana e para a tutela da sua própria dignidade. Ademais, trata-se do poderio em que todo sujeito garante pela sua existência, sendo elencados como direito à alimentação, vida, família, educação, liberdade, religião, trabalho, orientação sexual, independentemente de suas escolhas, credo, raça, nacionalidade.

A questão está intrinsicamente ligada aos valores construídos com o passar dos tempos, sejam eles em face a história, correntes de pensamento, filosóficos ou jurídicos.

Para a contextualização das narrativas iniciais sobre os Direitos Humanos se faz necessário conhecermos de onde surgiu esse embate, assim, a história nos norteia que os gregos foram os percussores desse diálogo sobre a dignidade humana, tendo como iniciadores desse processo: Platão e Aristóteles.

Seguidamente surgiram outros filósofos que contribuíram significativamente para a construção filosófica desses conceitos, a exemplo dos Estóicos e de Cícero (SIQUEIRA e PICCIRILLO, 2009).

Ressaltando a vertente que temos nos dias atuais em referência a dignidade foi consubstanciada mediante as ideias de Platão, ao reconhecer o caráter distintivo do ser humano em relação a racionalidade e a dimensão divina, o que diferencia o homem dos demais seres vivos.

Entretanto Barroso (2014, p. 16) discorre que foi Cícero “o primeiro autor” a utilizar a expressão dignidade humana de forma associada à razão e à “capacidade de tomar livremente decisões morais”.

Dentre os filósofos que tratam do conceito de dignidade, já na Idade Moderna, destaca-se Immanuel Kant, conforme afirmado por Ribeiro Neto (2013, p. 35):

Após uma longa influência teológica no pensamento filosófico, Kant desenvolveu postulados que conferem à dignidade há um status moral. Em outras palavras, a condição humana “gera um dever de tratar o ser humano com consideração e, ao mesmo tempo, de reconhecer que a condição de nenhum sujeito é intrinsecamente superior à de outro sujeito.

Nessa tratativa, chegamos no dia 26 de agosto de 1789, data que marca a Declaração de Direitos fundamentais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual foi apresentada pela universalidade dos direitos consagrados, e que

“[...] afirma solenemente que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida à separação dos poderes não tem Constituição” (SIQUEIRA e PICCIRILLO, 2009).

Os Direitos Humanos são proveitos da grande evolução histórica e social ocorrida com o passar dos tempos e que levou a sua ordenação na conjuntura recente.

Ao trazer para o escopo atual dessa discussão nos deparamos especificamente ao ano de 1948, quando a ONU com o intuito de preservar as gerações futuras da devastação dos conflitos internacionais estabeleceu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro.

Em síntese, a Declaração Universal dos Direitos Humanos se preocupa com quatro ordens de direitos individuais:

a) direitos pessoais do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança;

b) direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade;

c) liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, princípio na direção dos negócios públicos; e

d) direitos econômicos e sociais: direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação (BASTOS, 2002, p. 310).

Nessa dialogicidade epistemológica, Bastos (2002, p. 310-311), continua pontuando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, do ponto de vista jurídico, não passa de uma resolução, cujo conteúdo não pode tornar-se obrigatório para os Estados, a não ser quando retomado como convenção ou pacto firmado,

pois “a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas não tem competência para editar normas cogentes aos seus membros”.

Dessa forma, caberia a cada país promulgar seu modelo de direitos individuais, assim, as garantias estariam fundadas no ordenamento interno de cada nação no que se refere a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O referido documento simbolizou o marco na história dos Direitos Humanos, considerado o mais universal em existência, pois foi escrito por representantes de todas as regiões do mundo e abrangeu todas as tradições legais, traçando assim, os direitos fundamentais que são a base para uma sociedade justa e igualitária (UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS, 2019).

Em se tratando do Brasil, os direitos humanos foram consolidados com a Promulgação da Constituição Federal de 1988, que assegurou a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, o direito à vida, privacidade, igualdade, liberdade. Além disso mensurou os direitos conhecidos como fundamentais que se refere os direitos: individuais, coletivos e difusos e de grupos.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CÓDIGO CIVIL NA AÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Ao ser promulgada a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu escopo uma nova ordem jurídica instituindo a ordem político-social no Brasil para o processo de democratização mediante um novo código.

Além disso, legitimou avanços no que se referia a consolidação legislativa das garantias no que tange aos direitos fundamentais e proteção aos vulneráveis.

Os delineamentos da CF de 1988 fundamentam a construção para assegurar os direitos humanos no sentido de uma sociedade livre, justa, solidária, com erradicação da pobreza e da marginalização, bem como, para a redução das desigualdades ou qualquer outra forma de discriminação.

O Art. 5º da CF de 1988: “discorre que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

Daí em diante os direitos fundamentais ganharam destaque no ordenamento jurídico interno de cada Estado (BRASIL, 1988).

Os direitos humanos são essenciais pela garantia em seus princípios, ao proporcionar o bem viver das pessoas e auxiliar na relação que delimita os direitos e deveres dos cidadãos e do Estado dentro de uma sociedade que necessita de benefícios aparados em legislações legais.

Assim como a CF de 1988, aponta sobre pressupostos legais, o Código Civil, apesar de não fazer uma referência direta sobre o direito ao esquecimento, menciona a legalidade do indivíduo acionar a justiça para requerer sua proteção ao ter a sua personalidade lesionada.

O Código Civil de 2002, instituído através da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, assegura que a vida privada é inviolável, desde que:

Salvo quando autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, publicação, exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento (BRASIL, 2002).

Dentre os direitos à personalidade estão elencadas a honra, o nome, a imagem e a intimidade, podendo nesse sentido conceituar o direito ao esquecimento como um descaso a qualquer um desses pontos percorridos acometidos por deslizes no passado.

Entretanto, o direito ao esquecimento abarca muito mais que esse simples rol, pois de acordo com o enunciado 531, aprovado na VI Jornada do Direito Civil, “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (CONJUR, 2013).

O respectivo Enunciado 531 estabelece que o direito de não ser lembrado eternamente pelo equívoco pretérito ou por situações constrangedoras ou vexatórias é uma forma de proteger a dignidade humana das pessoas.

Sendo que essa proteção independe de ser pessoa de caráter público ou não, o direito a exposição da imagem e do nome está no rol dos direitos da personalidade e esses de acordo com o Código Civil, em seu Art.11: “Com exceção

dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002).

Foi nesse contexto, num estudo constitucional acerca dos direitos civis, destacando-se os direitos da personalidade que Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder analisaram o direito ao esquecimento na área cível. Eles tentaram compreender o problema existente acerca da limitação da autonomia da imprensa para divulgarem informações do passado sobre algum fato ou sobre alguém, mesmo que verdadeiras, mas que pudessem causar constrangimento ou uma lembrança de uma situação hostil ocorrida no passado (MORAES; KONDER, 2012, p. 3).

Ressaltando que o direito ao esquecimento não tem em seu escopo o intuito de modificar a ocorrência de fatos verdadeiros, até porque isso não seria possível, porém, é fazer com que os fatos que venham denegrir o sujeito não sejam trazidos à tona, frisando explicitamente sobre aquelas ocorrências que estejam fora do contexto original, e não possuam interesse ao público ou não tenham motivos relevantes para sua rememoração, pois sabe-se que a sociedade da informação vive intensamente a tecnologia, e causam violações aos direitos fundamentais da pessoa humana, transgredindo, assim, a dignidade humana.

Nesse dialogo epistemológico Lôbo (2012, p. 141), contrapõe conceitualmente que no caso do direito ao esquecimento referente a personalidade, à memória e a liberdade de expressão: “são os direitos da personalidade que resguardam de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espaço público”

Assim, se o respeito à intimidade está dentro da seara de ferramentas que protegem esse princípio, o direito ao esquecimento é, portanto, um instituto de concretização dessa dignidade humana.

Sendo que essa dignidade é a composição do interesse individual com o social, cabendo dizer que a sociedade também estaria protegida através do direito ao esquecimento, tendo em vista que qualquer um está sujeito à exposição por meio de qualquer veículo de comunicação e poderá recorrer ao direito de ter suas

informações dissipadas, caso não venha a satisfazer-se com a publicação tendenciosa da mídia (ALBUQUERQUE, 2017).

Portanto, não podemos falar em direito ao esquecimento sem contextualizar sobre a dignidade da pessoa humana, visto que a promulgação desse direito garante a vida de indivíduos mediante o respeito na sociedade.

5 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA CONTEMPORANEIDADE

O imediatismo com a tecnologia trouxe oportunidades para que as pessoas tenham a sua dignidade atingida.

As ferramentas que resguardam os direitos ligados a individualidade da pessoa e a sua dignidade perfazem a legitimação do Direito ao Esquecimento.

De acordo com Moraes (2002, p. 128):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

As tecnologias perfazem as urgências e emergências do mundo contemporâneo, o advento da internet facilitou a comunicação entre os indivíduos de forma rápida e proliferou a troca de informações em escala global.

Dessa maneira, os sujeitos se tornaram vulneráveis e suscetíveis a terem os seus dados pessoais e suas imagens livremente disponíveis para todos aqueles que desejam acessar. Essa proliferação, expõe e colabora para difusão de informações indevidas, causando grandes constrangimentos para os indivíduos.

Geralmente, as redes sociais são as que mais colaboram com a disseminação de atos contra o direito ao esquecimento.

No âmbito virtual, o direito ao esquecimento visa à retirada de informações antigas sobre determinada conduta. Normalmente, o que se requer é retirar algum vídeo ou notícia das páginas da rede. Pode ser ainda, que o desejo seja de que os sites de busca sejam impossibilitados de mostrar resultados que apontem para fatos pretéritos já superados e acobertados pelo direito ao esquecimento.

Entretanto essa propagação de delitos não acomete somente com figuras públicas, ela alcança também a vida de pessoas privadas.

Assim, um dos desafios atuais, é fazer a realização da legitimação do direito ao esquecimento, devido a proliferação instantânea e a disseminação em diversos sites das informações do indivíduo vitimizado no âmbito digital. Todavia, o entendimento de alguns juristas é que o direito ao esquecimento não é absoluto, dependendo da avaliação de cada situação específica, visto que, no Brasil até o ano de 2014 não havia uma lei geral que disponha sobre a proteção de dados pessoais.

Diante disso, foi promulgada a Lei nº 12.965, em 23 de abril do ano de 2014, que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, conhecida também como o marco civil da internet, legitimando em seu Art. 7º, que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são garantidos os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre

o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; **VIII** - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet (BRASIL, 2014).

Entretanto, é importante mencionar que os prejuízos quanto ao uso sem permissão da imagem dos indivíduos podem ser de duas espécies: patrimonial ou

moral. Nesse sentido, do direito ao esquecimento o que mais condiz ao sujeito violado é o dano moral.

Ademais, o pedido de indenização por danos morais pode ser cumulado com danos materiais, conforme súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (BRASIL, 2007).

Não obstante, além dos danos materiais, os quais compreendem a espécie de dano patrimonial, existem danos que atingem direitos personalíssimos, quais sejam, os danos morais. Assim:

Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e a à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade) (PAMPLONA FILHO, 2002, p. 40).

Contudo, ressaltamos que a evolução tecnológica não pode se desvincular das legitimações legais que solidificam o direito para os cidadãos, principalmente, o respeito aos direitos humanos, bem como a preservação da história da nação.

5.1 Caso atual de jurisprudência

Como mencionado o direito ao esquecimento compõe-se de questões jurídicas na qual o indivíduo deseja se afastar ou proibir algum acontecimento ocorrido no seu passado, apesar da veracidade existente o mesmo não deseja que ninguém saiba dos fatos.

Em contrapartida, com a ascensão da tecnologia o controle sobre essas informações acaba se tornando pública, é com isso resulta em uma afronta a liberdade de expressão independentemente se o sujeito é público ou não.

Um dos casos que envolveu essa problemática e tomou grandes proporções foi o da ação promovida pela apresentadora Maria das Graças Xuxa Meneghel contra a empresa Google Search no mês de outubro do ano de 2010.

O objetivo da ação consistia em retirar a indexação do sistema do Google Search quando pesquisado sobre assuntos ligados à prática de pedofilia não filtrasse resultados de busca com o nome da autora. Entretanto, com chances na aplicabilidade instituída pelo direito ao esquecimento, que prever a vanguarda da proteção dos dados pessoais e intimidade, o STJ^[3] adotou caminho diverso, visto o entendimento mantido pelo próprio supremo.

Na origem do REsp. 1.316.921 (Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgamento em 26.06.2012, DJE de 29.06.2012), a Autora propôs Ação Ordinária inominada, com pedido de tutela antecipada, em face da empresa Google Brasil Internet Ltda, com o objetivo de ver retirados do sistema Google Search resultados de buscas realizadas, envolvendo o nome da Autora ligado aos termos “pedofilia” ou “pedófila” ou a divulgação em conjunto com a de qualquer outra prática criminosa, baseado nos seguintes fatos (BRASIL, 2014):

(I) Xuxa Meneghel em 1982 participou do filme denominado “Amor, estranho amor”, onde protagonizava uma cena de sexo com um menor de 12 anos;

(II) Tempos depois a Autora alcançou sucesso nacional, passando a ser reconhecida como apresentadora de programas infantis;

(III) Com o intuito de deletar a impressão contraditória que poderia repercutir entre sua condição de ídolo infantil e o polêmico filme, Xuxa procurou, ao longo de vários anos, inibir a reprodução e circulação do filme;

(IV) E, diante disso, viu seu nome ser constantemente aliado à prática de pedofilia, prejudicando a sua imagem, firmada por meio de diversos programas e ações sociais infantis.

Insta destacar que o Recurso Especial ora em análise foi oriundo de decisão interlocutória onde o Juiz de primeiro grau deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando que a empresa se abstenha de disponibilizar aos seus usuários, no site de buscas GOOGLE, quaisquer resultados/links na hipótese de utilização dos critérios de busca ‘Xuxa’, ‘pedófila’, ‘Xuxa Meneghel’, ou qualquer outra grafia que se assemelhe a estas, isoladamente ou conjuntamente, com ou sem aspas, no prazo de 48 horas, a contar desta intimação, pena de multa cominatória de R\$ 20.000,00 por cada resultado positivo disponibilizado ao usuário (fls 71/72, e-STJ).

A referida decisão foi impugnada pela Google via Agravo de Instrumento. Em sede de Agravo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro lhe deu parcial provimento, restringindo a liminar “apenas às imagens expressamente referidas pela parte agravada”, ainda assim sem “exclusão dos links na apresentação dos resultados de pesquisas” (fls 310/316, e-STJ).

Diante do exposto as partes interpuseram e os embargos de Declaração foram rejeitados pelo TJ/RJ. Doravante, a Google interpôs Recurso Especial, alegando violação dos artigos 461, § 4º e § 6º do Código de Processo Civil/73 (tratando-se sobre a modificação do valor da multa e excesso), mais o artigo 248 do Código Civil (a respeito da prestação impossível), bem como dissídio jurisprudencial.

Nesse sentido, a Terceira Turma do STJ proveu, por unanimidade, o pedido recursal da Requerida com bases nas razões fáticas e jurídicas mais relevantes que influenciaram a decisão, podendo assim ser resumida:

Admitiu o STJ que para o serviço sob comento não se poderiam aplicar as mesmas razões das decisões que envolvem provedores de conteúdo, não havendo por parte do provedor de pesquisa qualquer ingerência no conteúdo de links e, dessa forma, não se considerando produto defeituoso (art. 14, do CDC). Não podendo delegar ao provedor de pesquisa a discricionariedade acerca da retirada ou não de páginas de seus resultados, tendo em vista a subjetividade envolvida na classificação de conteúdos como ofensivos ou não à personalidade de outrem. Não se pode aceitar, reconhecendo a internet como meio de circulação de massa, de modo a garantir a liberdade de informação trazida pelo artigo 220, §1º, da Constituição Federal, que os provedores de pesquisa eliminem dos seus resultados de termos ou expressão, sob o risco de restringir o direito coletivo à informação (BRASIL, 2014).

A Relatora Ministra Nancy Andrigh contextualizou que não se mostra aceitável a exigência de que a pesquisa exclua a reprodução de imagens encontradas no resultado de busca, pois, seria tecnicamente impossível identificar

quais imagens teriam conteúdo ofensivo ou ilícito, sendo que essa retirada indiscriminada de todas as imagens implicaria na violação do Direito Constitucional à Informação de todos da sociedade. .

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) concluiu razão à Autora demandar judicialmente contra provedor de pesquisa, vez que este somente realizaria a facilitação do acesso ao conteúdo. Nessa interface o ministro Celso de Mello negou seguimento à Reclamação 15955 ajuizada por Xuxa Meneghel.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao caminharmos para as considerações finais desta pesquisa, podemos afirmar que a revisão de literatura permitiu perceber as novas concepções que foram criadas para o convívio na sociedade pelo advento das tecnologias.

Diante desse novo modelo, a intimidade e os fatos cometidos no passado podem ser expostos para toda sociedade constantemente. Nessa forma, a conceituação de privacidade e dignidade humana sofreram significativas rupturas na contemporaneidade.

Assim, o intuito desse trabalho consistiu em discorrer sobre o direito ao esquecimento, primeiramente por se tratar de uma doutrina que é consolidada em uma jurisprudência, e também pela falta de informações sobre o referido direito a sociedade, e pelas discussões que envolvem o objeto da pesquisa quando pontuamos sobre as informações e atributos individuais da pessoa humana.

O Direito ao Esquecimento tem as suas bases legais fundamentadas na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil Brasileiro, que asseguram ao cidadão a dignidade humana, a intimidade, a honra e a imagem, tendo como proteção maior a privacidade.

Com a visão formativa proporcionada pela graduação do direito, enquanto pesquisadora posso afirmar que vivemos uma nova realidade social mediante a difusão dos inúmeros mecanismos vinculadores da comunicação, no qual a internet tornou-se algo imprescindível para diversas funcionalidades, bem como, para entretenimento. Porém, em algumas vezes o uso demasiado acaba infringindo as legitimizações do direito, no que concerne a difamação, injúrias e delitos que

configuram atos contra a dignidade do indivíduo prevista pela Constituição Federal de 1988.

Não obstante, é preciso que ocorra maior vinculação do direito ao esquecimento para que os cidadãos compreendam a seriedade de retratar fatos e eventos que tornam o passado em um presente contínuo prejudicando seriamente pessoas públicas ou privadas em sua intimidade, além disso, afeta a memória individual de cada pessoa ao ter vinculadas informações sobre situações que já ocorreram e deixaram de ser úteis.

Por fim, esse trabalho teve o intuito de propagar mediante uma revisão bibliográfica as especificidades do direito ao esquecimento, no sentido, de divulgação dos preceitos jurídicos na perspectiva da proteção individual para não ter eternamente vinculados a imagem alguns episódios que não devam ser apresentados na sociedade.

7 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Carla Cabral de Melo. **Direito ao Esquecimento**: da proteção à intimidade do cidadão aos limiares do conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão. Programa de Pós-Graduação em direito. Universidade Federal de Pernambuco. Recife: 2017.

ALEMANHA. Landgeritch Hamburg. **Acórdão 324 507/07 de 18 de janeiro de 2008**. OpenJur, Hamburgo: 2008.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 1988.

_____. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil. Brasília. 2002.

_____. **Programa Educação em Direitos Humanos**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?Itemid=640&id=12316&option=com_content. Acesso em: 12 de mar. 2019.

_____. **Lei nº 12.965, em 23 de abril do ano de 2014**. Estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **STJ - Súmula 37**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 ago. 2007. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2268&seo=1>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário em agravo nº 758478**. Remetente: 1ª Turma- Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA- Recorrido: Maria das Graça Xuxa Meneghel- Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4428710>. Acessado em 19 abril. 2019.

BARROSO, Fábio Túlio. **Direito Flexível do Trabalho**: abordagens críticas. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2009.

_____. **Novo contrato de trabalho por prazo determinado**: flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho. Curitiba: Juruá, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 310.

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados**: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*. a. 2. n. 3. 2013.

CONJUR. Direito ao esquecimento é garantido por Turma do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, 21 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-21/direito-esquecimento-garantido-turma-stj-enunciado-cjf>. Acessado em: 14 de abr. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **O que são direitos Humanos?** Disponível em: <http://www.dudh.org.br/definicao>. Acessado em 14 de mar. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, parte geral. São Paulo: Saraiva, 3ª ed, 2012.

MORAES, Melina Ferracini de. **Direito ao Esquecimento na Internet:** das Decisões Judiciais no Brasil. Juruá Editora. Curitiba: 2018

MORAES, Maria Celina Bodin de? KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de direito civil constitucional.** Casos e decisões. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ONU BRASIL. **O que são os direitos humanos?** Disponível em: <http://www.dudh.org.br/definicao>. Acessado em 17 de mar. 2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Dano Moral na Relação de Emprego.** 3 ed. São Paulo: LTr, 2002.

RIBEIRO NETO, João Costa. **Dignidade humana (Menschenwürde):** evolução histórico filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <http://goo.gl/SV8WRI>. Acessado em 08 mar. 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. CONJUR. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>. Acessado em 02 de abr. 2019.

RUARO, Regina Linden. MACHADO, Fernando Inglez de Souza. **Ensaio a Propósito do Direito ao Esquecimento:** Limites, Origem e Pertinência no Ordenamento Jurídico Brasileiro Revista do Direito Público, Londrina, v.12, n.1, p. 204-233, mai. 2017.

RULLI JÚNIOR, Antônio; RULLI NETO, Antonio. **Direito ao esquecimento e o superinformacionismo:** apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto da sociedade da informação. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 1, nº 1, p. 421. 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. **Âmbito Jurídico**, Rio

Grande, 12, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://goo.gl/3xIn3F>. Acessado em 04 mar. 2019.

UNESCO. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192. Acessado em 10 de mar. 2019.

UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://br.humanrights.com/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights>. Acessado em 10 de mar. 2019.

WOHJAN, Bruna Marques. WISNIEWSKI, Alice. **Direito ao Esquecimento**: algumas perspectivas. XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. VIII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. Departamento de Direito – Curso de Direito. CEPEJUR. 2015.

NOTAS:

[1] Ramilla Mariane Silva Cavalcante. Graduada em Direito pela UFT, pós-graduada em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela UFT e Grandes Transformações do Direito Processual pela UNISUL. Atualmente é advogada inscrita na OAB –TO, com atuação predominante em Direito Administrativo e Direito Civil, com ênfase em Família e Sucessões, e professora nas instituições: Faculdade de Palmas/FAP e Faculdade Serra do Carmo/FASEC, disciplina Direito Processual Civil.

[2] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/vitima-retratada-programa-tv-nao-gera.pdf>. Documento: 1332221 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 01/08/2014. Acessado em 02 de abr. 2019.

[3] Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/9/art20140929-02.pdf>. Acesso em: 09 de mai. 2019.

LEI 10.973/2004: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A GESTÃO DA INOVAÇÃO

JOÃO CARLOS PARCIANELLO:
Faculdade Gamaliel. Mestre em Desenvolvimento. Bacharel em Direito. Pós-graduado em Docência do Ensino Superior.

Resumo: Neste artigo se explora, de maneira sucinta, a gestão da inovação, termo referenciado na Lei 10.973/2004. E ainda se realiza um breve estado da arte da gestão da inovação. Verifica-se que a gestão da inovação está imbricada com as demais esferas da inovação e se relaciona com diversos setores da organização.

Palavras-chave: Lei 10.973/2004. Gestão da Inovação. Organização.

Sumário: Introdução. 1 Aspectos gerais da inovação. 2 Gestão da inovação e autores brasileiros. Considerações finais. Referências.

Introdução

A Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004, dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, dentro de outras disposições. Entre as previsões desta lei, pode-se destacar a de que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão apoiar o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas, Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs) e entidades privadas sem fins lucrativos voltados para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos, processos e serviços inovadores e a transferência e a difusão de tecnologia, conforme disposto no art. 3.

E ainda, ressalta-se o disposto no art. 15-A da Lei 10.973/2004, com a redação dada pela Lei 13.243/2016:

Art. 15-A. A ICT de direito público deverá instituir sua política de inovação, dispondo sobre a organização e a gestão dos processos que orientam a transferência de tecnologia e a geração de inovação no ambiente produtivo, em consonância

com as prioridades da política nacional de ciência, tecnologia e inovação e com a política industrial e tecnológica nacional.

Parágrafo único. A política a que se refere o **caput** deverá estabelecer diretrizes e objetivos:

(...)

VII - para orientação das ações institucionais de capacitação de recursos humanos em empreendedorismo, gestão da inovação, transferência de tecnologia e propriedade intelectual;

Neste se encontra a previsão de gestão da inovação por parte das ICTs, as quais devem estabelecer diretrizes e objetivos. Quanto à gestão da inovação que se discorrerá, de maneira teórica e sumária neste artigo, apresentando várias disposições de autores nacionais, com enfoque maior no meio empresarial.

Logo, para iniciar o estudo de qualquer objeto, se faz imprescindível o conhecimento do seu conceito. Muitas vezes são conhecidos incontáveis detalhes e o entorno do mesmo. Entretanto, o que o objeto de estudo realmente é, ou seja, o âmago ou a essência, não se domina.

Nesse viés, o objetivo deste artigo é explorar o tema da gestão da inovação a partir da realização do estado arte. Parte-se de aspectos gerais abordados por Schumpeter, no início do século XX, até chegar a pontos mais específicos abordados por autores brasileiros nos últimos anos.

1 Aspectos gerais da inovação

Apesar de que a inovação possua maior relevância na atualidade, principalmente em relação ao mercado e ao marketing atual, ainda na Grécia Antiga os gregos já tratavam do tema, notadamente quanto à criatividade (que está imbricada na inovação) como um estado místico de receptividade de mensagens divinas.

Desta época para cá, incontáveis tecnologias surgiram, mas nunca houve, como nos dias de hoje, inovações com tanta rapidez e profundidade nos negócios, nas instituições e nas vidas das pessoas. A partir do início do século XX, Schumpeter, com a teoria do ciclo econômico, constata que para a economia sair do estado de equilíbrio e entrar num processo de expansão é imprescindível o surgimento de

alguma inovação, principalmente no aspecto econômico. Assim, Schumpeter (1961, p. 90) explica:

Todo processo concreto de desenvolvimento repousa, afinal, no desenvolvimento precedente. Mas, para ver a essência do fato com clareza, faremos abstração disto e admitiremos surgir o desenvolvimento de uma situação sem desenvolvimento. Cada processo desenvolvimentista cria os pré-requisitos para o seguinte. Com isto, a fórmula do último se altera e as coisas se manifestam de modo diferente do que seriam, se cada fase concreta do desenvolvimento fôra compelida a criar, primeiro as suas próprias condições.

Schumpeter (1961, p.93), além de ser um pioneiro no estabelecimento de relações entre a inovação e o desenvolvimento econômico, classifica a inovação em cinco tipos: a introdução de um novo bem ou uma nova qualidade de um bem, a inserção de um novo método de produção, a conquista de uma nova fonte de matéria prima, o aparecimento de uma nova estrutura de organização de um setor ou ainda, o surgimento de um novo mercado.

A partir da década de 1990, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) lançou a primeira edição do Manual de Oslo, que propõe diretrizes para a coleta e interpretação de dados referente à inovação tecnológica. Visa padronizar conceitos e metodologias, além de construir estatísticas. Está na terceira edição (2005) e tem como fonte os países desenvolvidos. É uma importante referência para a atividade de inovação na indústria brasileira e prescreve o seguinte conceito:

Uma inovação é a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas.

O Manual de Oslo não traz diretamente um conceito da gestão da inovação, mas reserva uma parte significativa do seu conteúdo para tratar da gestão do conhecimento. Explica que a gestão do conhecimento engloba as atividades referentes à apreensão, ao uso e ao compartilhamento dos conhecimentos pela

organização. Abarca a gestão das interações externas e internas da organização, além de formas de coleta de informações externas e estabelecimento de relacionamentos com outras organizações, instituições de pesquisa e indivíduos. E também cuida do compartilhamento e uso dos conhecimentos, como por exemplo práticas para codificação de rotinas.

Isso é relevante porque o conhecimento tem se tornado obsoleto em espaço cada vez mais curto de tempo, o que gera a necessidade de aprendizagem contínua e permanente. Pelo simples fato que não se pode prever o conhecimento e as tecnologias do futuro, se torna fundamental o desenvolvimento de métodos que auxiliem os indivíduos a se adaptar, na melhor maneira possível, às novidades e às mudanças. A inovação constitui a própria forma de sobrevivência do século XXI.

2 Gestão da inovação e autores brasileiros

Ainda na década de 1990, no Brasil, Alencar (1996, p.90-91), na obra "A Gerência da Criatividade", traz uma interessante consideração para a obtenção de um conceito sobre gestão da inovação. Esta autora dá início à compreensão a partir da constatação da importância do ambiente de trabalho na vida dos indivíduos hodiernamente. Ou seja, o ambiente de trabalho assume o papel de fonte de comunicação, bem-estar e apoio, onde os indivíduos podem amadurecer e crescer. Logo, quanto à criatividade, é no ambiente de trabalho o local onde elas mais ganham vida. Entretanto essas novas ideias, que geram a inovação, confrontam-se, muitas vezes, com relações de desconfiança, normas rígidas e dificuldades de comunicação, isto é, um ambiente politicamente fechado. Nesse entorno o que pode ocorrer é o medo de errar e o conformismo.

Mas, ainda conforme a autora, se os indivíduos apreendem que estão trabalhando com objetivos claros, projetos interessantes, certa autonomia de decisão, prazos razoáveis, reconhecimento dos esforços e com encorajamento de suas ideias, a probabilidade de inovações surgirem é amplificada. Assim, uma gestão que preze pela inovação deve possuir uma cultura que valorize o potencial humano, tolere as diferenças e reconheça os esforços dos indivíduos. Nesse sentido, Alencar (1996, p. 92) resume:

Traçar o perfil de uma organização criativa não é, entretanto, uma tarefa difícil. A grande dificuldade, o desafio maior reside em proceder às mudanças que se fazem

necessárias em culturas organizacionais há muito sedimentadas, marcadas pela resistência à novas ideias e refratárias às exigências do mundo moderno. Outros desafios consistem em conscientizar os indivíduos de sua capacidade pessoal para criar, que muitos ignoram, e promover mudanças em comportamentos que afetam de forma adversa as relações interpessoais e o clima no ambiente de trabalho.

Ademais, verifica-se que muitos autores tratam a gestão da inovação concomitantemente com a gestão da tecnologia, inclusive denominando de gestão da tecnologia e inovação (GTI). Dessa forma, Vico Mañas (2001) em "Gestão da Tecnologia e Inovação" e Mattos e Guimarães (2005) em "Gestão da Tecnologia e Inovação: uma Abordagem Prática" cuidam do assunto.

Vico Mañas (2001, p.159) deixa claro que para a organização atingir os seus objetivos as informações, os recursos humanos e a tecnologia devem ser encarados como fundamentais. E para gerir esta tecnologia, deve-se gerir a inovação. E ainda, a gestão de inovação e tecnologia deve agir no sentido de monitorar o ambiente tecnológico e de inovações, com ênfase na produção, implantação, compra e venda destas inovações. Com base nesses princípios, Vico Mañas (2001, p.160) afirma:

O comprador de tecnologia procura sempre um produto intangível, isto é, um produto que na prática é o conhecimento, ainda que materializado em equipamentos e que dificilmente é encontrado no mercado. Essa compra requer, antes de mais nada, o monitoramento das tecnologias disponíveis que melhor respondam às necessidades de sua organização.

Então, para satisfazer o consumidor que, na maioria das vezes, quer o que há de melhor em inovação, o gestor precisa fazer um monitoramento informacional das inovações e tecnologias que melhor atendam à empresa. Isso através da busca do conhecimento e das formas de adquiri-las. Além disso, os produtos são produzidos por um processo de alta complexidade e complicada previsão de resultados, o que leva o gestor a ser o transmissor das informações técnicas que interessam ao cliente.

Mattos e Guimarães (2005, p.19) abordam diretamente a gestão da tecnologia e afirmam que esta abrange o planejamento, a organização, a execução e o controle das atividades empresariais desenvolvidas em ambientes intensivos de tecnologia. Entretanto, também trazem que a gestão da tecnologia também é chamada de gestão da inovação tecnológica, o que mostra o imbricamento das duas esferas. Nesse viés, se entende que a inovação possui duas fases. A primeira é a invenção e a segunda é a conversão desta invenção em negócio.

A invenção, ou a simples geração da ideia, está relacionada ao processo de P&D. Já o negócio, ou comercialização, está envolvido com o marketing de novos produtos e processos. Mas, independentemente da área que o gestor da tecnologia e inovação atue, deverá prezar que a oferta e a demanda estejam de forma adequada e eficiente. Mattos e Guimarães (2005, p. 19) explicam como é a tecnologia a ser gerida:

Tecnologia é uma mercadoria, tanto que ela é produzida, na maior parte das vezes, intencionalmente, tem proprietário, porque mantém os privilégios da patente, é vendida, trocada, cedida e até mesmo copiada, falsificada, roubada e contrabandeada. E os centros de pesquisa tecnológica podem ser entendidos como “fábricas de tecnologia”. A tecnologia pode apresentar-se de forma explícita ou implícita. A tecnologia explícita é a que existe como conhecimento ou habilidades de pessoas ou que expressa informações contidas em documentos como relatórios, patentes, projetos, desenhos etc. A tecnologia implícita é aquela que se acha incorporada a bens ou serviços.

A gestão da inovação também pode aprimorar a competitividade operacional. Para as empresas prosperarem na era do comércio globalizado, o planejamento, a implementação e o controle, da origem até o consumo, de forma eficaz, tanto de bens, serviços, como de informação é fundamental. Mattos e Guimarães (2005, p. 145) sintetizam:

A extensão a ser considerada nesse desafio varia grandemente: vai do controle de produção e de suas necessidades de materiais, visando evitar estoques excedentes, até a integração das operações de manufatura,

aquisições, transporte e distribuição física em um programa unificado, que liga todos os parceiros na cadeia e integra vendedores, transportadores, empresas terceirizadas e fornecedores de sistemas de informação, além das áreas de negócios dentro da empresa.

Desse modo, seguindo o pensamento do autor, para a organização operar com a competitividade descrita acima é necessário um bom suporte em sistemas de tecnologia da informação, seja pelo planejamento das necessidades materiais, seja pela gestão da cadeia de suprimentos.

Por último, Carvalho, Reis e Cavalcante (2011, p. 133), em: "Gestão da Inovação" tratam diretamente do tema. Assim como os demais autores brasileiros citados anteriormente, entendem a gestão da inovação como um processo, realizada no dia a dia da empresa.

Para a boa gestão da inovação, esta deve estar presente durante todas as práticas da organização, não somente atrelada à tecnologia, como um setor separado, por exemplo. Como explicam Carvalho, Reis e Cavalcante (2011, p. 133):

A inovação deve ser introduzida no dia a dia da empresa – desde a produção até o marketing, passando pela logística, e assim por diante – e não apenas como vertente atrelada à tecnologia. Na maioria das empresas não há obrigatoriedade de haver um setor específico de P&D, com uma equipe de pesquisadores exclusivamente para gerar inovação. Os colaboradores podem contribuir com ideias, pois boa parte das inovações não necessita de tecnologia de ponta.

Esse bom gerenciamento da inovação permite que as empresas tenham longevidade. Opera-se através de um processo estruturado de gestão da inovação, por meio da infraestrutura, tecnologia e recursos financeiros que aumentam a capacidade inovativa da organização.

Ainda segundo Carvalho, Reis e Cavalcante (2011), o processo da gestão da inovação possui as seguintes etapas: levantamento, seleção, definição de recursos, implementação e aprendizagem. Na primeira etapa, o levantamento, deve-se passar o maior número de ideias para dentro do processo. Já na seleção se escolhe uma

ou mais estratégias de inovação, de acordo com a adequação aos objetivos da organização. Na fase de definição de recursos a questão humana, tecnológica, de infraestrutura e financeira são definidas. Com a implementação se desenvolve a execução dos projetos de inovação conjuntamente com os demais setores da empresa. Por fim, na fase de aprendizagem se analisa todo o processo, inclusive com a gestão do conhecimento.

Considerações finais

A partir das considerações realizadas, com base nas obras de diversos autores, se apreende que a gestão da inovação se constitui em um tema relativamente complexo, ou seja, está imbricada não só com as demais questões da inovação, mas também relacionada com diversas esferas da organização. A gestão das organizações há muitas décadas é estudada, assim como a inovação. Todavia, a gestão da inovação obteve maior atenção atualmente. Destarte, gestão da inovação é a atividade que visa o processo estruturado que abrange o monitoramento informacional constante, aliado à valorização do potencial humano e à ênfase na tecnologia da organização.

Referências

ALENCAR, Eunice M. L. **A gerência da criatividade**. São Paulo: Makron Books, 1996.

BRASIL. Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em: 28 Abr 2019.

CARVALHO, Hélio Gomes de. REIS, Roberto dos. CAVALCANTE, Márcia Beatriz. **Gestão da inovação**. Curitiba: Aymar, 2011.

MATTOS, João Roberto Loureiro de. GUIMARÃES, Leonam dos Santos. **Gestão da tecnologia e inovação: uma abordagem prática**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

VICO MAÑAS, Antonio. **Gestão de tecnologia e inovação**. São Paulo: Érica, 2001.

A POSTURA ESTATAL NA REGULAMENTAÇÃO DA ADOÇÃO INTUITUI PERSONAE FRENTE AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

RAISSA MURIBECA PEREIRA:
Graduanda em Direito da Faculdade
Católica do Tocantins - FACTO

OSNILSON RODRIGUES^[1]

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho possui como objetivo geral explicar a postura estatal na regulamentação da adoção Intuitu Personae, bem como a influência que tem sobre o princípio do melhor interesse do menor. Especificamente identificar as possíveis consequências da fila do Cadastro de Nacional de Adoção frente ao princípio do melhor interesse do menor, demonstrar a atuação do Estado na Adoção Direta, após o advento da Lei 12.010/09, que modificou alguns artigos do Estatuto da Criança e da Adolescente e, por fim, evidenciar a possível celeridade no processo de Adoção com a regulamentação da Adoção Intuitu Personae, bem como a influência que terá sobre o Cadastro Nacional de Adoção. Para a realização do estudo foi utilizado o tipo de pesquisa exploratória e bibliográfica, com coletas de dados através de documentos públicos e entrevista estruturada, tendo como método utilizado o fenomenológico.

Palavras-chave: Adoção Direta; Adoção Intuitu Personae; Princípio do Melhor Interesse do Menor, ECA, Projeto de Lei.

ABSTRACT: This work has as general objective to explain the state position in the regulation of the adoption of Intuitu Personae, as well as the influence it has on the principle of the best interest of the child. Specifically, to identify the possible consequences of the National Registry of Adoption queue in relation to the principle of the best interests of the child, to demonstrate the state's direct adoption after the advent of Law 12.010 / 09, which modified some articles of the Children's Statute and Adolescents and, finally, evidence the possible speed in the process of Adoption with the regulation of Intuitu Personae Adoption, as well as the influence it will have on the National Adoption Registry. For the accomplishment of the study was used the type of exploratory and bibliographical research, with data collections through public documents, using phenomenological method.

Keywords: Direct Adoption; Adoption Intuitu Personae; Principle of Best Interest of Minors, ECA, Bill.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito de adoção. 2. Modalidades de adoção: 2.1 Adoção Unilateral; 2.2 Adoção Internacional; 2.3 Adoção Póstuma; 2.4 Adoção “À brasileira”; 2.5 Adoção Homoparental. 3. Viabilidade da Adoção Intuitu Personae: 3.1 Conceito de Adoção Intuitu Personae; 3.2 Impedimento da Adoção Intuitu Personae; 3.3 Cadastro Nacional de Adoção: 3.3.1 Conceito e Habilitação, 3.3.2 – Influência da Adoção *Intuitu Personae* do CNA. 4. Projeto de Lei número de 369 de 2016. 5. Adoção norte americana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é explicar a postura estatal na regulamentação da adoção Intuitu Personae, bem como a influência que tem sobre o princípio do melhor interesse do menor, tendo em vista que não há regulamentação quanto a possibilidade dos pais biológicos escolherem os futuros pais (adotivos) do seu filho.

Durante a elaboração desse trabalho foi utilizado o tipo de pesquisa exploratória e bibliográfica, com coletas de dados através de documentos públicos, bem como foi empregado o método fenomenológico.

Adentrando ao tema, ressalte-se que há uma possível incidência de incoerência entre Princípio do Melhor Interesse do Menor e a ausência de regulamentação da Adoção *Intuitu Personae*, uma vez que a limitação, trazida pela lei 12.010 de 2009, pode atingir diretamente o bem estar do menor.

Segundo o dicionário latim, a etimologia da expressão *Intuitu personae* significa “em consideração à pessoa” e, em casos de adoção, também pode ser chamada de Adoção Direta. Em estudo, entende-se que ela se configura quando os pais biológicos, em consenso, escolhem o adotante sem que haja prévia inscrição no CNA (Cadastro Nacional de Adoção).

Em síntese, esta modalidade de Adoção foi limitada com o advento da lei 12.010 de 2009, a qual modificou alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em que pese o legislador tenha elencado algumas possibilidades de Adoção Direta como em casos de pedido feito por madastra/padastro, pessoas que detêm a guarda/tutela ou em casos de parentes com vínculo afetivo configurado, não estabeleceu a possibilidade de adotar uma criança pela simples vontade dos

pais biológicos, ainda que este ato volitivo seja realizado perante o poder judiciário, presente o membro do Parquet atuando como fiscal da lei.

Diante desse cenário, observa-se que há uma sobreposição da formalidade do sistema de adoção brasileiro em relação ao princípio do melhor interesse do menor, vez que a afetividade acaba por ser sacrificada, pois, em alguns casos, a criança já foi entregue aos cuidados do adotante e já criou vínculo afetivo com a família adotiva de fato.

Tendo em vista que a Lei deve se adequar aos anseios da sociedade, tem-se uma passividade em relação a esse tipo de adoção, visto que ela já ocorre de fato e não é regulamentada pelo Judiciário. Diante disso, a criança fica desassegurada, pois está convivendo com uma família que não possui sua adoção legal, fato que infringe o princípio do melhor interesse do menor.

Até onde a formalidade e burocratização estatal interfere no processo de adoção e conseqüentemente no bem estar do adotando?

O trabalho está estruturado inicialmente com a conceituação de adoção, bem como suas modalidades. Na sequência, há uma análise sobre a viabilidade e os impedimentos da Adoção Intuitu Personae, adentrando no Cadastro Nacional de Adoção e suas influências nesta modalidade. Ademais, no desenvolvimento do trabalho, é feito um estudo crítico em relação ao Projeto de Lei número 369 de 2016, bem como uma análise sintética e simplória da Adoção Norte Americana.

1. CONCEITO DE ADOÇÃO

A adoção é um ato jurídico por meio do qual é configurado vínculo fictício de paternidade/maternidade/filiação entre pessoas que, habitualmente, são estranhas umas às outras. Para que tal vínculo seja constituído é necessário o preenchimento de alguns requisitos que são estabelecidos pela Lei da Adoção.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, a adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre o adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil (DINIZ, 2010).

Dessa forma, têm-se a formação de um vínculo de parentesco civil, em linha reta, havendo, assim a destituição do poder familiar em relação aos pais biológicos

do adotante, tal desligamento da família sanguínea se dá em todos os atos da vida civil, exceto em relação aos impedimentos do casamento, conforme preleciona o artigo 227, §§ 5º e 6º da Constituição Federativa do Brasil.

Ressalta-se que a adoção é irrevogável, sendo que, caso haja arrependimento posterior o vínculo formado não será desfeito, bem como a adoção é plena vez que o adotante passa a ter todos os direitos e deveres inerentes ao filho biológico, como nome, parentesco, sucessão, direito a alimentos, não há que se falar em filho adotivo e sim, apenas, "filho", e é medida excepcional, pois só será deferida a adoção, após esgotadas todas as tentativas de inserção do menor em sua família biológica.

Nas palavras de Maria Berenice Dias

A adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade. A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado, mas é incrível como a sociedade ainda não vê a adoção como deve ser vista. Precisa ser justificada como razoável para reparar a falha de uma mulher que não pode ter filhos (DIAS, 2010).

Os principais requisitos para a adoção exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é a idade mínima de dezoito anos para se habilitar, independentemente do estado civil, desde que seja respeitada a diferença de 16 anos entre quem deseja adotar e a criança a ser acolhida, necessário também o consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se pretende adotar, sendo que a criança deverá concordar com a adoção se contar com mais de doze anos de idade. O processo de adoção deverá ser judicial, bem como deve ser respeitado o melhor interesse do menor.

2. MODALIDADES DE ADOÇÃO

Parte da doutrina, bem como entendimentos jurisprudenciais e a própria Legislação Brasileira estabelecem modalidades de adoção, sendo que nem todas são pacíficas. Dentre essas modalidades destaca-se a adoção unilateral, a internacional, a póstuma, a "à brasileira" ou afetiva, a homoparental, e, finalmente *aintuitu personae*, objeto de estudo do presente trabalho. Ademais, irei explanar de forma sucinta e objetiva cada uma das modalidades acima mencionadas.

2.1 – Adoção Unilateral

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que:

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

[...]

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I se tratar de pedido de adoção unilateral.

Tal inciso foi incluído pela Lei 12.010 de 2009 e se trata de adoção realizada pela “madrasta/padrasto”, ou seja, quando um dos companheiros possui filhos advindos de relacionamentos anteriores, seu novo companheiro (a) poderá proceder com a adoção, ressalvados os trâmites legais.

Segundo estudo da doutrinadora Maria Berenice Dias:

Há três possibilidades para a ocorrência da adoção unilateral: (a) quando o filho foi reconhecido por apenas um dos pais, a ele compete autorizar a adoção pelo seu parceiro; (b) reconhecido por ambos os genitores, concordando um deles com a adoção, decai ele do poder familiar; (c) em face do falecimento do pais biológico, pode o órfão ser adotado pelo cônjuge ou parceiro do genitor sobrevivente.” (DIAS, 2010).

2.2 – Adoção Internacional

Essa modalidade de adoção apesar de ser polêmica, vez que pode facilitar o tráfico internacional de crianças, é pacífico que a função da adoção é proporcionar ao adotando um lar com proteção, onde será assegurado o seu bem-estar. Tal

modalidade de adoção é admitida constitucionalmente, sendo delegado que a Lei disporá sobre casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

A Lei que trouxe tais condições é a chamada Lei da Adoção, que acrescentou os artigos 51 a 52-D do ECA, os quais são tão incisivos que tornam a adoção internacional improvável de ser concedida. Dentre as exigências a serem observadas, a Lei estabelece que os brasileiros domiciliados no estrangeiros terão prioridade no processo de adoção e, além disso, o ECA dispõe em seu artigo 51, § 1, II que:

Art. 51 [...]

§ 1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado:

II – que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta aos cadastros mencionados nesta Lei.

2.3 – Adoção Póstuma

Apesar da adoção ser proveniente de sentença constitutiva e possuir eficácia *ex nunc*, ou seja, não retroagindo seus efeitos à data da propositura da ação, nos casos em que houver falecimento do adotando no curso do processo e, desde que, sua vontade já tenha sido exprimida de forma inequívoca, a adoção poderá ser deferida ao adotante, de forma que o adotado terá, inclusive, direitos sucessórios. Tal adoção é permitida tendo em vista a adequação do processo frente ao princípio do melhor interesse do menor. Sobre o tema Maria Berenice Dias relata que “trata-se de um processo socioafetivo de adoção.” (DIAS, 2010).

2.4 – Adoção “À brasileira”

Muitas vezes a Adoção “à brasileira” ou afetiva é confundida com a Adoção *Intuitu Personae*, ocorre que aquela se dá quando determinada pessoa

registra filho de outrem como se fosse seu descendente, comumente isso ocorre quando o companheiro/marido de uma mulher registra o filho dela como se fosse fruto de seu relacionamento com a mesma.

Não configurado o vício de vontade ou caso não tenha sido motivado por erro, tal ação não poderá ser anulada posteriormente, bem como constituiu crime contra a família e contra o estado de filiação.

O Código Penal Brasileiro dispõe em seu artigo 242 que “dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.” configura-se crime contra o estado de filiação.

Dessa forma, intuito de constituir vínculo parental, deveria ensejar a adoção do menor, vez que esta é legal e regulamentada pelo ECA em seu artigo 50, § 13, I, intitulada como adoção unilateral, conforme disposto no item 2.2.1 do presente trabalho e não registrar filho de outrem como se seu fosse.

2.5 – Adoção Homoparental

Apesar da adoção feita por casais homoafetivos não ser autorizada expressamente pela Lei de Adoção, o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”, sendo visível que o que deve ser analisado é o bem estar da criança, consistindo medida desnecessária a discriminação em relações aos casais homoafetivos.

Além disso, os doutrinadores e as jurisprudências têm reconhecido a possibilidade dessa modalidade de adoção, a qual é calcada no entendimento do STF através da ADI 4277/DF, Rel. Min.Ayres Britto. Ressalte-se que, também, há a possibilidade de adoção unilateral ao que concerne à relações homoafetivas, quando se tratar de adoção de filho de apenas um dos parceiros.

Sobre o tema, é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

[...] A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min.Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas

já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando". Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas"(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. [...] (STJ, 2013).

3. – VIABILIDADE DA ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

3.1 – Conceito de Adoção Intuitu Personae

A expressão "*Intuitu personae*" significa "em consideração à pessoa" e, em casos de adoção, também pode ser chamada de Adoção Direta, ela se configura quando os pais biológicos, em consenso, escolhem o adotante sem que haja prévia inscrição no CNA (Cadastro Nacional de Adoção).

Também recebe esse nome quando o adotante tem o intento de adotar criança determinada, a qual, por vezes, já possui vínculo afetivo com aqueles em

função de viver em um mesmo ambiente, ou então pretende adotar recém-nascido que foi abandonado em escórias ou na porta de sua casa.

A decisão dos pais biológicos em entregar seu filho aos cuidados de terceira pessoa se dá por inúmeras razões sejam elas psicológicas, financeiras ou emocionais, na maior parte dos casos, vizam proporcionar uma vida mais confortável e tranquila para o filho.

Sobre o tema Maria Berenice Dias explana que:

Dar um filho à adoção é o maior gesto de amor que existe: sabendo que não poderá criá-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor da que pode lhe propiciar, é atitude que só o amor justifica (DIAS, 2010).

3.2 – Impedimento da Adoção Intuitu Personae

Essa modalidade de Adoção foi limitada pela Lei 9.010 de 2009 que alterou o artigo 50 do ECA, restringindo as hipóteses de adoção direta, as quais somente poderão ocorrer em casos de adoção unilateral, pessoas que detêm a guarda/tutela ou, ainda, em casos de parentes com a guarda de criança maior de 3 (três) anos com vínculo afetivo configurado.

Dessa forma, não há disposição sobre a possibilidade de uma mãe/pai, por decisão própria, como ato volitivo, por motivos seja financeiro, social, ou traumático, entregar seu filho aos cuidados de terceira pessoa. Além disso, de forma incisiva o artigo prioriza que a criança fique sob guarda e proteção de parentes.

Sobre o tema, é o que dispõe o artigo 50, § 13 do ECA:

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

[...]

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: I - se tratar de pedido de adoção unilateral; II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

O intuito do estado de querer colocar a criança sobre a tutela de parentes nem sempre é a atitude mais benéfica ao menor, vez que, em alguns casos, sequer a criança tem convívio com a família ou, por vezes, os familiares não têm condições financeiras, sociais e psicológicas de fornecer segurança, educação, saúde e afeto à criança, caso que poderia ocorrer caso o menor ficasse com uma família adotiva escolhida pelos próprios pais biológicos.

Necessário observar que se os pais biológicos optaram por escolher pessoas que não fazem parte do seu ciclo familiar para entregar seu filho em adoção, é porque não confiam na aptidão da família para exercer a paternidade com excelência e em contrapartida o estado exaure as tentativas de deixar a criança com os parentes biológicos, sem que seja observado, por vezes, o melhor interesse da criança.

Nesse sentido é o entendimento de Dias

De todo descabida a institucionalização de bebês, quando a mãe manifesta o desejo entregá-lo à adoção. Ora, ela quer que o filho tenha um lar e não que seja institucionalizado ou entregue a algum membro de sua família. Se durante a gestação nenhum parente manifestou o desejo de ficar com a criança que iria nascer, inócuo deixá-la abrigada e buscar algum familiar que a queira (DIAS, 2016).

Na mesma temática Eunice Ferreira Rodrigues Granato elucida uma situação costumeira, vejamos:

Ocorre, com frequência, que uma mulher, estando para dar à luz, revela aos conhecidos que não tem condições de criar e educar o filho que vai nascer, pretendendo dá-lo a quem puder fazê-lo em melhores condições do que ela. Logo, por interpostas pessoas, um daqueles casais manifesta o desejo de adotar a criança e, não raro, passa a cuidar para que a mãe tenha a assistência necessária, visando um parto bem sucedido e uma criança saudável. Nascida a criança, a mãe sai com ela da maternidade e a entrega aos intermediários que a levam ao casal adotante (GRANATO, 2010).

É razoável, pelo senso comum, que a criança fique com o avós, no entanto deve ser observada a idade avançada desses ascendentes, pois pode ocorrer que não consigam prestar-lhes todos os cuidados necessários até a maioridade civil.

Tendo em vista, que a criança terá esses avós como sua figura paterna/materna e levando-se em consideração que a expectativa de vida do brasileiro, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), é em torno de setenta e cinco anos, pode ocorrer que os avós venham a óbito antes do menor atingir a maioridade.

Fato é que essa criança já teve que conviver com a perda dos pais biológicos, seja pela morte ou pelo abandono e agora terá que conviver com mais uma ausência de afeto. Nítido que esses casos concretos não podem passar despercebidos aos olhos do magistrado, pois pode colocar em risco o bem estar do menor.

3.3 – Cadastro Nacional de Adoção

3.3.1 – Conceito e habilitação

O Cadastro Nacional de Adoção (CNA) é coordenado pela corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e é uma ferramenta digital que consiste em um banco de dados para o auxílio dos juízes da Vara da Família nos processos de Adoção.

Todos aqueles que desejam adotar criança ou adolescente deverão estar habilitados no Cadastro Nacional de Adoção, o procedimento de inscrição é regido pelo artigo 197-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual estabelece o rol de documentos necessários para habilitação através de uma petição inicial.

Recebida a inicial o juiz da vista dos autos ao Ministério Público o qual deverá se pronunciar no prazo de cinco dias, poderá apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional encarregada de elaborar o estudo técnico a que se refere o art. 197-C do ECA, requerer a designação de audiência para oitiva dos postulantes em juízo e testemunhas ou requerer a juntada de documentos complementares e a realização de outras diligências que entender necessárias.

Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 do ECA, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

Ressalte-se que antes do postulante ser habilitado no Cadastro Nacional de Adoção são realizados estudos por autoridade competente visando uma melhor ambientação para a criança ou adolescente caso futuramente seja deferida a adoção para o postulante.

É o que diz o artigo 50, § 3º e 4º do ECA

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

[...]

§ 3º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

§ 4º Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e

adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

3.3.2 – Influência da Adoção *Intuitu Personae* no CNA.

Atualmente, o Cadastro Nacional de Adoção, segundo relatórios estatísticos do Conselho Nacional de Justiça, conta com 9.277 (nove mil duzentos e setenta e sete) crianças/ adolescentes cadastradas e 44.921 (quarenta e quatro mil novecentos e vinte e um) pretendentes cadastrados.

Dessa forma a quantidade de crianças cadastradas equivalem aproximadamente 20,54% (vinte e inteiros e cinquenta e quatro centésimos por cento) dos pretendentes adotados, ou seja, existem aproximadamente quatro pretendentes a cada criança cadastrada.

Ora, com a quantidade de pretendente habilitado não deveriam haver crianças institucionalizadas em abrigos. Isso se dá em razão do processo de adoção ser muito moroso. Ressalte-se que esse numerário de 9.277 (nove mil duzentos e setenta e sete) crianças contam apenas com as cadastradas, ou seja, já foi destituído o poder familiar, no entanto por motivos diversos algumas não estão aptas à adoção, vez que apenas 5.090 estão disponíveis a serem adotadas.

Frise-se que não estão inclusos nesses números todos menores abrigados, uma vez que pode ocorrer o abrigamento sem que haja o processo de destituição, no entanto o Conselho Nacional de Justiça não mensura em dados estatísticos a quantidade de menores nessa situação, uma vez que sequer estão aptos a serem adotados.

Ante o exposto, não se vislumbra motivo plausível para essas crianças estarem vivendo em abrigos, enquanto poderiam estar no seio de uma família, tendo uma vida comum, lhes sendo atribuído afeto, segurança, saúde e educação.

Portanto, há que se falar em institucionalização de crianças e adolescentes por parte do Estado, uma vez que são colocados em abrigos após a perda do poder familiar, processo esse que já é moroso até chegar nesta fase, em razão da sua dimensão drástica. Ocorre que, com toda essa tardança, o tempo se prolonga e essas crianças e adolescentes estão ficando mais velhas, fator que dificulta o processo de adoção, uma vez que os adotantes, normalmente, preferem adotar crianças mais novas.

Essa realidade acaba por fazer a criança e o adolescente conviver com mais esse rejeição, o que pode afetar diretamente na sua formação psicológica. Com o advento da maioridade, não há mais necessidade do abrigo, portanto, eles saem do abrigo, muitas vezes, sem nenhuma segurança e sem condições de prover o seu próprio sustento.

Percebe-se que há a formação de um ciclo e que a criança ou adolescente tem que conviver com a rejeição e o abandono durante a maior parte da sua vida. Será que é necessária toda essa institucionalização se isso poderia, por vezes, ser evitado com a regulamentação da Adoção Intuitu Personae?

Ressalte-se que, com eventual regulamentação desta modalidade de adoção, onde seria permitido que os pais, em consenso, entregassem seu filho a determinada pessoa que considere apta para criar a criança, possivelmente os numerários do cadastro nacional de adoção seriam reduzidos.

Com tal dispositivo não haveriam impedimentos para que os genitores recorressem ao judiciário com a finalidade do Juiz da Vara da Família homologar o pedido de Adoção, sendo que o Ministério Público atuaria como fiscalizador da lei, resguardando assim os interesses dos incapazes.

4. – PROJETO DE LEI NÚMERO DE 369 DE 2016

Tramita no Senado Federal, projeto de lei de nº 369, de 2016 que altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, para dispor sobre adoção Intuitu Personae, a qual, até o momento, não é autorizada e sequer vedada pela Legislação Brasileira. Analisemos as alterações propostas pelo senador, à época, Aécio Neves:

O CONGRESSO NACIONAL decreta no art. 1º do referido Projeto de Lei que o art. 50 do ECA, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 50.

[...]

§ 13º [...] IV – se tratar de adoção na modalidade intuitu personae, mediante a comprovação de prévio conhecimento, convívio ou a mizade entre adotantes e a família natural, bem como, para criança maior de dois anos, do vínculo afetivo entre adotantes e adotando.

§ 14º Nas hipóteses previstas no § 13º deste artigo, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto nesta Lei, inclusive submetendo-se ao procedimento de habilitação de pretendentes à adoção.

§ 15º Não se aplica a hipótese do inciso IV do § 13º deste artigo em favor de candidato a adoção internacional.” (NR)
Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, durante a gravidez ou depois do parto, a pessoa que irá adotar seu filho.

Evidencia-se, através do projeto de lei, a magnitude desta regulamentação, tendo em vista que provavelmente terá um impacto positivo e direto nos números exorbitantes dispostos no CNA, bem como terá um grande alcance humanitário, caso seja aprovada, em razão da quantidade de crianças que têm sido institucionalizadas, passando largos anos sem um ambiente familiar, e, por vezes, atingindo a maioria sem que alguém lhe tenha prestado carinho, afeto e educação.

Este interregno de tempo que a criança passa institucionalizada é uma regressão, uma vez que ela já sofreu com a ausência dos pais biológicos e agora tem que lidar com a rejeição, em razão da morosidade da adoção. Aqui é possível perceber o quanto a não regulamentação da Adoção Intuitu Personae pode causar um impacto negativo na vida dessas pobres crianças.

Sobre o tema, a Senadora Katia Abreu, em seu parecer acerca do Projeto de Lei dispôs que:

Ao defender a prática da adoção direta, invoca-se, habitualmente, o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, os quais, de outra maneira, permaneceriam sem família por largos anos. Já ao condenar a prática, habitualmente alega-se sua falta de previsão legal, haja vista entender-se que as exceções à obrigatoriedade da inscrição no cadastro previstas no ECA são taxativas, sem admitir outras situações (ABREU, 2016).

Como bem salientou a senadora, existe uma linha tênue entre o princípio do melhor interesse do menor e a regulamentação da Adoção Intuitu Personae, a qual traz inúmeros benefícios à criança, tendo em vista que eventual aprovação desse Projeto de Lei poderá expandir as opções para que uma criança passe a conviver em um ambiente familiar adequado e não em casas de acolhimento.

Em que pese, hajam muitas preocupações por parte do Presidente do Colégio de Coordenadores da Infância e da Juventude dos Tribunais de Justiça do Brasil, conforme disposto na moção feita no corpo do processo do projeto de Lei, os fundamentos apresentados não merecem prosperar. Explico:

Apesar dessas preocupações serem totalmente compreensíveis, tendo em vista que têm por finalidade resguardar a segurança dos menores, evitando a sua comercialização e tráfico infantil. Ora, é de conhecimento amplo que uma adoção apenas é deferida através de uma sentença, mediante um devido trâmite processual, ou seja, o Estado não estará entregando crianças a estranhos, sem que tenha havido um processo, com comprovação de renda/domicílio, atestados de sanidade física/mental, certidão de antecedentes criminais, bem como certidão negativa de distribuição cível, conforme preleciona o artigo 197-A do ECA.

Além disso, o projeto de lei apresentado não dispensa a atuação do representante do Ministério Público durante todo o processo, sendo que este continuará atuando de forma a proteger os interesses dos menores, bem como fiscalizar a Lei, conforme dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

- I - interesse público ou social;
- II - interesse de incapaz.

Ante o exposto, dá-se a entender com leitura do Projeto de Lei que a única coisa que mudará é a prévia habilitação no cadastro nacional. Permitindo, assim, que os pais biológicos escolham para quem vão entregar os seus filhos.

No entanto, isso não se dará de forma extrajudicial, uma vez que está sendo discutido interesses de incapazes e, portanto, obrigatoriamente, deverá ser instaurado um processo judicial de adoção, de forma a prevenir eventual lesão aos direitos desses menores que, apesar da tenra idade, já têm que conviver com o abandono afetivo.

5. ADOÇÃO NORTE AMERICANA

Segundo consta no site do Senado Federal em grande parte do mundo, as normas de adoção são menos exigentes que as adotadas no Brasil.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a adoção pode ser pública ou privada, aberta, semiaberta ou fechada, mas só pode ser deferida através de uma decretação judicial, o processo/procedimento pode ser iniciado através de agências de adoções, públicas ou privadas, com autorização governamental, ou pode ser realizada por advogados, de modo independente.

Ressalte-se que nos casos do procedimento de adoção realizado através das agências ou oficinas de adoção, os menores ficam sob os cuidados da própria agência, sendo que eles prestam toda a assistência a esses adotantes até que todo o procedimento seja finalizado perante o Poder Judiciário.

Sendo assim, nos EUA, os pais biológicos podem escolher o adotante, identificando-o pelo nome em um documento de "renúncia" ao filho, esse procedimento é conhecido como a Adoção Intuitu Personae. Os pais biológicos podem, ainda, renunciar ao poder familiar e não indicar uma família em potencial

para ser a adotante, neste caso a agência escolherá os pais adotivos para o menor conforme o cadastro de pretendentes.

Em casos de Adoção Independente, o processo é iniciado antes do nascimento da criança, ou seja, os contatos iniciais são feitos entre a gestante e os pais adotivos, ou pelo advogado, nesta modalidade também é possível identificar o caráter *intuitu personae*.

Existe, ainda, em grande parte dos Estados norte-americanos a chamada Adoção Dirigida, que se constata através da elaboração de um documento particular de renúncia e um de adoção *intuitu personae*, sendo que são submetidos a uma posterior autorização judicial.

Trata-se de Jurisdição Voluntária, tendo em vista que não existe litígio entre as partes, neste caso os pais biológicos, de forma expressa, escolhem os adotantes, constatando-se assim, reiteradamente, o caráter *Intuitu Personae* nas modalidades de adoção nos EUA.

Diante disso, contempla-se que a finalidade da Adoção *Intuitu Personae* é resguardar os interesses dos menores e acelerar a inserção dessas crianças no seio familiar, ressaltando que o procedimento só finaliza mediante autorização judicial e intervenção ministerial.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, possível observar que com a regulamentação da Adoção *Intuitu Personae*, grandes seriam as chances de descomprimir o Cadastro Nacional de Adoção, tendo em vista que existem aproximadamente quatro pretendentes (para adotar) a cada criança cadastrada, ou seja, a burocratização deste processo faz com que esses menores fiquem institucionalizados, sendo que existem pretendente aptos para adotá-los, havendo aqui uma transgressão ao princípio que rege todo o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é o Princípio do Melhor Interesse do Menor.

Dessa forma, caso houvesse a regulamentação, haveria uma celeridade no processo de Adoção, conforme exposto no presente trabalho, tendo em vista que seria permitido que os pais, em consenso, entregassem seu filho a determinada pessoa que considere apta para cuidar da criança, sendo que o

judiciário atuar a homologar o pedido, observando os requisitos já dispostos no artigo 197-A do ECA, bem como o Ministério Público interviria como fiscalizador e com a finalidade de resguardar os interesses dos menores.

Necessário frisar também a atuação estatal nesse processo, uma vez que, atualmente, com o advento da Lei 12.010/09, não há vedação expressa a essa adoção, bem como, não há dispositivo que a regule, ou seja, existe aqui uma passividade do Estado em relação a essa modalidade. Ressalte-se que há um Projeto de Lei que tramita há três anos, o qual de forma específica regulamenta a Adoção Intuitu Personae, no entanto, apesar de ser um tema extremamente pertinente no âmbito nacional, o projeto encontra-se estagnado, demonstrando, de forma incisiva, a já mencionada passividade estatal.

Para colaborar com o trabalho foi relatado de forma sintética e superficial, a possibilidade da Adoção Intuitu Personae nos Estados Norte Americanos e sua eficácia acerca do Princípio do Melhor Interesse do Menor, tendo em vista que atua de forma vigorosa para inserir essas crianças aptas a serem adotadas no seio familiar, sendo que o pedido de adoção somente é deferido através de uma sentença.

Sucintamente, observa-se que a Adoção Intuitu Personae traz inúmeros benefícios à vida das crianças e adolescentes que de alguma forma sofrem com o abandono familiar, uma vez que facilita o processo de adoção, bem como sua desburocratização. Sendo que será resguardado todos os direitos desses menores, pois não há que se falar na não atuação estatal no processo, mas sim, na permissão dos pais escolherem para quem vão entregar seu filho, de forma que o Judiciário e o Ministério Público seriam fiscalizadores da Lei, a fim de que não fosse desrespeitado nenhum interesse do menor, dessa forma, o juiz, mediante análise das documentações, o poder de deferir ou não o pedido.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002C. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm;

BRASIL, Lei nº 12.090 de 11 de Novembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12090.htm;

BRASIL, Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm;

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm;

BRASIL, Projeto de Lei do Senado Federal nº 369 de 07 de Outubro de 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=20615&paginaDireta=00103#diario>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Adoção passo a passo*, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/cadastro-nacional-de-adocao-cna/passo-a-passo-da-adocao>;

DIAS, Berenice Maria, Manual de Direito das Famílias, 7ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010;

DIAS, Berenice Maria, *A falência do Sistema de Adoção*, 2016. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arg/\(cod2_13013\)A_falencia_do_sistema_da_adocao.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arg/(cod2_13013)A_falencia_do_sistema_da_adocao.pdf);

DINIZ, Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Livro 5. Direito de Família, 25ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2010;

DE CASTRO, Thiago, GOMES, William, 2011, *Aplicações do método fenomenológico à pesquisa em psicologia: tradições e tendências*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-166X2011000200003&script=sci_abstract&tlng=pt;

GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 5ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 1999;

LAKATOS, E. MARCONI, M. A. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 4. Edição, São Paulo, 2001;

IBGE, *Expectativa de Vida do Brasileiro sobe para 75,8 anos*, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos>;

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática*. 2. ed. rev. e ampl. com comentários à nova Lei da adoção - Lei 12.010/09. Curitiba : Juruá, 2010, p. 141

MARTINS, Minouche, *Entendendo o Processo de Adoção nos Estados Unidos*, 2017. Disponível

em: <http://www.viveramornafamilia.com.br/index.php/blog/noticias-no-mundo/item/100-entendendo-o-processo-de-adocao-nos-estados-unidos.html>;

SENADO FEDERAL, *Regras de Adoção ao Redor do Mundo*. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/regras-de-adocao-ao-redor-do-mundo.aspx>;

STJ- Resp: 1281093 SP 2011/0201685-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGUI, Data do Julgamento 18/12;2012, T3 – Terceira Turma, Data da publicação: Dje 04/02/2013. Disponível

em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23042089/recurso-especial-resp-1281093-sp-2011-0201685-2-stj>.

NOTA:

[1] Graduado em Filosofia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2000) e mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (2017). Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins - TO. E-mail: osnilson@catolica-to.edu.br.

FACÇÕES CRIMINOSAS NA CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA DE PALMAS-TO

GABRIELE BATISTA CRISPIM:

Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ENIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO^[1]

(Orientador)

RESUMO: O artigo estuda a presença das facções criminosas na Casa de Prisão Provisória de Palmas, Tocantins com o objetivo de identificar a existência de tais facções criminosas na Casa de Prisão Provisória de Palmas –TO. Para o desenvolvimento do estudo, foram utilizados os métodos pesquisa exploratória e descritiva, bem como as técnicas de pesquisa bibliográfica e de campo. O instrumento de coleta de dados foi a entrevista estruturada com 10 (dez) perguntas abertas e foram dirigidas a 06 (seis) agentes prisionais e 01 (um) responsável pela gerência do presídio. Os dados obtidos na pesquisa foram analisados e apresentados qualitativamente. Os principais resultados foram que o surgimento das facções criminosas teve início com o Cangaço, aproximadamente entre os séculos XIX e XX e foram se disseminando, integrando outros núcleos, como jogos de azar, tráfico de drogas, de armas, sequestros e outros. O não cumprimento da Lei de Execução Penal, a superlotação dos presídios brasileiros, a ineficácia do serviço penitenciário e condições indignas dos presos dão espaço para que as facções criminosas avancem nos presídios. No caso do Tocantins, existem facções criminosas, porém estão controladas, principalmente pelo trabalho de monitoramento dos agentes e da inteligência criminal que atuam de forma preventiva.

PALAVRAS-CHAVE: Facções. Criminosas. CPPP de Palmas-TO.

ABSTRACT: *The article deals with criminal factions on Palmas, Tocantins' House of Provisional Arrest, with the objective of identifying the existence of such criminal factions on Palmas, Tocantins' House of Provisional Arrest. For the development of the study, exploratory research and descriptive method were used, as well as the bibliographic and field research techniques. The data collection tool was the structured interview with 10 (ten) open questions and they were directed to 06 (six) prison officers and 01 (one) responsible for the prison's management. The obtained*

data on the research were analyzed and qualitatively presented. The main results were that the emergence of the criminal factions began with Cangaço, approximately between the 19th and 20th centuries, where they were disseminated and integrated other nuclei, such as gambling, drug trafficking, arms, kidnapping, and others. The failure to comply with the Criminal Enforcement Law, the overcrowding in Brazilian prisons, ineffective prison service and unworthy conditions of prisoners gives space for criminal factions to advance in prisons. In the case of Tocantins, there are criminal factions, but they are controlled, mainly by the monitoring work done by the agents and the criminal intelligence that act in a preventive way.

KEYWORDS: *Factions. Criminals. CPP of Palmas-TO.*

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho estuda as facções criminosas na Casa de Prisão Provisória de Palmas – CPPP com a finalidade identificar se há organizações criminosas naquela instituição correcional. Sabe-se que as facções criminosas são um problema na atualidade que afeta diretamente a sociedade.

A disciplina da Lei nº 12.850 instituída 02 de agosto de 2013, considera organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (art. 1.º, § 1.º) (BRASIL, 2013).

Nas décadas de 70, 80 e meados da década de 90, surgiram os primeiros ensejos desses grupos nas prisões do Rio de Janeiro e de São Paulo. Prisões essas de grande relevância quando se refere à atos violentos, e por terem significativas organizações criminosas do país, podendo ser assim serem definidas: falange vermelha e comando vermelho.

Os estabelecimentos de prisão geralmente não são suficientemente adequados a ponto de impedir que as facções cresçam ou que sejam extintas. Desse modo, acabam sendo cada vez maiores os níveis de influência desses criminosos, a

ponto de revelarem um verdadeiro horror, seja com grupos rivais, seja por ganância de mais poder.

Um dos fatores que provavelmente desencadeia a organização de criminosos em facções é o tráfico de drogas, pela necessidade gerada em razão da complexidade do comércio de drogas ilícitas. Uma vez que o usuário de drogas pode ser confundido com o traficante, recebendo, portanto, pena de tráfico de drogas e muitas vezes sendo punido também com reclusão, porém não existe comprovação científica dessa informação.

O presente artigo se justifica, pois, é necessário identificar se dentro da estrutura da Casa de Prisão Provisória de Palmas existem facções criminosas identificadas, divisões no presídio devido os respectivos grupos. Insta salientar que se trata de uma temática com bastante vertente, que cabe ser averiguada, fazendo com que assim, a sociedade possa ser informada de atual situação das facções criminosas.

Para tanto, o problema a ser respondido deste trabalho foi: Como a CPPP estaria lidando com a existência de facções criminosas no Município de Palmas?

Seguidamente o objetivo geral encontra-se em: identificar a existência de facções criminosas na Casa de Prisão Provisória de Palmas –TO. Os objetivos específicos foram de: abordar sobre o surgimento das facções criminosas no Brasil; enfatizar acerca do sistema penitenciário brasileiro quanto ao não cumprimento da Lei de Execuções Penas concernentes as facções criminosas no Brasil, e apresentar os dados obtidos na pesquisa de campo realizada na Casa de Prisão Provisória de Palmas-TO – CPPP.

A metodologia utilizou pesquisa exploratória e descritiva. As técnicas a e pesquisa bibliográfica e de campo. A pesquisa bibliográfica obtida a partir de fontes digitais, códigos, livros, leis, decretos, jurisprudências e outros. A pesquisa de campo empírica foi realizada na CPPP – Casa de Prisão Provisória de Palmas, Tocantins. O instrumento de coleta de dados foi à entrevista estruturada com 10 (dez) perguntas abertas e foram dirigidas a 6 (seis) agentes prisionais e 1 (um) responsável pela gerência do presídio. Os dados obtidos na pesquisa foram analisados e apresentados qualitativamente.

A estrutura do artigo está dividida da seguinte forma: introdução, que apresenta o problema, a justificativa, os objetivos e a metodologia. Revisão de literatura que abordou a respeito das facções criminosas no Brasil e o tratamento e dado pelo sistema penitenciário, o não cumprimento da Lei de Execuções Penais como fator que facilita o aliciamento de integrantes para compor as facções criminosas no Brasil. Além do mais, foi desenvolvido o item resultados da pesquisa realizada na CPPP. Diante do exposto, este trabalho apresenta aportes no que tange a existência de crimes organizado na CPP de Palmas-TO e as decorrências desses grupos no sistema prisional.

2. O NASCIMENTO E ASCENSÃO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL

Não é fácil a exata compreensão do início do período em que se originaram as facções criminosas no Brasil. De acordo com Massom e Marçal (2018, p.20): “[...] o primeiro texto normativo a tratar do tema foi a Lei nº 9.034 de maio de 1995 (alterada pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001)”, na qual dispôs sobre a “[...] utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, sem, no entanto, defini-las e tipificá-las”.

Não obstante Massom e Marçal (2018, p.20) pontuam que:

O disciplinamento das organizações criminosas em nosso país ganhou novos ares com a incorporação ao ordenamento pátrio da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida também por Convenção de Palermo, promulgada internamente pelo Decreto Presidencial 5.015/2004. Isso porque, pioneiramente, descortinou-se o conceito de “grupo criminoso organizado” (art. 2.º, “a”), não, porém, sua tipificação.

Todavia, a respectiva lei apesar de ser a única naquele período que tratava do crime de organização criminosa, não tipificava como delito a conduta de compor aquela organização, nem tampouco definia organização criminosa.

Na visão de Távora, Roque e Alencar (2017, p.842): “As disposições se destinavam à disciplina do uso de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações”.

Porém, ainda havia a necessidade de maior especificação do referido crime, dessa forma legitimou-se a Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, que revogou a lei nº 9.034. A referida lei deu maior especificidade ao conceito e aplicação ao crime, detalhando também a investigação criminal e as formas de obtenção de provas.

Apesar da existência do crime organizado ter bastante tempo, mesmo antes da edição da referida lei, atentou-se o legislador a tipificar, dando uma atenção especial, haja vista o aumento considerável de crimes dessa espécie.

É importante ressaltar as falas das autoras Gonzalez e Bonagura et al. (2004, p. 03):

No Brasil, a associação criminosa derivou do movimento conhecido como cangaço, cuja atuação deu-se no sertão do Nordeste, durante o século XIX, como uma maneira de lutar contra as atitudes de jagunços e capangas dos grandes fazendeiros, além de contestar o coronelismo. Personificados na figura de Virgulino Ferreira da Silva, o "Lampião" (1897-1938), os cangaceiros tinham organização hierárquica e com o tempo passaram a atuar em várias frentes ao mesmo tempo, dedicando-se a saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem ou sequestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgates. Para tanto, relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policiais corruptos, que lhes forneciam armas e munições.

Esse movimento propagado pelo cangaço pode ser considerado uma forma de crime organizado, no qual é possível observar a figura do líder, o senhor Virgulino Ferreira da Silva (conhecido como "Lampião"), e os cangaceiros como subordinados a receberem e a colocarem em prática as ordens de seu preconizadas pela liderança.

Nesse sentido, cada um possuía uma função específica e a cumpria dentro do grupo de forma a executar os planos do líder.

Dessa forma, as organizações criminosas foram evoluindo, de modo que há vários segmentos que podem desencadear esse crime. Sobre o assunto, Silva e Costa (2018, p.4) afirmam:

Há uma infinidade de segmentos do crime organizado, porém o mais lucrativo é o responsável pelas drogas, depois o tráfico de armas em seguida o tráfico humano para fins de prostituição, trabalho escravo ou até mesmo comércio de órgãos, por fim a corrupção e a lavagem de dinheiro, esse último é um crime típico das organizações criminosas

Seguidamente, Pinheiro (2018, p. 23), afirma que o Primeiro Comando da Capital (PCC), considerada a facção paulista surgiu em agosto de 1993, na Casa de Custódia e Tratamento “Dr. Arnaldo Ferreira”, na cidade de Taubaté, interior de São Paulo, conforme preconiza Porto (2008, p.73):

Originariamente, o Primeiro Comando da Capital era o nome de um time de futebol que disputava o campeonato interno do presídio de Taubaté, na época estabelecimento apelidado pelos detentos como “piranhão” ou “masmorra”, por ser considerado o mais severo do sistema. Os detentos da Casa de Custódia tomavam banho de sol apenas uma hora por dia, ao lado de um pequeno grupo de encarcerados, no máximo dez. Todos permaneciam em celas individuais, sem direito a visita íntima.

Continuando, Porto (2008) relata que ao chegar à final de um campeonato, o time Primeiro Comando da Capital, integrado pelos presos denominados fundadores José Marcio Felício (Geleirão), Cezar Augusto Roriz (Cezinha), José Eduardo Moura da Silva, (Bandeijão), Idemir Carlos Ambrósio (Sombra), dentre outros, resolveram em vez de jogar futebol, acertar as contas com dois integrantes do time adversário, resultando na morte destes presos. Deste ato, observou-se que o contorno da reivindicação foi contra as precárias condições do sistema prisional, que originou a facção criminosa

Algumas facções chegaram a criar os próprios estatutos conforme relata Porto (2008, p.77,78 e 89) que devem ser cumpridos pelos seus súditos, vejamos, um trecho:

ESTATUTO DO COMANDO VERMELHO

1. Respeito, Lealdade, Justiça e União

2. Todos da organização ficam cientes que a prioridade de tudo é a Liberdade, o Resgate, a Tomada na Rua, em Delegacias, Fórum, sem discriminação para todos. É a liberdade a qualquer custo.

3. Os amigos com estrutura que não contribuirão com a organização, e que fiquem usando o nome do Comando Vermelho para fins próprios, serão condenados à morte sem perdão.

ESTATUTO DO PCC

1. Lealdade, respeito e solidariedade acima de tudo ao Partido.

7. Aquele que estiver em liberdade 'bem estruturado', mas que esquecer de contribuir com irmãos que estão na cadeia, serão condenados a morte sem perdão.

10. Todo integrante tem que respeitar a ordem e disciplina do partido. Cada um vai receber de acordo com aquilo que fez por merecer. A opinião de todos será ouvida e respeitada, mas a decisão final será dos fundadores do Partido.

O Comando Vermelho, segundo Campos e Santos (2004) é uma facção criminosa formada no Presídio de Bangu 1, composta por líderes do Tráfico de Entorpecentes. Na realidade, o Comando Vermelho nada mais é que uma versão da Falange Vermelha, mas com dedicação exclusiva ao tráfico de entorpecentes, inclusive tendo como alguns de seus membros e fundadores os mesmos que fundaram a Falange Vermelha

Já a Falange Vermelha foi formada no Presídio de Ilha Grande, por chefes de quadrilhas especializadas em roubos a bancos. Na realidade, a denominada Falange Vermelha nada mais era que um grupo de criminosos de roubo que atuavam em conjunto sob um mesmo "código de ética". Segundo Veloso (2003, p. 01), o processo de formação da Falange "foi desencadeado na prisão de segurança

máxima de Ilha Grande durante os anos da ditadura, quando os guerrilheiros da luta armada se misturam por quatro anos com presos comuns aqueles que praticavam o crime do furto e do roubo”.

Entretanto o que percebemos é que o Estado não consegue controlar as facções, esta presença da ausência do Estado como organizador faz com que os grupos formem governos paralelos com regras próprias como Estatutos de convivência entre si. Demonstrando um perigo para a sociedade, tendo em vista que, estão crescendo. A estruturação das facções, inclusive com normas internas, demonstra a complexidade de suas estruturas, formando-se como verdadeiro Estado paralelo.

Em alguns presídios observa-se que os líderes das facções comandam ações externas, além de faturamento, entregas, planejando crimes e outros. Acredita-se que somente o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD possa inibir a atuação dos líderes de facções criminosas, uma vez que as celas são individuais, direito a apenas duas horas de banho de sol, em pequenos grupos selecionados, de forma intimidar a comunicação de integrantes da mesma facção. Além do mais, no RDD os presos não têm acesso a televisão, rádio, visita íntima.

Sobre o assunto Porto (2015, p.66) declara:

O efeito prático dos líderes das facções criminosas propiciado pelo Regime Disciplinar Diferenciado foi devastador para a criminalidade organizada. Com a falta de contato com os líderes, importantes integrantes, alguns deles fundadores destas facções, foram destituídos de seus comandos, causando a desestruturação desses grupos criminosos.

Assim sendo, se faz necessário que seja colocada em prática a Lei de Execuções Penais, a fim de os apenados ou detentos, ao deixarem os presídios tenham condições de acesso ao mercado de trabalho, educação, outros evitando reincidência ou novo aliciamento de facções criminosas.

3. O SISTEMA PENITENCIÁRIO E O NÃO CUMPRIMENTO DA LEI DE EXECUÇÕES COMO FATOR QUE FACILITA A COOPTAÇÃO DE MÃO DE OBRA PARA AS FACÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL

Enfatizar sobre facções criminosas no sistema penitenciário é tratar de um problema de ordem social instalada no Brasil, como um dos significativos entraves relacionados a segurança pública nacional, visto as consequências deflagradas por atos que inferem a proteção da sociedade.

A lei de Execução Penal tem como objetivo efetivar o conteúdo da decisão judicial, ou seja, fazer o condenado cumprir a pena a que foi condenado.

O objetivo da execução penal, conforme descrito no artigo 1º da LEP, é efetivar o disposto na sentença ou decisão criminal. Nesse sentido, Marcão (2014, p.01) aduz:

[...] visa-se pela execução fazer cumprir o comando emergente da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, estando sujeitas à execução, também, as decisões que homologam transação penal em sede de Juizado Especial Criminal.

Essas decisões podem ser a aplicação de pena, com privação ou não de liberdade, ou medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (MARTINS; MACHADO, 2016, p.10).

Doravante nesse diálogo epistemológico Cordeiro (2007, p. 53), aponta que as superlotações das prisões acumuladas são devido à precariedade de recursos e de investimentos permitem o crescimento excessivo da criminalidade e da violência, causando repúdio ao sistema prisional.

Porém, as administrações dos presídios precisam respeitar esta divisão de grupos dentro do sistema carcerário, até mesmo para preservar a vida dos presos. É indubitavelmente uma questão delicada: presídios abarrotados, poucos agentes carcerários, funcionários corruptos que fazem vista grossa, permitindo que armas e entorpecentes entrem nos presídios e ainda um sistema judiciário lento e retrógrado (ROCHA; NEVES, 2018, p.7).

Apesar de a LEP garantir ao encarcerado diversos direitos, esses, efetivamente não em sua grande maioria cumpridos, o que acaba por "sabotar" a almejada ressocialização do indivíduo, que é o objetivo principal da mencionada lei.

As condições subumanas de viver dentro das prisões, juntamente com a falta de segurança, contribuem para a ação do crime organizado.

Devido à grande desocupação dos apenados dentro dos presídios brasileiros, acabam por aderir a alguma facção criminosa, aprendendo mais sobre o crime, recebendo comandos e efetivamente participando dos crimes.

O Regime Disciplinar Diferenciado, criado no Estado de São Paulo, em 2001, pela Resolução nº 26 da Secretaria da Administração Penitenciária e transformado em Lei Federal é incorporado à LEP, em 2003 (Lei 10.792/03), era utilizado como um importante instrumento utilizado com finalidade a enfraquecer as organizações criminosas, por vezes isolando um líder de seu grupo.

No entanto, ele não conseguiu atingir esse objetivo, haja vista a segunda megarrebelião que atingiu o Estado em 2006, na qual 74 unidades prisionais se rebelaram, demonstrando o crescimento e fortalecimento do PCC não só no sistema carcerário, mas também fora das prisões, articulando centenas de ataques às forças do Estado e atingindo a sociedade civil (DIAS, 2009, p. 129).

O "*modus operandi*" que as facções criminosas conseguiram burlar, o RDD é só mais um dos exemplos que denota a perda da força do Estado sobre o crime organizado.

Entendendo que o RDD significa o Regime Disciplinar Diferenciado, instituído pelo artigo 52 da Lei de Execução Penal que dispõem ao encarcerado a possibilidade de uma pena especial a ser cumprida em regime fechado. Para tanto, o preso terá a regalia de uma cela individual, com limitações ao direito de receber visitas e o direito de sair da cela independentemente ser a sua condição for provisória ou de condenação.

Desta forma, mesmo que o líder da facção esteja preso, ele consegue dar comandos aos seus "súditos", de modo que os agentes penitenciários não conseguem controlar esses criminosos.

As atuais políticas de fiscalização dentro das penitenciárias, bem como, o modo de separação dos encarcerados precisam ser revisto. As evidências que denotam que estão fora do controle concreto dos órgãos fiscalizadores são óbvias.

(...) O fato de o RDD não ter sido capaz de atingir os objetivos oficialmente pretendidos, de enfraquecimento das organizações que atuam nas prisões, principalmente o PCC, não significa que ele tenha se tornado irrelevante do ponto de vista de seu impacto na dinâmica prisional (DIAS, 2009, p. 129).

Sobrepunhando que o regime disciplinar diferenciado teve a sua concepção para viabilizar às necessidades que geram maior segurança para os estabelecimentos penais e de defesa da ordem pública.

4. RESULTADOS DA PESQUISA REALIZADA NA CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA DE PALMAS, TO – CPPP

A pesquisa realizada no final do mês de maio na Casa de Prisão Provisória de Palmas – CPPP contou com a participação de 6 (seis) agentes penitenciários e 01 (um) servidor que trabalha na Gerência do Presídio. Com vistas a preservar as identidades, os agentes foram renomeados com letras do alfabeto português, ou seja, Agente A, B, C, D, E e F. Já o servidor que trabalha na gerência foi renomeado com número, Gerente 1. O formulário da pesquisa foi a entrevista estruturada com perguntas abertas.

A primeira pergunta da entrevista foi: existem facções criminosas na CPPP? Analisando as respostas dos entrevistados, todos os agentes concordaram que existem facções criminosas na CPPP. Segundo o Gerente 1: "*As facções são: Primeiro Comando da Capital e Comando Vermelho*".

De acordo com Marques (2010) tanto o Primeiro Comando da Capital e Comando Vermelho são organizações criminosas brasileiras e atuam influenciando o acontecimento de rebeliões nos presídios, assaltos diversos, assassinatos, tráfico de drogas e armas ilícitas. A atuação desses segmentos está mais presente no Estado de São Paulo, embora também atue em todos os Estados da Federação e outros países da América Latina.

Ou seja, é muito preocupante a presença de facções criminosas nos presídios que atuam reforçando os atos ilícitos, influenciando negativamente, detentos, que poderiam ser recuperados, mas que terminam voltando à marginalidade, fazendo que o Estado não consiga alcançar seu objetivo maior que é a ressocialização do preso e a devolução ao convívio social.

A segunda pergunta buscou descobrir como os presos são divididos no presídio por alas para cada facção. De acordo com o Agente A, os presos *“São divididos por pavilhões por questão de segurança”*. Essa resposta foi comungada pelos demais Agentes entrevistados. O Gerente 1 respondeu que: *“Sendo três pavilhões; tem as alas especiais, onde ficam os chamados segurados. Tem o pavilhão A que é chamado de P.A e o B, P.B”*.

Deste modo, percebeu-se que os presos de maior periculosidade, integrantes de facções, estão sendo dirigidos ao Pavilhão A, em separado dos demais presos, menos perigosos.

A terceira pergunta da entrevista dirigida aos agentes buscou descobrir a existência de política interna para erradicar o domínio das facções criminosas ou até mesmo, para monitorá-las.

Neste item todos os Agentes, inclusive o Gerente responderam que sim, há política interna para tal. Vale destacar a fala do Agente B: *“Sim. Trabalhamos com base no que a lei estabelece. Se é descoberto alguma novidade dentro da penitenciária, logo é repassada para o serviço de inteligência.”*

A Lei de Execuções Penais prevê a separação dos presos em locais físicos diferenciados. Os provisórios devem ficar separados dos condenados, e os condenados daqueles com alta periculosidade. Porém, os presídios brasileiros estão sucateados, e, nem todos procedem ao estabelecido em lei. Fatores como superlotação, faz com que réus primários tenham que conviver com criminosos brutais.

Para que os presídios pudessem ter maior controle das facções criminosas, seria interessante adotar alguns procedimentos, como: reduzir a quantidade de presos provisórios, aumentarem a quantidade de penas alternativas, colocar em prática as atuais legislação de drogas, incentivar o trabalho e estudo dos presos,

promover melhorias, reformas nos presídios, a fim de que se tornem locais favoráveis ao cumprimento da pena.

Com relação à quarta pergunta, foi questionado se em outros presídios estaduais há controle maior quanto aos faccionados. De acordo com os Agentes entrevistados A, B, e D, a resposta foi negativa. Quanto aos Agentes E e F, responderam *“Não tem conhecimento”*. Para o Agente C: *“Sim. Os outros presídios estaduais menores há um controle maior, já na Casa de Prisão Provisória de Palmas, TO, tem muitos presos e dificulta o controle quanto aos faccionados”*.

Concordando, o Gerente 1 respondeu: *“Sim. Principalmente pela área de inteligência, pois, fazem o trabalho de identificação das organizações criminosas. No Estado do Tocantins está menos desenvolvido o controle dos faccionados”*.

Para Mingardi (2007) afirma que com relação as organizações criminosas o trabalho da inteligência é fundamental. Por meio de investigação, a inteligência tem condições de prever com antecedência os próximos passos dos criminosos, identificando formas, tipos de crime que estão planejando realizar; conhecer as lideranças e elementos mais importantes que comandam as facções; monitorar, acompanhar as rotinas da organização e conhecer os pontos fortes e fracos para traçar estratégias de combate.

A quinta pergunta solicitada aos entrevistados é sobre a existência de presos não faccionados e como ocorre a interação com os faccionados. Todos os agentes responderam que existem não faccionados. A respeito da interação com presos faccionados, o Agente B respondeu: *“Os não faccionados ficam em celas especiais, ou pavilhões e preferem não se faccionar”*. De forma parecida respondeu o Agente C: *“Os não faccionados ficam em salas especiais separados dos faccionados, justamente para não se tornar um faccionado se ficar misturado”* para este Agente em específico, o preso faccionado não se relaciona com faccionados para evitar a própria morte.

Opinião contrária do Agente D: *“Os não faccionados são submissos aos faccionados [...] porém, quando juntos, [...] convivem tranquilo com os faccionados.”*

De acordo com o Gerente 1: *“Durante a triagem são feitas perguntas para os presos, se quer ficar isolado ou junto dos faccionados. Caso queiram ficar isolados,*

acabam indo para alas especiais; caso queiram descer para os pavilhões ficam em um lugar chamado 'comunidade'. O Gerente 1 também relatou que ao integrar determinada facção, se for preso novamente não podem fazer parte de outra, mesmo que não esteja faccionado, mas devido a convivência em determinado pavilhão. De forma que neste caso, deve voltar para o mesmo pavilhão, caso seja preso novamente.

Com relação à sexta pergunta foi a respeito do sistema prisional, questionando se a formação atual, ajuda no fortalecimento e consolidação das facções criminosas. De acordo com os Agentes A e B tem-se feito o máximo para enfraquecer as facções: *"No Estado do Tocantins não, pois, é feito o máximo para o enfraquecimento das facções"*(AGENTE A).

Os Agentes C e D entendem que o sistema prisional contribui sim; *"A luta para mudar é constante, mas na atual conjuntura do sistema prisional, ajuda muito. O mesmo problema que tem na CPPP tem em outros Estados. É um problema nacional"*.(AGENTE C). Para os Agentes E e F o sistema prisional não ajuda, *"Acredito que mais combate as facções do que fortalece"*. (AGENTE E).

Na visão do Gerente 1: *"Sim, muito, principalmente no quesito da superlotação, pois, o Estado do Tocantins atualmente tem vagas para dois mil presos e, atualmente, conta com quatro mil. Ou seja, a CPPP do Tocantins é a melhor no quesito superlotação e devido a isto não conseguimos aprimorar e aplicar políticas públicas que existem"*

A respeito da superlotação Greco (2015, p.228) infere:

A superlotação carcerária é um fator de risco não somente para os presos, que cumprem suas penas em situações deprimentes, como também para os funcionários encarregados de sua vigilância, pois, o sistema penitenciário transforma-se em um verdadeiro barril de pólvora, pronto a explodir a qualquer momento.

Observa-se que, com melhorias no sistema prisional, propiciando boas condições físicas, acomodações decentes, alimentação, cumprimento da legislação seriam algumas providências para diminuir a quantidade de facções nos presídios, fortalecendo os presídios e retirando o poder dos criminosos.

A sétima pergunta teve o propósito de desvendar a que ponto chega a influência das facções criminosas na CPPP. Para os Agentes A, B a influência não é tão grande, dá para controlar. Mesma opinião do Gerente 1 que afirmou que a *"[...] influência das facções atualmente é mínima devido ao trabalho de monitoramento que é feito"*.

Os Agentes E e F não souberam mensurar se é alta ou baixa. Para o Agente C, a situação já foi pior, porém, *"[...] Os agentes foram treinados com cursos para poder lidar com as facções. Porém, teve uma época em que era mais difícil controlar eles. Os agentes conseguem trabalhar corretamente. Então diminuiu a força das facções na CPPP"*.

Opinião divergente do Agente C: *"Alta. Os faccionados se mobilizam facilmente. Para querer fazer uma rebelião é necessário, primeiro, se organizar internamente; é uma coisa que não ocorre da noite para o dia. A maioria das vezes dá tempo do serviço de inteligência descobrir que querem fazer rebelião, ou mobilização, de forma que é possível frustrar os planos deles."*

Foi perguntada aos Agentes prisionais da CPPP qual a principal forma de combate às facções criminosas relativas á pergunta oitava. Para a grande maioria dos entrevistados a forma utilizada é quebrando a liderança e monitorando suas ações no presídio, *"O monitoramento e isolamento dos principais líderes"*.(GERENTE 1).. Porém, sempre estão se reorganizando, conforme esclarece o Agente C: *"[...] quando acha que desfez um plano da facção, eles estão com outro plano"*. O Agente F acredita ser *"o sistema de inteligência"*.

Para Nepomuceno (2015) provavelmente a solução estaria na reformulação do sistema penitenciário, com a construção de novas unidades prisionais, melhorando as condições de acomodação dos presos, oferecendo condições dignas e humanas. Para tanto, precisa-se também investir na educação, programas para reinserção na sociedade por meio de trabalho, produção artesanal, contribuindo efetivamente para a ressocialização.

A nona pergunta da entrevista foi relacionada com a legislação vigente, e foi questionado quais seriam os aprimoramentos necessários. As respostas com maior ocorrência foi que a legislação precisa ser colocada em prática (AGENTES A, B, C e D. Mencionaram também a necessidade de a legislação ser mais endurecida, aperfeiçoada, *"[...] atualizar o Código Penal, bem como ter celeridade nos processos"*

criminais e corte de benefícios, exemplo: progressão de regime e visita íntima”.(AGENTE B).

Foi citado pelos Agentes a questão da falta de investimentos nos presídios, além de incentivar o trabalho nos presídios: “[...] pois, se os presos estiverem com a mente ocupada com algo produtivo não terá tempo para pensar em facções criminosas. Existem presos ociosos, ansiosos, e isto faz com que pensem em coisas ruins. Os presos são favoráveis ao trabalho”. (AGENTE E). Da mesma forma, o Agente F afirmou: “Acredito em exercitar a mente com o trabalho no presídio”.

Na concepção do Gerente 1: “O principal aprimoramento é a aplicação da LEP. Efetivamente ser aplicada”.

Por fim, a décima e última pergunta questionou acerca dos apontamentos, curiosidades que os agentes achassem necessário para melhor explicar a questão das facções criminosas na CPPP.

O Agente A entende que as facções criminosas perderam um pouco de relevo pois, “[...] o auto de prisão em flagrante relata se o preso é faccionado ou não, e assim ele é encaminhado ao pavilhão ou cela corretos”.

Para os Agentes B e C as facções criminosas são constituídas com hierarquia. O relato do Agente C clarifica a realidade de atuação das facções no CPPP: “Que as facções criminosas funcionam como uma empresa, tem a hierarquia e a organização e ninguém faz nada sem uma ordem superior. O faccionado que fizer alguma atitude sem a ordem do chefe é apenado severamente. Fazendo com que trabalhem melhor que uma empresa. Os únicos que nunca serão faccionados são os estupradores, pois, ninguém gosta deles. Se colocar um estuprador dentro do pavilhão dos faccionados, uma hora, duas horas depois, podem ir buscar o corpo sem vida; por esses motivos, eles ficam separados. Presos por pensão alimentícia também ficam separados dos outros. Muitas vezes quem cometeu um crime por ímpeto, entra na CPPP e sai criminoso pior. A ressocialização atualmente está no patamar de 7%.

O Agente D não quis se manifestar. O Agente E é a favor do trabalho no presídio. O Agente F entende que: “[...] seria necessário repensar as atuais políticas de tratamento dos presos”.

Para o Gerente 1: *“As facções criminosas são bem organizadas, e isso chama a atenção, há uma hierarquia, que por muitas vezes não vemos no atual sistema de governo”.*

Observa-se que as facções criminosas são organizadas, atuam como empresa, possuem regras de comportamento que são impostas aos faccionados. Com tratamento mais intensivo da inteligência, segurança pública, direção dos presídios, bem como dos agentes penitenciários, por meio de monitoramento, isolamento dos líderes, separação dos presos, a CPP de Palmas, TO, tem conseguido diminuir a ação das facções criminosas. Seja pelo descobrimento prévio de possíveis rebeliões, planos de fuga, enfraquecendo a atuação dos membros.

De fato, com o trabalho de inteligência, contribuição dos agentes penitenciários, oferta de trabalho, estudo, melhoria das condições físicas, redução da superlotação a qualidade de vida dos apenados seria melhor, fazendo com que tivessem menos interesse em participar de facções criminosas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema do presente trabalho foi relativo às facções criminosas na Casa de Prisão Provisória de Palmas, Tocantins com o objetivo de identificar a existência de tais facções criminosas na Casa de Prisão Provisória de Palmas –TO.

Ao final do estudo pode-se dizer que o problema inicial foi respondido, uma vez que foi confirmada a existência de facções criminosas no presídio de Palmas-TO embora estejam sendo monitoradas pelos profissionais de segurança penitenciária.

Quanto ao surgimento das facções criminosas no Brasil foi a partir do Cangaço, estabelecido no sertão nordestino entre os séculos XIX e XX. Aos poucos as facções começaram a atuar em outras frentes, como jogos clandestinos, tráfico de drogas, de armas, sequestros.

Devido aos inúmeros problemas que o sistema penitenciário brasileiro vem enfrentando nos últimos tempos, não está sendo cumprida, a rigor a Lei de Execuções Penais. Superlotação, ausência de condições físicas adequadas aos presos, salubres, alimentação, saúde, educação. O sucateamento dos presídios faz

com que ofereçam servidos ineficientes, facilitando a atuação das facções criminosas.

De acordo com a pesquisa realizada junto aos agentes prisionais e um servidor pertencente a gerencia da Casa de Prisão Provisória de Palmas-TO – CPPP, existem facções criminosas naquele presídio. Em virtude do trabalho assíduo da inteligência criminal, as ações criminosas dos membros da facção são descobertas antes de serem implementadas. Porém, as tentativas são constantes.

Na CPP de Palmas, Tocantins é realizado o acompanhamento, monitoramento dos líderes das facções, no sentido de prevenção. É utilizado como estratégia, o isolamento dos líderes com vistas a diminuir o contato com outros faccionados. Os presos que integram facções, quando soltos e presos novamente, não podem mudar de facção. Na CPP de Palmas-TO há presos faccionados e não faccionados separados em pavilhões distintos.

Dentre as observações, sugestões dos entrevistados foi mencionada a necessidade de trabalho, estudo, cursos de formação destinado aos presos, para que possam se qualificar em determinada área e ser absorvido com mais facilidade pelo mercado de trabalho quando do final do cumprimento da pena.

Outro aspecto colocado na pauta foi a necessidade de cumprimento da Lei de Execução Penal, de forma mais rigorosa, adequada, tanto com relação aos direitos, quanto os deveres dos presos. Atualmente, as penitenciárias integrantes do RDD – Regime Disciplinar Diferenciado, ainda em pouca quantidade no Brasil, estão aptas a inibir a ação das facções criminosas, haja vista que as celas são individuais, banho de sol em pequenos grupos, inexistência de visita íntima e pouco contato com familiares. Certamente, devido à falta de comunicação, as ações criminosas das facções ficam mais difíceis de serem colocadas em prática.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Brasília, 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 29 mai. 2019.

_____. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 29 mai. 2019.

CAMPOS, Lidiany Mendes; SANTOS, Nivaldo dos. O Crime Organizado e as prisões no Brasil. **Artigo Científico, CONPEDI, ciências penais UFG**, 2004.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2007.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional.** *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 3, n. 5, p.129, 2009.

GONÇALEZ, Alline Gonçalves et al. Crime organizado. **Jus Navigandi, Teresina, ano**, v. 8, 2004.

GRECCO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas.** 2. Ed. ver., ampl. E atual.-Niterói, RJ: Impetus, 2015.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Execução Penal.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, Adailton. Liderança, poder e qualidade: uma etnografia das relações políticas no Primeiro Comando da Capital, **Etnográfica, Revista do Centro em Rede de Investigação em Antropologia.** Disponível em: <<https://journals.openedition.org/etnografica/303>> Acesso em: 29 mai. 2019.

MARTINS, Robson José Oliveira; MACHADO, Sergio Cezaro. **Organização criminosa nos presídios do paraná: considerações sobre as possibilidades de combate mediante aplicação das garantias fundamentais do preso.** Paraná, 2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado.** 4º ed. Rio de Janeiro. 2018.

NEPOMUCENO, Raquel de Souza. **A Crise do Sistema Penitenciário brasileiro com ênfase nas organizações criminosas e o Sistema Penitenciário de**

Pedrinhas em São Luís – Ma. <<http://jus.com.br/artigos/35572/a-cri-se-do-sistema-penitenciario-brasileiro-com-enfase-nas-organizacaoes-criminosaseo-sistema-penitenciario-de-pedrinhas-em-sao-luis-ma>> Acesso em: 29 mai. 2019.

MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência no controle do crime organizado, **Estudos Avançados** 21 (61), 2007. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a04v2161.pdf> > Acesso em: 29 mai. 2019.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2008.

PINHEIRO, José Talles Guedes. **A influência das facções criminosas no sistema penitenciário brasileiro**. Palmas-To. 2018.

ROCHA, Luiz Cláudio da Silva; DAS NEVES, Alexs Jorge. **ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O SISTEMA PRISIONAL**. Goiás/Goiânia. 2018.

SILVA, Pedro Filho Ferreira da; COSTA, Vinícius Rodrigues da. **ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: SUA ORIGEM, EVOLUÇÃO E FORMAS DE ORGANIZAÇÃO**. Luziânia/Goiás. 2018.

ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Legislação Criminal para concursos**. 2º ed. 2017

VELOSO, Adriana. **A diplomata marginal explica o “crime organizado” no Brasil**. Rio de Janeiro. 2013. Disponível em: <https://www.narconews.com/Issue29/artigo727.html> Acesso em: 27 de maio de 2019.

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social com ênfase em Jornalismo, todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Delegado de Polícia Civil do Tocantins, autor e organizador de obras jurídicas.

RESPONSABILIDADE CIVIL, CRIMINAL E ÉTICA DECORRENTES DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

ELIANE SUTIL DE OLIVEIRA:

Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

CRISTIANE DORST MEZZAROBA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: Realidade de todos os estados brasileiros, a violência obstétrica ainda encontra resistência para ser encarada de fato como uma forma de violência contra a mulher e que precisa ser combatida e seus agentes punidos tanto na esfera judicial, quanto administrativa, inclusive por seus respectivos Conselhos Federais. Nesse sentido, este estudo tem como objetivo geral discorrer sobre os atos de violência obstétrica e a responsabilidade dos agentes que cometem condutas dessa natureza contra a mulher no período gestacional. A pergunta problema a ser respondida foi consubstanciada em: qual seria a responsabilidade civil, criminal e ética dos profissionais de saúde, especialmente médicos e profissionais de enfermagem, em caso da ocorrência de violência obstétrica? Para tal, a metodologia adotada foi revisão legislativa, doutrinária, judicial e acadêmica, numa abordagem qualitativa. As considerações finais apontam que a violência obstétrica é uma temática de grande relevância social e jurídica, face a própria carência de estudos e legislação específicas, visando não somente na assistência humanizada à mulher e ao recém-nascido no ciclo da gravidez até o pós-parto, mas também na responsabilização nos âmbito civil, criminal e ético dos profissionais que promoverem a violência obstétrica contra a mulher.

PALAVRAS-CHAVE: Violência obstétrica; Responsabilidade Civil; Responsabilidade Criminal; Responsabilidade Ética.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. 2.1 Lei n. 3.385, de 27 de julho de 2018: implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. 3 A RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE EM DECORRÊNCIA DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. 3.1 A responsabilidade civil e ética dos profissionais de saúde. 3.1.1 Médicos. 3.1.2

Profissionais de enfermagem. 4 A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS AGENTES PROMOTORES DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

A violência obstétrica vem ganhando enorme espaços nas discussões promovidas pelos movimentos feministas no Brasil, os atos são divulgados em passeatas, obras e documentários como forma de alerta e prevenção das mulheres que já foram agredidas e tiveram o seu direito a dignidade usurpado.

Os atos de violência obstétrica, são descritos através dos diversos tipos de violência cometidos contra a mulher durante a gestação, o parto, o pós-parto e o aborto. Ademais os atos violentos podem ser efetivados na forma verbalizada, física, moral, emocional e psicológica.

Este estudo tem como finalidade discorrer sobre a responsabilidade civil, criminal e ética dos profissionais de saúde decorrentes da violência obstétrica.

Nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Garantir a oferta deste direito é dever de todos os entes federados, que devem agir em cooperação técnica e financeira, para garantir uma organização estrutural, hierarquizada e eficaz.

No mesmo sentido, a Lei nº 8.080/90, conhecida como a Lei do Sistema Único de Saúde dispõe evidentemente, em seu artigo 17, tanto sobre a execução direta dos serviços pelos municípios, quanto o dever do Estado em prestar apoio financeiro e técnico, executando de forma complementar, ações e serviços de saúde.

Foi também a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 199, que concedeu à iniciativa privada o direito de ofertar serviços de saúde.

Um dos serviços prestados é o acompanhamento gestacional, que tem por objetivo avaliar a saúde da mulher e do feto, buscando garantir tanto o bem-estar da mulher, quanto identificar precocemente fatores de risco e patologias, promover tratamentos precoces como forma de garantir a qualidade de vida da mãe e do bebê.

Entretanto, tem aumentado significativamente os casos de violência contra a mulher na fase gestacional promovida justamente dentro das unidades de saúde públicas e privadas, sendo esta condição definida como violência obstétrica.

Nesse sentido, a problemática do presente trabalho está voltada para questionar: qual a responsabilidade civil, criminal e ética dos prestadores do serviço de saúde em instituições públicas e privadas e dos profissionais de saúde em caso da ocorrência de violência obstétrica?

Assim, o objetivo geral visa analisar qual a responsabilidade civil, criminal e ética dos prestadores do serviço de saúde em instituições públicas e privadas e dos profissionais de saúde em caso da ocorrência de violência obstétrica.

Os objetivos específicos visam descrever os aspectos históricos e conceituais das condutas que podem ser caracterizadas como violência obstétrica; analisar quais as sanções legislativas e disciplinares impostas aos profissionais que promoverem condutas delineadas como violência obstétrica.

Para atingir os objetivos propostos, a metodologia teve sua organicidade pontuada na revisão de literatura sob uma abordagem qualitativa, mediante a análise das doutrinas jurídicas e médicas, estabelecendo o vínculo com os aspectos legislativos e administrativos estabelecidos pelos respectivos Conselhos profissionais dos agentes geralmente envolvidos em situações de violência obstétrica.

Com isso, a justificativa dessa pesquisa demonstra-se pela relevância social e jurídica atual da temática e pelo crescente judicialização da saúde, principalmente, as ações judiciais voltadas a responsabilidade dos profissionais protagonistas de violência obstétrica contra a gestante.

O artigo será organizado em quatro seções, sendo logo após a introdução abordado os aspectos históricos e conceituais pertinentes ao tema deste estudo. O

capítulo três versará sobre a responsabilidade civil e ética dos prestadores de serviços públicos de saúde e, o último capítulo terá por enfoque principal a responsabilidade criminal dos profissionais de saúde promotores de violência obstétrica.

Por fim, serão apresentadas as considerações finais relevantes ao tema e as referências utilizadas na concretização deste estudo.

2.ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A partir da década de 1980 iniciou-se um movimento feminista, juntamente com defensores dos direitos humanos e especialistas em saúde, voltado ao combate da violência obstétrica, com a proposta de discutir e combater a violência contra a mulher e a criança no momento do parto.

Sena (2017, p. 209) destaca que a Venezuela foi o primeiro país latino-americano a adotar a expressão “violência obstétrica” em uma lei. Neste país a violência obstétrica, foi definida, em síntese, como uma apropriação do corpo e do processo de reprodução da mulher pelos profissionais da saúde envolvidos no processo.

Nesse sentido, Zanardo (2017) evidencia que a Venezuela inovou consideravelmente ao trazer em seu texto legal algumas intervenções realizadas por profissionais de saúde que são consideradas violência obstétrica, tais como: não atender as emergências obstétricas, obrigar a mulher a parir em posição de litotomia^[2], impedir o apego inicial da criança sem causa médica justificada, alterar o processo natural do parto através do uso de técnicas de aceleração sem consentimento voluntário da mãe e praticar o parto por via cesárea quando há condições para o parto natural.

Em outras palavras, a partir do conceito trazido pela lei venezuelana, que atendeu aos pedidos dos defensores dos direitos humanos e das mulheres, deu-se partida a proteção desse direito fundamental.

Amaral, Jonas &Guimarães (2017, p. 04) abordam alguns sinônimos utilizados para agrupar e definir a violência obstétrica enquanto não se chega a um

completo conceito. Dentre outros, eram utilizados os termos: abuso obstétrico, violência institucional no parto, violência de gênero no parto e violência no parto.

No Brasil passou a ser utilizado o termo “violência obstétrica” somente entre 2007 e 2010, sendo de entendimento apenas dos profissionais da saúde. Para Sena a comunidade, maior beneficiária desses estudos, era quem menos sabia e entendia do que se tratava essa violência, destacando:

O movimento pela humanização do parto no Brasil se iniciou de maneira descentralizada, por meio de diferentes iniciativas em diversos Estados brasileiros, todas focadas em ressignificar a assistência e atuar de acordo com diferentes modelos, menos tecnocráticos e mais centrados na figura da mulher. Neste contexto, a fundação da Rede pela Humanização do Parto e do Nascimento (Rehuna) possui papel de destaque, especialmente em função de sua carta de fundação, a “Carta de Campinas”. Este documento representou uma forma de denúncia das circunstâncias violentas da assistência ao parto, caracterizando-as como pouco humanas, constrangedoras e marcadas pela ocorrência de intervenções desnecessárias e violentas, que transformava a experiência de parir e nascer em uma vivência aterrorizante, onde as mulheres se sentiam alienadas e impotentes. A atuação da Rehuna na década de 1990 promoveu debate relevante a respeito da qualidade da assistência ao parto no Brasil, bem como evidenciou, tanto entre as diferentes categorias profissionais envolvidas quanto dentro da gestão, a existência de condições degradantes e violentas na assistência. A maioria dos integrantes da Rehuna era, reconhecidamente, formada por profissionais da saúde, atuando na implementação de serviços ou na pesquisa acadêmica, especialmente enfermeiras e médicos das áreas da obstetrícia e saúde pública. Assim, embora também estivessem presentes outros atores sociais, o fato de serem os profissionais da saúde os principais envolvidos neste debate fez com que apenas uma pequena parcela da informação a respeito das violentas condições da assistência ao parto chegasse, de fato, às mulheres usuárias dos sistemas de saúde,

as quais representam o principal grupo de interessadas, uma vez que são ou poderiam/deveriam ser as protagonistas do evento do nascimento (SENA,2017, p. 210).

Destaca Zanardo (2017) que por meio da Portaria n. 1.459, de 24 de junho de 2011, o Ministério da Saúde instituiu a Rede Cegonha no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, buscando assegurar o direito ao planejamento reprodutivo e à atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério, com objetivo de fomentar a implementação de um novo modelo de atenção à saúde da mulher e da criança, desde o parto até os vinte e quatro meses de vida, assim como reduzir a mortalidade materna e infantil.

Alguns estudos foram realizados ao longo desses anos, como em 2015 pelo Ministério da Saúde, que constatou entre 2007 e 2011 um aumento de 46,56% a 53,88%, chegando a 56% de mulheres que realizaram a cesárea, sendo que a recomendação da Organização Mundial da Saúde é de 10% a 15% (BRASIL, 2015).

Ainda em 2015, outra pesquisa realizada pela *Nascer no Brasil* demonstrou que entre 2011 e 2012, das 23.940 mulheres entrevistadas, 54,5% tiveram parto vaginal em que foi feita a indução do parto via soro com medicamentos, para efetivação da episiotomia.

Houve ainda, o emprego de analgesia raqui/peridural^[3], que é aplicada na mãe para tirar a dor do parto normal e o emprego de manobra de Kristeller, que é a aplicação de força na parte superior do útero.

A única prática proibida atualmente é a Manobra de Kristeller^[4], após as mulheres terem seus úteros dilacerados e hemorragias fortes. Todas as demais modalidades ainda são permitidas e utilizadas no parto via vaginal ou cesárea.

Para a Organização Mundial da Saúde (2014), além de ser uma “violação dos direitos humanos fundamentais, a violência obstétrica é um tipo da violência contra a mulher de grau significativo de dor e sofrimento evitáveis”. Além disso, conceitua a violência obstétrica como uma violação dos direitos da mulher gestante, no decurso do parto, incluindo a perda de autonomia e escolhas voltadas a seus corpos.

Conceituar a violência obstétrica é uma tarefa que exige uma análise de diferentes ângulos, uma vez que é abordado por diferentes perspectivas, não se sujeitando, assim, a um único sentido.

Para D'Oliveira, Diniz e Schraiber (2002), estudiosos da área médica e hospitalar, a violência obstétrica é qualquer conduta ou omissão que impacte negativamente na qualidade de vida, podendo ser expressa por quatro tipos, quais sejam, a de negligência, violência psicológica, violência física e violência sexual, nas instituições de saúde.

Sendo que na área médica, Andrade definiu a violência como:

Qualquer ato exercido por profissionais da saúde no que cerne ao corpo e aos processos reprodutivos das mulheres, exprimido através de uma atenção desumanizada, abuso de ações intervencionistas, medicalização e a transformação patológica dos processos de parturição fisiológicos (2014, p. 01).

No campo legislativo, o Projeto de Lei Federal n.7867/2017, de 13 de junho de 2017, dispõe sobre medidas de proteção contra a violência obstétrica e de divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério, trouxe como violência obstétrica "todo ato praticado por membro da equipe de saúde, do hospital ou por terceiros, em desacordo com as normas regulamentadoras ou que ofenda verbal ou fisicamente as mulheres gestantes, parturientes ou púerperas" (BRASIL, 2017).

O projeto de Lei Federal ainda está em discussão, e com isso, os Estados de Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Tocantins, Goiás, Minas Gerais e Pernambuco, no âmbito de sua competência Constitucional concorrente, legislaram sobre o tema.

Em uma pequena investigação literal das leis estaduais encontrou-se o Estado de Minas Gerais que instituiu a Lei n. 23.175 em 21 de dezembro de 2018, na qual garante atendimento humanizado à gestante, à parturiente e à mulher em situação de abortamento, para prevenção da violência na assistência obstétrica (MINAS GERAIS, 2018).

Doravante, o Estado do Pernambuco que também promulgou a Lei n. 16.499 de 06 de dezembro de 2018, em que estabeleceu as medidas de proteção à gestante, à parturiente e à puérpera contra a violência obstétrica (PERNAMBUCO, 2018).

Enquanto os outros estados copiaram o conceito integral do projeto de lei Federal, o Estado de Minas Gerais definiu a violência obstétrica como sendo unicamente:

A prática de ações, no atendimento pré-natal, no parto, no puerpério e nas situações de abortamento, que restrinjam direitos garantidos por lei às gestantes, às parturientes e às mulheres em situação de abortamento e que violem a sua privacidade e a sua autonomia. (MINAS GERAIS, 2018).

Porém, o Estado de Pernambuco adotou um conceito mais amplo e completo sobre o tema, definido a violência obstétrica como “todo ato praticado por profissionais de saúde, que implique em negligência na assistência, discriminação ou violência verbal, física, psicológica ou sexual contra mulheres gestantes, parturientes e puérperas” (PERNAMBUCO, 2018).

A definição utilizada pelo Estado de Pernambuco traz uma completude ao referenciar que os casos de violência não são apenas físicos ou verbais, tampouco só acontecem na hora do parto ou dentro do hospital.

Devido à falta de regulamentação federal, alguns Estados saíram “na frente” e legislaram especificamente, em seu âmbito de competência. Ressaltando que ao promulgar uma legislação federal sobre o tema, a legislação estadual será revogada tacitamente no que for contrário e conflitante com as disposições federais.

No que se refere ao Estado do Tocantins foi criada a Lei n. 3.385, de 27 de julho de 2018, de autoria da Deputada Luana Ribeiro que trouxe em seu escopo a integra do conceito mensurado no projeto de Lei Federal nº 7867/2017, evidenciando no artigo 2º:

Considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, maternidade e unidade de saúde, por um familiar ou acompanhante que ofenda de forma verbal ou física as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período de estado puerperal (TOCANTINS, 2018)

Como evidenciado anteriormente, a violência obstétrica não se resume a um ato físico ou verbal, tampouco só o momento do parto ou pós-parto. A violência obstétrica pode acontecer no período de acompanhamento gestacional, podendo ser uma violência psicológica ou um ato discriminatório ou negligente.

As linhas que seguem tratarão mais especificamente da lei Tocantinense, considerando que este estudo é fruto de um trabalho acadêmico oriundo deste estado brasileiro.

2.1 Lei n. 3.385, de 27 de julho de 2018: implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins

O Estado do Tocantins é um dos cinco estados brasileiros a legislar sobre o tema violência obstétrica. No artigo 1º da lei está expresso que o principal objetivo é a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente no Estado do Tocantins, visando à proteção contra a violência obstétrica e à divulgação da Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal.

O texto tocantinense, que possui apenas seis artigos, além de conceituar violência obstétrica em seu artigo 2º, conforme explicitado em linhas anteriores, trouxe em seu artigo 3º um rol exemplificativo com 21 condutas que caracterizam esta violência no território tocantinense, a saber:

Art. 3º Para efeitos da presente Lei, considerar-se-á ofensa verbal ou física, entre outras, as seguintes condutas:

I - tratar a gestante ou parturiente de forma agressiva, não empática, grosseira, vilipendiosa ou de qualquer outra

forma que a faça sentir-se constrangida pelo tratamento recebido;

II - recriminar a parturiente por qualquer comportamento, como gritar, chorar, ter medo, vergonha e/ou dúvidas, bem como por característica ou ato físico, como, por exemplo, obesidade, estrias, evacuação e outros;

III - não ouvir as queixas e dúvidas da mulher internada e em trabalho de parto;

IV - tratar a mulher de forma inferior, dando-lhe comandos e nomes infantilizados e diminutivos, tratando-a como incapaz;

V - fazer a gestante ou parturiente acreditar que precisa de uma cesariana quando esta não se faz necessária, utilizando riscos imaginários ou hipotéticos não comprovados e sem a devida explicação dos riscos que alcançam a mulher e o recém-nascido;

VI - realizar procedimentos que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram ou causem dor ou dano físico com o intuito de acelerar o parto por conveniência médica;

VII - recusar atendimento de parto, haja vista este ser uma emergência médica;

VIII - promover a transferência da internação da gestante ou parturiente sem a análise e a confirmação prévia de haver vaga e garantia de atendimento, bem como tempo suficiente para que esta chegue ao local de destino;

IX - impedir que a mulher seja acompanhada por alguém de sua preferência durante todo o trabalho de parto;

X - impedir a mulher de se comunicar, tirando-lhe a liberdade de telefonar, fazer uso de aparelho celular, caminhar até a sala de espera e conversar com seus familiares e com seu acompanhante;

XI - submeter a mulher a procedimentos dolorosos, desnecessários ou humilhantes, como lavagem intestinal, raspagem de pelos pubianos, posição ginecológica com portas abertas e exame de toque por mais de um profissional;

XII - deixar de aplicar anestesia na parturiente quando esta assim o requerer;

XIII - proceder a episiotomia quando esta não é realmente imprescindível;

XIV - manter algemadas as detentas em trabalho de parto;

XV - fazer qualquer procedimento sem, previamente, pedir permissão ou explicar, com palavras simples, a necessidade do que está sendo oferecido ou recomendado;

XVI - após o trabalho de parto, demorar injustificadamente para acomodar a mulher na enfermaria ou quarto;

XVII - submeter a mulher e/ou o recém-nascido a procedimentos feitos exclusivamente para ensinar estudantes;

XVIII - submeter o recém-nascido saudável a aspiração de rotina, injeções ou procedimentos na primeira hora de vida, sem que antes tenha sido colocado em contato pele a pele com a mãe e de ter tido a chance de mamar;

XIX - retirar da mulher, depois do parto, o direito de ter o recém-nascido ao seu lado em acomodação conjunta e de amamentar em livre demanda, salvo se um deles ou ambos necessitarem de cuidados especiais;

XX - não informar a mulher com mais de vinte e cinco anos ou com mais de dois filhos sobre seu direito à realização de ligadura nas trompas e/ou implantação do DIU (Dispositivo Intra-Uterino), gratuitamente, nos hospitais públicos e conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS);

XXI - tratar o pai do recém-nascido como visita e obstar seu livre acesso para acompanhar a parturiente e o recém-nascido a qualquer hora do dia.

Da simples leitura do texto legislativo se extrai que as condutas elencadas vão desde ofensas verbais, perpassando pelas lesões corporais, até mesmo a sonegação de informações envolvendo o planejamento familiar e métodos contraceptivos.

Para efeitos desta lei, conforme Artigo 4º, parágrafo único, equipara-se aos estabelecimentos hospitalares, os postos de saúde, as unidades básicas de saúde, os consultórios e clínicas médicas especializados no atendimento da saúde da mulher,

Embora a lei tocantinense seja precursora neste enfoque legislativo e traga em seu Artigo 5º a possibilidade da aplicação de sanções aos que protagonizarem as condutas de violência descritas é omissa em descrever quais seriam estas sanções, comprometendo a eficácia desta Lei no que diz respeito à proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica.

3.A RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE EM DECORRÊNCIA DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

No Brasil a Constituição Federal de 1988, instituiu em seu Artigo 6º a saúde no rol dos direitos sociais, já o Artigo 196 versa sobre o mesmo diploma legal, onde dispôs que 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”.

Sendo preconizado como direito de todos, deve haver responsabilidade civil na execução desses serviços para o cidadão. Para tanto, se faz necessário compreender que essas responsabilidades compõem a obrigatoriedade em reparar um dano ou violação de algum direito do indivíduo na sociedade prevista em contrato ou não.

Nesse sentido, a responsabilidade civil do Estado deve ser efetivada em consequência da atividade estatal desenvolvida. Sendo delimitada na CRFB/88 no parágrafo 6º do Artigo 37, na qual a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos diante dos danos que seus agentes causarem a terceiros.

A teoria clássica da responsabilidade civil tem em sua base a adoção da culpa como pressuposto para caracterização de uma determinada situação. Pela qual se entende que não havendo culpa, não há responsabilidade de reparos com indenizações, assim, cabe provar se existiu a culpa do agente público quando se tratar de algum dano causado pelo Estado.

Mello (2011, p. 1000-1001), traz que a responsabilidade civil do Estado:

Caracteriza-se pelo dever deste de indenizar os danos patrimoniais causados a terceiros por atos da administração pública, seja por atos omissivos ou comissivos. A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado é caracterizada pela reparação econômica pelos danos sofridos por comportamentos unilaterais, lícitos ou não, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Destarte, a responsabilidade do atendimento contratual e a extracontratual surgem quase sempre concomitantemente. Ademais, o atendimento por intermédio do serviço público patrocinado pelo Estado, caracteriza a responsabilidade objetiva para entidade, e responsabilidade extracontratual para o profissional (GIOSTRI, 2005, p. 61).

Em situações de erros causados por agentes públicos, caberá ao Estado caso venha ser condenado, providenciar o ressarcimento ao lesado, restando o direito a efetivação de uma ação regressiva contra ato do seu servidor.

Especificamente em relação à violência obstétrica, devido à falta de legislação existente sobre o tema, geralmente as ocorrências destas condutas acabam por ser demandadas como erro médico, exigindo a necessidade de provas documentais e testemunhais que possam permitir a apuração da ocorrência do erro médico, o que dificulta a punição dos agressores deste tipo de violência.

Contudo, muito já se discute nesta seara, com posicionamentos doutrinários e judiciais não caracterizando a violência obstétrica como erro médico, portanto não se discutindo a culpa, e sim como violência de gênero, conforme preconizam os tratados internacionais que tratam dos direitos humanos das mulheres, dos quais o Brasil é signatário, destacando-se, por exemplo a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher e a Convenção de Belém do Pará, que buscam assegurar os direitos humanos das mulheres e a eliminação de todas as formas de discriminação e violência com base no gênero.

Nessa perspectiva, se provado que houve a violência obstétrica, o dano é presumido, não sendo necessária a prova de culpa e sim do fato, do dano e do respectivonexo causal, desta forma, indenizável, podendo o juiz aplicar o disposto no artigo 375 do Código de Processo Civil vigente: "O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente

acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

Este foi o entendimento aplicado em uma decisão judicial advinda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a saber:

(...)

No caso, desnecessária a produção de prova pericial para analisar se a anestesia foi aplicada ou não no momento adequado. Isso porque a causa de pedir não se refere a erro médico. A autora reclama, na verdade, do “lado humano” do tratamento dispensado pela equipe médica. Deveras, aduz que foi tratada com descaso e ironia pela equipe médica, o que lhe teria causado danos morais. Verifica-se, portanto, que a existência ou não de erro médico em nada interfere no mérito da demanda, razão pela qual não foi deferida a produção de exame pericial.

(...)

Somado ao inadimplemento contratual, restou comprovado nos autos a chamada “violência obstétrica”. De fato, durante a instrução foi ouvida uma testemunha que presenciou os fatos e confirmou o evento noticiado na inicial. Noticiou o ambiente insalubre no qual foi instalada a requerente e o descaso da equipe médica, sendo que as enfermeiras chegaram a indicar que autora estava “enchendo o saco”.

(...)

E tudo isso ocorreu em um dos momentos mais importantes da vida da requerente, o que ela recordará para sempre, acarretando sentimentos de amargura e injustiça. Assim, verificado o dever de indenizar, cabe agora estabelecer a sua dimensão (...) (TJSP. Comarca de Taboão da Serra. 1ª Vara Cível. Autos n. 1003315-16.2015.8.26.0609. Julgado em 21/08/2017).

Mesmo já havendo precedentes, esta é uma discussão polêmica, que os Tribunais ainda não firmaram entendimento. O que se tem por certo é que, decorrente de erro médico ou caracterizada como violência de gênero, a vítima de violência obstétrica tem o direito de ser indenizada, decorrente da responsabilidade civil dos prestadores do serviço público de saúde, seja eles vinculados ao Estado ou à iniciativa privada.

3.1 A responsabilidade civil e ética dos profissionais de saúde

O Código de Defesa do Consumidor – CDC é o pioneiro ao tratar da responsabilidade civil dos profissionais liberais. Dispõe que para a responsabilização civil desses profissionais deve ser imposta mediante a culpa destes.

O Artigo 14, § 4º evidencia que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. *Em outras palavras, a obrigação do profissional é uma obrigação de meio, devendo tal responsabilidade, além de conduta, dano e nexos causal como requisitos, ser apurada igualmente mediante a culpa, ou seja, traduz pela teoria do erro do profissional da saúde.*

Assim, os profissionais que exercem suas funcionalidades sem vínculo empregatício, sendo elas de maneira autônoma ou liberal podem desenvolver sua atividade como prestador de serviço, sendo civilmente responsabilizados quando incorrerem em erro.

Nota-se que pelo viés do CDC a responsabilidade civil deve ser caracterizada mediante a prova da existência do erro cometido pelo profissional.

Neste estudo, os aportes serão evidenciados sobre os profissionais que atuam diretamente com a gestante, que no caso serão os médicos e enfermeiros, todavia, pode se estender para qualquer profissional que promova a violência obstétrica.

3.1.1 Médicos

O médico enquanto profissional liberal possui sua responsabilidade civil prevista apenas no Código de Defesa do Consumidor, sendo esta responsabilidade de ordem subjetivo, ou seja, depende da prova da culpa ou do dolo.

Dispõe França (2017) que atualmente, o princípio da responsabilidade profissional é aceito por todos os médicos, juristas e a própria sociedade, desde que na apreciação desses feitos fique caracterizada uma conduta atípica, irregular ou inadequada contra o paciente, durante ou em face do exercício médico.

Espera-se apenas que na avaliação dessa responsabilidade haja transparência no curso da apreciação e dê-se ao acusado o direito de ampla defesa, e que não se venha macular o prestígio da medicina e dos médicos pelo fato de uma conduta isolada.

Aguarda-se que na apreciação da responsabilidade profissional do médico fique exaustivamente provada a inobservância das regras técnicas ou a mácula da conduta em sua atividade funcional, em outros termos, deve ficar evidente que sem a existência de um dano efetivo e real não se pode caracterizar a responsabilidade profissional, tal qual ela está inserida nos dispositivos específicos, seja por imperícia, imprudência ou negligência, pois deve haver a determinação concreta do dano, além de indispensável em relação à configuração da responsabilidade médica, pode estabelecer o grau da culpa e a extensão da liquidação.

Para França (2017), na apreciação de casos por erro médico, deve-se averiguar o autor, a conduta, a culpa, o dano e o nexo causal, evidenciando que as complicações ou resultados refratários e inesperados não são raros. O mero fato de o paciente não ser curado, ou não evoluir favoravelmente, não significa, por si só, negligência por parte do médico.

Diante disso, ao imputar ao médico o dever de indenizar cabe ao julgador examinar, principalmente, o ato, pois podem ocorrer resultados ou eventos que independem da vontade médica, não devendo ser responsabilizado por algo que a sua ciência o recomenda fazer.

Quando os deveres são negligenciados, vindo a ocasionar dano, é cabível a responsabilidade civil do médico, sem prejuízo de sua responsabilidade criminal e administrativa.

Nesse sentido, Venosa (2018) evidência que:

O tratamento médico é, atualmente, alcançado pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor, embora a relação médica não possa ser caracterizada como relação tipicamente de consumo.

O paciente coloca-se na posição de consumidor nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.078/1990.

O médico ou a pessoa jurídica que presta o serviço coloca-se como fornecedor de serviços.

De acordo com o artigo 3º. O § 2º deste último artigo não deixa dúvidas a respeito, pois apenas os serviços decorrentes de relação trabalhista estarão fora do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, a responsabilidade do médico continua a ser subjetiva nos termos do CDC. O dever de informação, não fosse por si só inerente à atividade médica, é um dos direitos básicos do consumidor: informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem (artigo 6º, III). Com o devido temperamento, a norma aplica-se inelutavelmente à conduta e tratamento ministrados pelos médicos, odontólogos e profissionais afins. Essa aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade médica independe do exame da natureza da responsabilidade, que é questão a ser examinada a posteriori, no caso concreto, tendo em vista ser ela subjetiva, quando se tratar de profissional liberal (2018. p. 605).

É importante tal colocação, uma vez que, no campo prático, quando o consumidor se sente lesado, poderá invocar o ônus da prova em seu favor, ou seja, por ser o mais vulnerável na relação médico-paciente, a legislação assegura o dever probatório processual a quem tenha mais facilidade em concebê-lo.

De forma brilhante Souza aponta que:

Sem dúvida, é possível afirmar que o paciente tende a revelar-se processualmente hipossuficiente nas ações por reparação de danos causados por erro médico, na medida em que não dispõe de conhecimentos técnicos para a identificação da conduta médica culposa, nem tem em seu poder, na maior parte das vezes, os prontuários, históricos clínicos, laudos de exames e demais documentos probantes da conduta adotada pelo profissional de saúde. Neste ponto, porém, a atribuição ao médico do ônus de provar que adotou o procedimento profissional mais adequado não deveria decorrer, propriamente, da inversão do ônus da prova pelo juiz, e sim da noção, mais contemporânea, de carga dinâmica da prova, que determina a distribuição do *ônus probandi* entre todas as partes envolvidas no processo, proporcionalmente à sua proximidade aos meios de prova (2016. p.43).

Assim, conclui o autor, que nas obrigações de meio, tal inversão de ônus probatório é necessária, dada a vulnerabilidade e falta de conhecimento técnico do paciente. Não menos importante, é a ampliação do prazo prescricional do referido código, que estabelece a prescrição de cinco anos para a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço.

Por sua vez, em relação à responsabilidade ética, o Código de Ética Médica– Resolução n. 1.921/2009 do Conselho Federal de Medicina possui um capítulo próprio dedicado aos Direitos Humanos, vedando ao médico várias condutas que se traduzidas para o atendimento da gestante, se traduzem perfeitamente em violência obstétrica, como por exemplo:

É vedado ao médico:

(...)

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 25. Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem.

(...)

Art. 27. Desrespeitar a integridade física e mental do paciente ou utilizar-se de meio que possa alterar sua personalidade ou sua consciência em investigação policial ou de qualquer outra natureza.

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.

(...) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009) (sem grifos no original).

O médico que desrespeitar os preceitos do Código de Ética poderá sofrer sanções disciplinares previstas na Lei 3.268/57, cujas sanções podem ir desde uma advertência até a cassação do exercício profissional.

Assim sendo, são deveres inerentes a profissão, a relação médico e paciente se pautar no respeito à dignidade humana.

3.1.2 Profissionais de enfermagem

Em relação aos profissionais envolvidos nos procedimentos pré e pós-parto, os enfermeiros, técnicos e auxiliares de enfermagem ocupam lugar de destaque, tal como os médicos. Sendo assim, são responsáveis pelos eventuais danos de seus atos, mesmo que estes forem contratados apenas para um procedimento específico, sendo suas responsabilidades diretas e subjetivas, aplicando-se o mesmo evidenciado na seção anterior para os médicos, ou seja, necessária a prova da culpa.

No que pese a responsabilidade ética dos profissionais vinculados ao Conselho Federal de Enfermagem – Cofen, esta vem disciplinada na Resolução n. 564/2017 intitulada Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, onde

também não há dificuldade de interpretar a violação da ética destes profissionais quando promovem condutas que podem ser caracterizadas com violência obstétrica.

As atividades dos profissionais de enfermagem devem se pautar em:

Art. 25 Fundamentar suas relações no direito, na prudência, no respeito, na solidariedade e na diversidade de opinião e posição ideológica.

(...)

Art. 41 Prestar assistência de Enfermagem sem discriminação de qualquer natureza.

Art. 42 Respeitar o direito do exercício da autonomia da pessoa ou de seu representante legal na tomada de decisão, livre e esclarecida, sobre sua saúde, segurança, tratamento, conforto, bem-estar, realizando ações necessárias, de acordo com os princípios éticos e legais.

(...)

Art. 45 Prestar assistência de Enfermagem livre de danos decorrentes de imperícia, negligência ou imprudência.

Peculiarmente, insta destacar que o Código de Ética da enfermagem traz expresso em seu artigo 71, a vedação de promover a injúria, calúnia e difamação de pessoas e família, justamente quando se tem a injúria, conduta promovida para ferir a honra subjetiva da pessoa, traduzida pela ofensa à sua dignidade, como uma das principais formas de promoção de violência obstétrica.

Não é incomum em relatos de violência obstétrica vítimas que ouviram de profissionais de enfermagem, especialmente no pré-parto, frases do tipo “na hora de fazer gostou, então agora aguenta” ou “se você continuar com essa frescura, eu não vou te atender” ou ainda “não chora, que no ano que vem você está aqui de novo” (FOLHA DE LONDRINA, 2016), que claramente pode ser tipificado como crime de injúria.

Em relação às sanções disciplinares ao profissional de enfermagem que descumprirem as diretrizes impostas do Código de Ética essas podem ir desde a advertência verbal até a cassação do direito ao exercício profissional.

4.A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS AGENTES PROMOTORES DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

O artigo 1º a Constituição Federal pugna pela dignidade da pessoa humana como princípio basilar da República brasileira enquanto Estado Democrático de Direito.

Por óbvio, o princípio da dignidade humana já teria o condão de garantir à mulher gestante um tratamento humanizado durante o seu período gestacional e, conseqüentemente, responsabilizar quem, inclusive por dever profissional, ao invés de garantir este direito fundamental, não somente o renega, como o desrespeita através da promoção da violência obstétrica.

Contudo, embora não se tenha um tipo penal específico para punir os agentes imputadores de violência obstétrica, no Código Penal encontram-se vários tipos penais que podem ser aplicados no que tange à violência obstétrica.

Entre as condutas definidas como violência obstétrica, a maioria delas se amoldam perfeitamente aos tipos penais do Código Penal Brasileiro - CPB de injúria (artigo 140), maus-tratos (artigo 136), ameaça (artigo 147), constrangimento ilegal (artigo 146), lesão corporal (artigo 129) e não raramente à tentativa de homicídio (artigo 121).

Na tipificação de injúria (artigo 140 do CPB), em que o bem jurídico protegido é a honra subjetiva da pessoa humana, sendo o crime consumado através da ofensa à dignidade ou decoro, pode-se elencar como conduta delitiva a submissão da gestante à oitiva de frases como "na hora de fazer você não gritou" ou "não reclama que daqui há um ano você estará aqui de novo". Enfim, são situações em que a equipe obstétrica promove xingamentos e humilhações à mulher gestante, geralmente me trabalho de parto. A pena prevista para esta conduta delitiva é de detenção de um a seis meses e multa.

Em se tratando de maus-tratos, a violência obstétrica se tipifica por condutas como a realização de exames de toque excessivamente dolorosos, da negativa de medicação para dor, entre outras, ou seja, privando a vítima de cuidados considerados indispensáveis por quem está responsável pelo

tratamento adequado. A pena nestes casos poderá ser de até um ano de detenção.

O crime de ameaça encontra respaldo para condenação em condutas expressas por meio de frases do tipo “se gritar de novo eu não vou mais te atender” ou “eu vou te dar motivo para gritar daqui a pouco”. Este crime é punido com detenção de um a seis meses.

O crime descrito no artigo 146, denominado de constrangimento ilegal, pode se verificar em condutas que expõem a intimidade da vítima como, por exemplo, exposição de suas partes íntimas para exame de toque com a porta aberta ou mesmo a realização de procedimentos desnecessários ou mesmo os necessários sem o consentimento e informações à parturiente. Também caracterizam o constrangimento ilegal tolher o direito de um acompanhante familiar durante todo o período do pré ao pós-parto. A sanção prevista é de detenção de três meses a um ano ou multa.

Os crimes descritos anteriormente deixam muito mais marcas psicológicas do que físicas nas vítimas, mas nem por isso devem ser desconsiderados.

Dentre as intervenções durante o parto, a mais citada e temida pelas parturientes, é a episiotomia, uma cirurgia, realizada na maioria das vezes sem anestesia, em que é feito um corte na entrada da vagina, afetando diversas estruturas do períneo, como músculos, vasos sanguíneos e tendões, que são responsáveis pela sustentação de alguns órgãos, pela continência urinária e fecal e ainda têm ligações importantes com o clitóris. Essa laceração se realizada sem necessidade pode caracterizar o crime de lesão corporal, que a depender do grau, pode chegar a pena de oito anos de reclusão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência obstétrica é atualmente a mais difícil forma de violência contra a mulher a ser combatida, porque a sociedade sequer admite que ela existe e a maioria das situações narradas pelas vítimas são consideradas “de praxe” tanto pelo Estado quanto pelos profissionais da saúde, levando às vítimas à falsa ideia de normalidade e aceitação de procedimentos e tratamentos abusivos e humilhantes.

Com medo de não terem a assistência adequada ou mesmo de sofrerem punições da equipe obstétrica, a maioria das vítimas ainda permanece calada e

suporta a violência, fazendo os relatos somente muito tempo depois e em conversas com amigas e familiares que também passaram pela mesma situação.

Desta forma, os abusos cometidos não sofrem qualquer punição e os agentes causadores destas agressões continuam a fazer inúmeras vítimas cotidianamente.

As penas dos crimes que podem ser imputados aos agressores se verificadas isoladamente podem até parecer ínfimas. Contudo, como o número de vítimas de um único agressor é enorme, o somatório de penas pode ser até superior à de um crime considerado extremamente grave como o homicídio. Para isso as vítimas não devem se calar ou relatar a violência somente no círculo familiar.

Não diferente é a responsabilização civil e ética dos profissionais de saúde responsáveis pela promoção de violência obstétrica. O tratamento respeitoso e humanizado é preconizado nos códigos de ética destes profissionais, ou seja, o acompanhamento gestacional, a equipe obstétrica tem o dever de meio, ou seja, com base no dever ético e legal de cuidado e vigilância, deve fazer tudo o que é necessário para que a mãe e a criança se mantenham saudável e o devem fazer não somente com competência técnica, mas também digna. E, caso venham a ignorar esses princípios devem responder tanto judicial, quanto administrativamente por suas condutas, inclusive com indenização à vítima pelos danos causados.

Os desafios para o reconhecimento da violência obstétrica legalmente para além do erro médico, mas para uma forma de violência contra a mulher ainda são muitos. Contudo, perpassam pelo desenvolvimento de políticas públicas que residam tanto na em transmitir informação, em reeducar a sociedade e os profissionais diretamente envolvidos, em atuar para dar suporte às mulheres que já foram vítimas, quanto da postulação legislativa.

6.REFERÊNCIAS

AMARAL, Leila Rute Oliveira Gurgel do. JONAS, Eline. GUIMARÃES, Liana Barcelar Evangelista. Violência obstétrica em maternidades públicas do estado do Tocantins. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis. 2018.

ANDRADE, B. P. & Aggio, C. M. **Violência obstétrica: a dor que cala**. In Anais do III Simpósio Gêneroe Políticas Públicas(pp. 01-07). Londrina: Universidade Estadual de

Londrina. 2014. Disponível em: http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf. Acessado em 01 de abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências. Rio de Janeiro. 1957.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 29 de mai. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília. 1940.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acessado em 28 de abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher. Secretaria de Políticas de Saúde. Brasília, 2001.

BRASIL. Resolução n. 1.921/2009 do Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Brasília. 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Diretrizes de Atenção à Gestante: a operação cesariana. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) – Brasília. 2015.

BRASIL. Código de defesa do consumidor e normas correlatas. 2ª. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 7.867, 13 de junho de 2017. Dispõe sobre medidas de proteção contra a violência obstétrica e de divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério. Brasília. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Código de ética médica**. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina – Brasília: 2010.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. **Resolução COFEN nº 564/2017**. Aprova o novo Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem. Brasília. 2017. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html. Acessado em 29 de mai. 2019.

D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas, DINIZ, Simone Grilo, SCHRAIBER, Lilia Blima. **Violence against women in health-care institutions: an emerging problem**. Lancet, v. 359, n. 9318, p. 1681-1685, 2002.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MINAS GERAIS. **Lei nº 23.175, em 21 de dezembro de 2018**. Belo Horizonte. 2018. Disponível em: https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2018/12/26_sancao_lei_combate_violencia_obstetrica.html. Acessado em 25 de mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. 2014. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf. Acessado em 05 de abr. 2019.

PARANÁ. **Folha De Londrina**. 2016. Disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/reportagem/violencia-obstetrica---maus-tratos-na-hora-do-parto-943540.html>. Acessado em 29 de mai. 2019.

PERNAMBUCO. **Lei nº 16499 de 06 de dezembro de 2018**. Recife. 2018. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=370732>. Acessado em 25 de mai. 2019.

SÃO PAULO. **TJSP**. Comarca de Taboão da Serra. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/8/art20170825-11.pdf>. Acessado em 29 de mai. 2019.

SENA, Ligia Moreiras. Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências. **Revista Interface**, Botucatu, v. 21, n. 60, p. 209-220, 2017.

SOUZA. Eduardo Nunes de. *[et.al]*; **Responsabilidade civil de profissionais liberais..** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOCANTINS. **Lei nº 3.385/18, em 27 de julho de 2018**. Palmas. 2018.

ZANARDO, G. L. P., Calderón, M., Nadal, A. H. R., & Habigzang, L. **Violência obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa**. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v29/1807-0310-psoc-29-e155043.pdf>. Acessado em 01 de abr. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. v. II. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOTAS:

[1] Professora Mestre na Faculdade Serra do Carmo - FASEC, nas disciplinas de Direito Penal e Prática Jurídica Criminal. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da FASEC. Advogada Criminalista. E-mail: cdmezzaroba@gmail.com

[2] O corpo está deitado com a face voltada para cima, com flexão de 90° de quadril e joelho, expondo todo o períneo

[3] Raquidiana: É uma anestesia local em que se perde a sensibilidade dos membros inferiores e da zona inferior do abdômen, de efeito temporário e desaparece ao fim de 02 horas, recuperando totalmente a sensibilidade e a mobilidade. A anestesia peridural é administrada na medula espinhal, tem o mesmo efeito, só que é mais agressiva e em maior dosagem.

[4] É uma manobra obstétrica executada durante o parto que consiste na aplicação de pressão na parte superior do útero com o objetivo de facilitar a saída do bebê.

O TRATAMENTO PENAL DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

FLÁVIA CAROLINA CANTUÁRIA NIETO:

Acadêmica do 10º período Direito da
Faculdade Serra do Carmo.

MURILO BRAZ VIEIRA^[1]

(Orientador)

RESUMO: O trabalho descreve uma pesquisa sobre o assédio moral nas relações trabalhistas e o tratamento que a legislação brasileira oferece no âmbito penal contra os atos que afrontam ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, atos que abalam a dignidade física e psíquica dos trabalhadores, prejudicando o trabalhador e o ambiente laboral saudável. Será abordado os conceitos de assédio moral e princípios constitucionais. Atitudes que ofendem a moral e psicologicamente o trabalhador serão destaques, de forma a conceituar o perfil do agressor e da vítima, seus reflexos além do ambiente profissional, verificando se há tipificação legal para o "crime de assédio moral no trabalho" e quais as consequências além da indenização na esfera cível. A metodologia aplicada será dedutiva com análise das doutrinas, principais leis e artigos científicos sobre o tema. Terá também como estudo o aspecto histórico do tema e como esse problema é tratado em alguns outros países, e se a efetiva penalização criminal no Brasil viria diminuir os índices de assédio moral no trabalho ou simplesmente continuar sendo um fenômeno complexo de constrangimento e sem amparo efetivo e punição ao agressor.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio moral; Constrangimento; Indenização; Legislação penal.

ABSTRACT: The paper describes a research on moral harassment in labor relations and the treatment that Brazilian legislation offers in criminal matters against acts that face the principle of the dignity of the human person, that is, acts that undermine the physical and psychological dignity of workers, harming the worker and the healthy work environment. It will address the concepts of moral harassment and constitutional principles. Attitudes that offend the moral and psychologically the worker will be highlights, in order to conceptualize the profile of the aggressor and the victim, its reflexes beyond the professional environment, verifying if there is legal classification for the "crime of moral harassment at work" and what

consequenciest besides indemnification in the civil sphere. The applied methodology will be deductive with analysis of the doctrines, main laws and scientific articles on the subject. It will also study the historical aspect of the issue and how this problem is dealt with in some other countries and whether the effective criminal penalty in Brazil would reduce the rates of moral harassment at work or simply continue to be a complex phenomenon of embarrassment and without effective protection and punishment to the aggressor.

KEYWORDS: Criminal legislation; Hembarrassment; Indemnity; Moral Harassment.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O assédio moral: histórico. 3. Breve relato sobre o assédio moral no trabalho, 4 Conceito de crime; 4.1 A criminalização do assédio moral no Brasil. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com fundamento na dignidade da pessoa humana, expresso na Constituição Federal de 1988, artigo 1º, inciso III, como um dos direitos fundamentais, o bem-estar social é destinado a todos pela prevalência dos Direitos Humanos a ela inerente, sem preconceito de raça, sexo, origem, idade ou qualquer outra forma de discriminação.

O cenário de violência no ambiente organizacional emerge o fenômeno do assédio moral, muitas vezes invisível ou encoberto pelas exigências do ambiente laboral.

Faz-se necessário considerar que este fenômeno é consequência de mudanças constantes e um cenário cada vez mais competitivo nas organizações.

O presente estudo versará sobre a necessidade de se ter uma legislação penal específica que trate do assunto assédio moral praticado na relação de trabalho e as consequências penais para o opressor. Também será abordado como esta prática violenta impacta na dignidade, emoções, saúde, trabalho e ética causado pelo psicoterror ou assédio moral no local de trabalho. O estudo também investigará os aspectos doutrinários já pacificados sobre o tema de pesquisa.

Ademais, o presente estudo fundamenta sua importância na magnitude de alcance do tema e na abordagem da falta de previsão legal que tipifique o assédio moral no trabalho como crime uma vez que configura uma violência à integridade psíquica do trabalhador e causa nefastas alterações ao aspecto físico, psíquico e moral, que podem levar o trabalhador à incapacidade, e como consequência o direito à indenização trabalhista e penalização ao assediador.

Diante da globalização e do desenvolvimento capitalista, o qual se busca cada vez mais o lucro dentro das corporações, o tema ora proposto se destaca em grande relevância, haja vista, a necessidade de uma ampla e eficiente reflexão, já que a prática do assédio moral ocorre todos os dias nas mais diversas organizações e hierarquias, podendo ocorrer de forma agressiva e opressiva no ambiente laboral.

Ainda que se revele como fenômeno social na atualidade, a prática do assédio moral à luz do princípio da dignidade da pessoa, fere o ordenamento jurídico pátrio e desrespeita o trabalhador, afetando-o em sua produtividade, rentabilidade e equilíbrio emocional.

Desta feita, este tema polêmico e de expressão, pode manifestar-se de diversos modos, sendo imprescindível uma análise dos sérios impactos e consequências que pode causar à sociedade.

Ante a isso, o presente trabalho irá utilizar como metodologia de pesquisa a dedutiva, a qual por meio de um processo de análise de informações nos remonta a uma conclusão, utilizando-se a dedução para se chegar a um resultado final.

Por fim, as pesquisas realizadas serão bibliográficas, ou seja, baseadas em um material já publicado, por meio de livros, revistas, jornais, teses, documentos, dentre outros. Além disso, também será feita uma pesquisa em leis, e outras fontes, que tratem sobre o assédio moral no trabalho, bem como, a apresentação de análises e dados obtidos em pesquisas.

2. O ASSÉDIO MORAL: HISTÓRICO

Com o advento da globalização e o capitalismo, decorreu também o pensamento de que os homens deveriam trabalhar para alcançar o crescimento

pessoal e profissional, prosperidade esta que dependia exclusivamente de suas condutas.

Assim sendo, com a reestruturação de classes sociais, as relações de trabalho passaram a ter resultados nocivos, as quais se refletem nas condições de trabalho, em casos extremos, podendo levar à morte ou ao suicídio. Hádassa Ferreira (2014, p.37), ensina em seus estudos que “o assédio moral nas relações de trabalho é um dos problemas mais sérios enfrentados pela sociedade atual”. Alude ainda que ele decorre de um conjunto de fatores, dentre eles a globalização econômica predatória, visando o lucro decorrente da produção, sua organização de trabalho cuja competição é agressiva e ceivada de opressão aos trabalhadores por meio do medo e da ameaça.

Outra questão muito importante sobre o assédio moral, além de sua predisposição nas relações de trabalho, seria a sua origem.

De acordo com Hirigoyen, citado por Melo, Melo e Isaías (2017):

o assédio moral “(...) vem do verbo inglês cuja tradução é maltratar, atacar, perseguir sitiar”, o qual, segundo o autor, recebeu uma concepção na Alemanha e na Itália de *mobbing*, ou seja, qualquer comportamento abusivo (atitude, gesto, palavra), que tente por ação ou omissão contra a integridade psíquica ou física de uma pessoa, colocando em perigo seu emprego e/ou prejudicando seu capacidade laboral.

Exemplificando por fim, nos EUA (Estados Unidos da América), *harassment* – assédio – é o termo que define a prática de assédio moral no trabalho enquanto no Japão tais condutas violentas e opressoras são denominadas de *ijime*, tal como ensina Hirigoyen citado por Melo e Isaías (2017) inserir os indivíduos no grupo e os tornar adaptados, tal como o provérbio japonês “o prego que avança vai encontrar o martelo”. Contemporaneamente, além de assédio moral, surgiu a terminologia *bullying*, para se referir as pessoas que são tratadas de maneira repressiva, intolerante, violenta.

Decorrente dessa problemática, alguns países tais como a Alemanha, Argentina, Bélgica, Canadá, França, Noruega e Suécia já possuem legislação que

tipifica tal conduta e estabelece a punição para o assédio moral. Nos EUA, a punição nos casos de assédio moral é similar à punição dada aos casos de danos morais. Japão, citado acima, não possui até então legislação a respeito do tema.

A Medicina e a Psicologia, foram as primeiras ciências que realizaram pesquisas acerca do tema. A concepção de assédio moral não tinha ligação com as relações de trabalho, nem sequer com as relações humanas. Somente no final do século XX, a sociedade passou a ter mais conhecimento sobre o tema através de estudos feitos pela psicologia, demonstrando como esse tipo de atitude atinge diretamente a saúde do trabalhador.

Lima Filho (2007, p. 154) explica que a criação de leis, para a proteção do trabalhador contra o assédio moral, causou efeitos primeiramente na Europa:

No âmbito europeu a Suécia, a França, a Finlândia e a Holanda foram os primeiros Estados a estabelecerem em seus ordenamentos jurídicos um marco regulador do assédio moral no âmbito das relações laborais. A Bélgica também editou norma a respeito do *mobbing* (Lei de 11.06.02 - art. 32.3), enquanto na Itália embora não exista ainda uma lei específica de caráter geral sobre o fenômeno, mas apenas uma proposição do Comitê de Trabalho do Senado (Proposição n. 122) ainda não aprovada, na Região do Lácio o assédio moral foi disciplinado. [...] Na Espanha as Leis 51/2003 e 62/2003 tratam assédio discriminatório.

Neste cenário, e com a denotação dessa violência no ambiente de trabalho, tem-se na Suíça a referência da primeira prática de combate ao assédio moral nas relações de emprego por meio de ordenamento jurídico através da Lei de Seguridade e saúde Laboral. Na França a tipificação de crime do assédio moral foi promulgada pela Lei de Modernização Social, reconhecida no seu código penal.

3. BREVE RELATO SOBRE O ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Segundo Vólia Bomfim Cassar, o assédio é "o termo utilizado para designar toda conduta que cause constrangimento psicológico ou físico à pessoa" (CASSAR, 2012, p. 912). Enquanto o assédio moral é por ela caracterizado em face de "condutas abusivas praticadas pelo empregador direta ou indiretamente, sob o

plano vertical ou horizontal, ao empregado, que afetem seu estado psicológico” (CASSAR, 2012, p. 912).

Sérgio Pinto Martins (2008, p.434), ensina, ainda, que assediar significa “importunar, molestar, aborrecer, incomodar, perseguir com insistência inoportuna. Assédio quer dizer cerco, limitação”. Já o assédio moral, segundo o mesmo autor, consiste em:

uma conduta ilícita, de forma repetitiva, de natureza psicológica, causando ofensa à dignidade, à personalidade e à integridade do trabalhador. Causa humilhação e constrangimento ao trabalhador. Implica guerra de nervos contra o trabalhador, que é perseguido por alguém. (MARTINS, 2008, p.434)

Deste modo, pode-se afirmar que o assédio moral seria toda conduta abusiva e habitual manifestada por comportamentos, gestos, palavras, atos pelos quais podem trazer dano à pessoa (personalidade), colocando-a em perigo. Caracteriza-se por exigências excessivas no ambiente de trabalho, como instruções confusas ao empregado. São exageros de vigilância, isolamento, ócio forçado, ridicularização e humilhações (MARTINS, 2008).

O assédio moral é prática rotineira muitas vezes “imperceptível” aos olhos dos gestores e diretores das organizações, no entanto, demonstram ter forte poder aniquilador à pessoa que recebe a prática constrangedora.

A exposição dos trabalhadores a situações humilhantes é cada vez mais comum nas relações hierárquicas. São condutas negativas e aéticas, desestabilizando o ambiente de trabalho, não sendo um fato isolado, e sim com repetições ao longo do tempo.

Caracteriza-se por ser descendente e/ou paritário, sendo este primeiro o tipo mais comum de assédio moral, o qual se dá de forma vertical, de cima para baixo, ou seja, da chefia para o subordinado e, horizontal, quando ocorre entre colegas de trabalho.

4. CONCEITO DE CRIME

Faz-se de suma relevância tratar que, estando diante de condutas contrárias a legislação, é fácil achar expressões na legislação penal como crime, contravenção penal e delito. Contudo, tais palavras não possuem o mesmo sentido, visto que, juridicamente, tais vocábulos tem uma amplitude diferente.

Tais diferenças encontram-se dispostas em lei, como pode ser visto no Decreto-Lei 3914/1941, Código Penal, em seu primeiro artigo, que define o crime como uma infração penal a qual a lei comine pena de reclusão ou detenção.

Em cada país existe uma política criminal diversa para uma conduta criminosa, sendo que o crime deve ser visto como um ilícito penal e, desse modo, ser punível, nos termos da lei.

Em determinados países, é comum que as infrações penais sejam divididas em: crimes, contravenções e delitos. Sendo que nestes, de acordo com a doutrina, existe um sistema tripartido para classificar as infrações.

Para a definição tripartida, que tem como alicerce o Código Penal Francês de 1791, que dispunha que os crimes causavam danos aos direitos naturais, os delitos violavam direitos inerentes da vida social e as contravenções afrontavam os regulamentos de polícia (PRADO, 2005).

Já no Brasil, e em outros países, a classificação seguida é a bipartida, sendo que as infrações são divididas em contravenções, crimes e delitos, sendo que estes dois últimos são expressões sinônimas.

No ordenamento jurídico brasileiro, bem como no alemão, italiano e português, que também seguem a linha bipartida, os crimes ou delitos recebem como sanção as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa, e a contravenção é punida com prisão simples e multa (PRADO, 2005).

O enfoque da questão está na gravidade do fato cometido. Em regra, as contravenções seriam aquelas condutas mais brandas, restando os outros na abrangência do crime ou delito.

Por serem considerados crimes anões, as contravenções devem, geralmente, guardar as infrações consideradas de menor grau ofensivo, aquelas que

não lesam bens jurídicos não tão importantes como os que o crime lesa (GRECO, 2007).

Quando queremos nos referir indistintamente a qualquer uma dessas figuras, devemos utilizar a expressão infração penal. A infração penal, portanto, como gênero, refere-se à forma abrangente aos crimes/delitos e às contravenções penais como espécies (GRECO, 2007, p. 136).

É importante, ainda, abordar-se sobre a diferença entre ilícito civil e penal. Em tais situações apenas a reprovação ante ao ordenamento jurídico é comum, visto que, o ilícito penal está ligado sempre de um gravame maior, levando em conta que os bens resguardados pela matéria detêm uma relevância maior e são configurados como indispensáveis ao convívio em sociedade.

Expõe Greco (2007, p.139) que:

Também aqui o critério de distinção é político. O que hoje é um ilícito civil amanhã poderá vir a ser um ilícito penal. O legislador, sempre observando os princípios que norteiam o Direito Penal, fará a seleção dos bens que a este interessam mais de perto, deixando a proteção dos demais a cargo dos outros ramos do direito.

Não obstante, o ilícito de cunho penal pode vir a ter como penalidade a privação de liberdade, enquanto que o civil pode ser resolvido, tão somente, com a reparação do dano.

O legislador se absteve de definir o que seria infração penal, deixando a cargo da doutrina tal tarefa. Segundo a doutrina a infração penal pode ter seu conceito sob 3 aspectos: formal, material e analítico.

No que diz respeito a configuração da infração penal, Heleno Fragoso (1976, p.143), expõe que:

O crime é, sem dúvida, fato jurídico. Fato jurídico é designação genérica de todo acontecimento relevante para o direito, provocando o nascimento, a modificação ou extinção de uma relação jurídica. Fatos jurídicos dividem-se em fatos

naturais (ou fatos jurídicos em sentido estrito) e fatos voluntários (ou atos jurídicos). Aqueles são fatos da natureza, como o nascimento ou a morte. Estes são condutas voluntárias, que influem sobre relações jurídicas. Os fatos voluntários (ou atos jurídicos) subdividem-se em duas grandes categorias, a dos atos lícitos e a dos atos ilícitos. Os atos lícitos são atos praticados de acordo com o direito e podem ser declarações de vontade dirigidas a produzir efeitos jurídicos (negócios jurídicos) ou ações, positivas ou negativas, que produzem efeitos jurídicos, sem serem dirigidas a produzi-los.

Olhando sob a ótica formal, analisa-se a contradição entre a conduta e a legislação penal, ou seja, toda ação humana que a lei proíbe.

De acordo com tal aspecto, toma-se como crime a prática de fato que viole o disposto pelo legislador. Por esse conceito, a mera adequação do fato praticado com a proibição legal já é suficiente para que o crime seja caracterizado, dispensando uma análise da extensão dos danos causados, nem ao menos se existe um fator justificativo.

Já para o aspecto material, a infração penal seria a conduta que afronte bens jurídicos mais relevantes, que são compreendidos como os que são essenciais para o convívio pacífico em sociedade.

Segundo Capez (2007, p. 113): “[...] Crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade ou paz social.”

Já no entender de Prado (2006, p.235): “O conceito material de crime diz respeito ao conteúdo do ilícito penal – caráter danoso da ação ou seu desvalor social -, quer dizer, o que determinada sociedade, em dado momento histórico, considera que deve ser proibido pela lei penal.”

Desse modo, sob esse enfoque, a definição de crime estaria restrita ao senso de convivência harmônica e nos valores éticos, juntamente com as concepções de altruísmo que embasa a convivência em estado de paz na sociedade.

Na visão de Greco (2007), ainda que muito relevante e imprescindível o bem para a vida em comunidade, se não existir uma norma penal protegendo-o, por mais importante que seja não existirá crime se o autor vier a afrontá-lo, ante ao princípio da legalidade.

Desta feita, apesar de a pessoa ter praticado uma ação de nítida reprovabilidade social, caso não haja definição legal para o fato, estaremos ante a um nada jurídico.

Pela visão analítica se tem uma estratificação da definição de infração penal, visando estudar todos os elementos que compõe uma conduta. Contudo, não se tem a intenção, com o entendimento de estratificação, de levar a ideia de que o delito é fracionado, detendo diversos elementos e que só fica configurado com a exaustão destes. A infração penal permanece sendo um conjunto unitário. A mencionada estratificação é uma forma para se melhor estudar a conduta.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2005, p.336), deve-se restar bem nítido quando se afirmar que a definição de delito é estratificado, pois se quer falar que se integra em diversos níveis, porém “isto de nenhuma maneira significa que o estratificado seja o delito: o estratificado é o conceito que do delito obtemos por via da análise”.

Tal estudo da definição de crime ser estratificado está revestida de grande relevância, porque, é essa que vai dar aval para a verificação da existência ou não de um delito.

Na explanação de Prado (2005) o questionamento que aqui reside é metodológico, usa-se a forma analítica, isso é, decomposição sucessiva de um todo em partes, seja material, com o intuito de agrupá-lo em ordem simultânea. Opõe-se a ideia sintética, que avança por tese, antítese e síntese.

No que diz respeito a concepção analítica de crime, vale-se apontar a posição de Machado (1987, p.150):

Não significa que os elementos encontrados na sua definição analítica ocorram sequencialmente, de forma cronologicamente ordenada; em verdade acontecem todos no mesmo momento histórico, no mesmo instante, tal como o instante da junção de duas partículas de hidrogênio com uma de oxigênio produz a molécula da água. Assim sendo, o fato dos elementos constitutivos do crime, serem analisados individualmente, não descaracterizam o ato criminoso que criou, alterou ou produziu efeitos no mundo jurídico (fato crime), mas, unicamente facilitam a tarefa de averiguar a conduta humana criminoso, para uma justa aplicação da reprimenda.

Esclarece ainda o autor:

O conceito analítico do crime vem sofrendo profundo reexame do mundo jurídico-criminal. A mais ou menos pacífica e tradicional composição tripartida (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade) tem trazido inquietações, seja pela estrutura interna desses elementos, com a transposição de fatores de um para outro, seja pela atual tentativa de retorno a uma concepção bipartida.

Ademais uma simples imersão no art. 23, do CP, demonstra com exatidão que determinadas condutas, tecnicamente ilícitas possuem “justificação” que autorizam a sua realização e lhes afastam o caráter delitivo.

Muito embora o conceito analítico de crime seja o mais sensato, consagrado pela doutrina, diverge a mesma quanto ao número de estratos ou elementos que compõe a sua análise.

4.1 A CRIMINALIZAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NO BRASIL

No último dia 12 de março de 2019 a Câmara de Deputados em Brasília aprovou o Projeto de Lei 4742/01 de autoria do ex-deputado Marcos de Jesus – PL/PE que torna crime o assédio moral no trabalho, prevendo uma pena de detenção 1 a 2 anos e multa, aumentada de um terço se a vítima for menor de 18

anos, sem prejuízo da pena se houver violência física, sendo necessário que a vítima represente contra seu ofensor sem a possibilidade de desistência posterior.

O Projeto de Lei aprovado ressalta seu intuito de caráter educativo e moralizador, evitando a banalização da violência nas relações de trabalho. A ementa do PL introduz o artigo 146 – A no Código Penal Brasileiro.

Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, dispondo sobre o crime de assédio moral no trabalho.

O texto que agora segue para o Senado Federal através do Of. Nº 141/19/SGM-P reitera o conceito de assédio moral no trabalho, em seu artigo 146 - A, como sendo uma prática reiterada de ofensas à dignidade de uma pessoa, causando-lhe dano ou sofrimento físico ou mental, no exercício de emprego, cargo ou função.

A votação foi marcada de divergências e argumentos de que a prática de assédio moral no trabalho é muito ampla, o que causaria na lei espaços para diversas interpretações, no entanto, a deputada e relatora do projeto, Margarete Coelho (PP-PI) disse, em entrevista concedida ao portal de notícias G1 que, para caracterizar o assédio moral, a prática não pode ser esporádica ou um fato isolado, enfatizando ainda:

A conduta não pode se apresentar esporadicamente ou em decorrência de um fato isolado. A dignidade da pessoa deve ser afetada de forma intencional e reiterada, tanto no trabalho como em todas as situações em que haja algum tipo de ascendência inerente ao exercício do emprego, cargo ou função.^[2]

Já existiam vários projetos de lei prontos para a criminalização do assédio moral, todos com matéria pronta para entrarem em pauta para votação na Câmara de Deputados em Brasília.

Todas estas proposições estão apenas junto ao 1º PL do ex - deputado federal Marcos de Jesus PL/PE, o qual foi apresentado em 23 de maio de 2001, cujo objetivo seria a introdução do artigo 146-A.

Assédio Moral no Trabalho. Art. 146-A. Desqualificar reiteradamente, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a autoestima, a segurança ou a imagem do servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico funcional ou laboral. Pena: Detenção de 3 (três) meses a um ano e multa.

Outros projetos de lei também buscam a inserção do artigo 146-A no código penal, porém, com redações diferentes, como é o caso dos projetos de lei 3368/2015 de autoria do deputado federal Subtenente Gonzaga – PDT/MG, apresentado em 21 de outubro de 2015.

Art. 146-A. Humilhar, coagir, constranger, desprezar, preterir, subestimar, isolar ou incentivar o isolamento, desrespeitar, subjugar, menosprezar ou ofender a personalidade de servidor público ou empregado, reiteradamente, no exercício da função ou em razão dela, independentemente de posição hierárquica ou funcional, seja ela superior equivalente ou inferior, atingindo-lhe intencionalmente a imagem, a dignidade ou a integridade física ou psíquica. Pena: detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem, reiteradamente:

I – fomentar, divulgar, propalar, difundir boatos ou rumores ou tecer comentários maliciosos, irônicos, jocosos ou depreciativos; ou

II – desrespeitar limitação individual, decorrente de doença física ou psíquica, atribuindo-lhe atividade incompatível com suas necessidades especiais.

Projeto de lei 5887/2001 do deputado Max Rosenmann – PMDB/PR, apresentado em 11 de dezembro de 2001 também contempla a introdução do artigo 146-A ao código penal de 1940, com a seguinte redação:

Art. 146-A. Constranger, desprezar, humilhar, tratar com desrespeito, desqualificar, depreciar a imagem, atribuir encargos superiores às possibilidades ou alheios à função,

cargo, emprego, ou posto, nas relações de trabalho ou serviço público. Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Outros projetos de lei articulados também buscam a reserve legal para o crime de assédio moral no trabalho ao longo destes dezesseis anos: PL 7461/2017, PL 5503/2016 e PL 4960/200.

A discussão acerca do tema e seu enfrentamento urge de um fenômeno diante das eventuais deficiências legislativas, haja vista apenas o direito civil e o direito do trabalho tratarem de pedidos de indenização, a qual após reforma trabalhista o dano extrapatrimonial passou a ser tratado exclusivamente pela CLT, ou seja, nas relações de trabalho que envolvam indenização, esta será tratada de forma exclusiva pela CLT, em seus artigos 223-A e seguintes, tratam de pedidos de indenização por assédio moral ou conduta abusiva e reiterada, conceitos já pacificados pela doutrina e jurisprudência.

No âmbito civil temos o ato ilícito com a responsabilidade de indenizar, que viola os dispostos no ordenamento jurídico, como é o caso das espécies de responsabilidade, sendo objetiva ou subjetiva, tendo o ordenamento jurídico Brasileiro adotado com regra geral a responsabilidade subjetiva, que consiste em comprovar a culpa para então ser ressarcido pelo dano sofrido conforme os artigos 186 e 187 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A respeito do dever de reparação o artigo 927, do Código Civil, aborda que este deve ser feito independente de culpa:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano,

independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Na esfera trabalhista, a reparação dos danos morais visa à proteção da dignidade do trabalhador. Possuindo plena aplicabilidade o artigo 223-E da CLT, que afirma ser responsáveis pelo dano extrapatrimonial: “todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.”

Essa disposição justifica a responsabilização do empregador por atos causados por seus prepostos aos empregados, atribuindo-lhe a obrigação direta de indenizar.

Atualmente, a jurisprudência e a doutrina são uníssonas em admitir a indenização por dano moral na esfera trabalhista.

A indenização tem o escopo de, por um lado, compensar a vítima pelo dano moral decorrente e, por outro, punir o infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia. A fixação desse valor realiza-se via critério estimativo, segundo a prudente discricionariedade do magistrado, apurando-se o quantum indenizatório com base nas “possibilidades do lesante” e nas “condições do lesado”.

Como visto, na esfera cível, o assédio moral e suas consequências jurídicas estão definidas na legislação, no entanto, observa-se a necessidade de tipificação do assédio moral como crime, a fim de viabilizar a aplicação da uma punição penal como detenção ou reclusão do autor, sendo a aplicabilidade da lei de forma mais rigorosa e não apenas de caráter pedagógico como já ocorre com o pagamento das indenizações arbitradas pela justiça.

Desse modo, com a criminalização do assédio moral, a vítima irá sentir mais segurança para executar suas atividades em seu ambiente de trabalho, sem correr o risco de ter de se valer das mesmas armas de seu agressor para se defender, como bem pontua Hirigoyen (2012, p.186):

“ninguém ganha no confronto com um perverso. O máximo que se consegue é aprender algo sobre si mesmo. A

fim de defender-se, é grande a tentação, para a vítima, de recorrer aos mesmos procedimentos que o agressor. No entanto, quando alguém se encontra na posição de vítima, é por ser o menos perverso dos dois. E não vemos bem como isso poderia ser invertido. Utilizar as mesmas armas que o adversário é totalmente desaconselhado. A lei é, realmente, o único recurso.”

Os precisos contornos da tipificação, entretanto, deverão ser objeto de acurada análise por parte dos legisladores, a fim de que se não perca o objetivo primordial da criminalização, evitando que um importante instrumento legal de contenção do assédio moral se transforme em excessivo e inaplicável dispositivo legal, ao lado de tantos outros que assolam a legislação penal brasileira.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os reflexos de quem sofre humilhação no ambiente de trabalho são significativos e vão desde a queda da autoestima a problemas de saúde.

O assédio moral causa a perda de interesse pelo trabalho e do prazer de trabalhar, desestabilizando emocionalmente e provocando não apenas o agravamento de moléstias já existentes, como também o surgimento de novas doenças.

Além disso, as perdas refletem-se no ambiente de trabalho, atingindo muitas vezes, os demais trabalhadores, com a queda da produtividade e qualidade, a ocorrência de doenças profissionais e acidentes de trabalho, causando, ainda, a rotatividade de trabalhadores e o aumento de ações judiciais pleiteando direitos trabalhistas e indenizações em decorrência do assédio sofrido.

O basta à humilhação depende também de uma informação de qualidade, organização e mobilização dos trabalhadores. Para se conquistar um ambiente de trabalho saudável é uma luta diária, uma vez que necessita de vigilância constante, com intuito de conquistar condições de trabalhos mais dignas, baseadas no mútuo respeito. É inegável também que o assédio moral ocasiona danos à imagem, à honra, à liberdade do trabalhador (art. 5º, V e X, CF), logo, a sua reparação é questão de justiça.

A segurança jurídica a partir da criminalização do assédio moral poderá trazer o elemento prevenção, evitando assim a ocorrência de novos casos, garantindo a proteção mais efetiva contra os abusos e humilhações sofridas pelos empregados e como consequência a conscientização de todos os envolvidos nas relações de trabalho.

O empregado, vítima de assédio moral, deve procurar a Justiça do Trabalho, pleiteando a indenização relativa ao dano moral. Diante disso, conclui-se que o assédio moral no trabalho sendo tipificado como conduta delituosa, trará mais eficiência na proteção ao trabalhador, havendo além da responsabilização na esfera cível, a responsabilização na esfera criminal que levará em consideração todo o transtorno que aflige a vítima, excluindo uma punição de forma genérica e analógica dando ênfase direta a lei específica, punindo criminalmente o assediador com o rigor da lei. Determinando a configuração de um avanço social no instrumento de proteção ao trabalhador no século XXI, o qual já estava sedento de um esforço crescente e um dispositivo legal e aplicável ao caso concreto.

Nesse contexto, o estudo observou ainda que a criminalização do assédio moral no trabalho irá beneficiar toda a sociedade, pois reforçará a conscientização de combate a esta prática nociva nas relações laborais, uma vez que tal ação estará sujeita a punição penal, podendo assim impedir o problema na sua origem, evitando e coibindo as consequências do amedrontamento e desestabilização emocional nas relações de trabalho, efetivando a segurança jurídica de um Estado comprometido com a valorização e evolução do trabalho humano.

6. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral: 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm >. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Código penal**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529748/codigo_penal_1ed.pdf>. Acesso em: 15/02/2019.

BRASIL. Senado Federal. **Direitos do Trabalhador**: dispositivos constitucionais pertinentes Ato Internacional Decreto-Lei no 5.452/43 (CLT) Normas Correlatas – Índice Temático. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182967>>. Acesso em: 10/04/2019.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região TRT-15 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA : RO 00121945420145150016 0012194-54.2014.5.15.0016 - Inteiro Teor**. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/694432314/recurso-ordinario-trabalhista-ro-121945420145150016-0012194-5420145150016/inteiro-teor-694432369?ref=topic_feed>. Acesso em: 02/05/2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 7 ed. Niterói: Impetus, 2012.

COLHADO, Junyor Gomes. **O conceito de crime no direito penal brasileiro**. Disponível em : <<https://jus.com.br/artigos/47517/conceito-de-crime-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 26/03/2019.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. Assédio Moral nas Relações de Trabalho. Campinas, Russell Editores, 2004.

GRECO, Rogério. **Direito penal**: parte geral. Disponível em: <https://www.academia.edu/11052408/DIREITO_PENAL_PARTE_GERAL_-_ROG%C3%89RIO_GRECO>. Acesso em: 15/02/2019.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. v.1. 11 ed. Niterói: Impetus, 2009.

HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. Tradução de Maria Helena Kühner. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

LIMA FILHO, Francisco das C. Elementos Constitutivos do Assédio Moral nas Relações Laborais e a Responsabilização do Empregador. Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul, n 01, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Assédio moral no emprego**. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Raul Henrique Beserra; MELO, Ruana Bezerra; ISAIAS, Stéfane Linhares. **A evolução histórica do assédio moral nas relações de trabalho no Brasil e no mundo**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57476/a-evolucao-historica-do-assedio-moral-nas-relacoes-de-trabalho-no-brasil-e-no-mundo>>. Acesso em: 10/04/2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. parte geral: parte especial. 6.ed. rev, atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Régis. **Teoria dos Fins da Pena**: breves reflexões, 2015. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12203-12203-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26/03/2019.

[1] Murilo Braz Vieira. Advogado, graduado em Direito pela PUC-Goiás (2004) e Pós-graduado em Direito Público (EPD-SP) e Direito Constitucional (UFG). É Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT), Brasil (2015) Professor da Faculdade Serra do Carmo, Brasil

[2] Câmara aprova projeto que torna crime e define assédio moral no Trabalho. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/03/12/camara-aprova-texto-base-de-projeto-que-torna-crime-e-define-assedio-moral.ghtml>. Acesso em 28/04/2019.

A PROIBIÇÃO DE AQUISIÇÃO, USO E DISSEMINAÇÃO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS AOS POVOS INDÍGENAS: O ARTIGO 58, INCISO III, DA LEI N.º 6001/1973 NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

HUDSON CARLOS AVANCINI PERSCH:

Assessor da Corregedoria Geral do Município de Cacoal, Estado de Rondônia; Especialista em Didática do Ensino Superior pela Faculdade Ciências Biomédicas de Cacoal (2018) e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus (2019). Especializando em Direito Administrativo pela PUC Minas. Tenho experiência na área de Direito Civil, Constitucional e Administrativo.

Resumo: O presente estudo tem o objetivo de fomentar o debate a respeito da aquisição, uso e disseminação de bebidas alcoólicas aos povos indígenas, visto que o artigo 58, inciso III, da Lei n.º 6001/1973 proíbe as mencionadas práticas. A pesquisa procurou distinguir a definição de álcool, alcoolismo e processo de alcoolização, destacando-se aspectos que relacionam entre si e os resultados distintos que apresentam. A partir da abordagem acerca das bebidas alcoólicas nas sociedades indígenas, permitiu-se verificar o consumo em diferentes contextos sociais e culturais. Analisa-se através da história do Brasil, os direitos indígenas que vieram por meio da Constituição Federal de 1988, Estatuto do Índio, Convenção 169 da OIT e pela Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos indígenas, compreendendo os Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, como ponto central da presente pesquisa. Busca-se com este estudo a efetivação de garantia de direitos aos povos indígenas, verificando se o artigo 58, inciso III, da Lei n.º 6001/1973 é uma norma que discrimina as pessoas indígenas no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Bebidas alcoólicas. Indígenas. Igualdade.

Abstract: The present study has the objective of fomenting the debate regarding the acquisition, use and dissemination of alcoholic beverages to the indian people, since article 58, item III, of Law no. No 6001/1973 prohibits such practices. Initially, the origin of alcohol and the emergence of indian people are analyzed through a brief study of the first contacts. The research sought to distinguish the definition of alcohol, alcoholism and alcoholization process, highlighting aspects that relate to

each other and the distinct results they present. From the approach on alcoholic beverages in Indian societies, it was possible to verify consumption in different social and cultural contexts. Through the history of Brazil, we analyze the indigenous rights that came through the Federal Constitution of 1988, the Indian Statute, ILO's (International Labour Organization) Convention 169 and the United Nations Declaration on the Rights of Indian People, including the Principles of Equality and Dignity of the Human Person, as the central point of the present research. This study seeks to guarantee the rights of indigenous peoples, checking if since Article 58, item III, of Law n. ° 6001/1973 is a norm that discriminates against indigenous people in the Democratic State of Law.

Keywords: Alcoholic beverages. Indian people. Equality.

Sumário: Introdução. 1 - Bebidas alcoólicas nas Sociedades Indígenas. 1.1 - Alcoolização Indígena: um olhar antropológico. 1.2 - Bebidas fermentadas Indígenas e seu uso. 1.3 - Bebidas destiladas na atualidade Indígena. 2 - Aspectos gerais da cultura Indígena e o Direito. 2.1 - Do Direito Indígena. 2.2 - A Carta Magna e o tratamento dado aos Indígenas. 2.2.1 - Direito à alteridade. 2.2.2 - Princípio da Igualdade e o respeito à diferença. 2.2.3 - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2.2.4 - Do Estatuto do Índio e a FUNAI. 2.2.5 - Críticas ao Estatuto do Índio. 2.2.6 - Convenção 169 da OIT. 2.2.7 - Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas. 2.3 Do multiculturalismo. 2.4 - Do relativismo cultural e universalismo. 3 - Do Artigo 58, inciso III, da Lei nº 6001/1973. 3.1 - Entendimento favorável. 3.2 - Entendimento contrário. 4 - Medidas acautelares. 4.1 - Prevenção. Considerações finais não conclusivas. Referências.

Introdução

O cenário atual do Brasil é bem diferente de anos atrás, eis que nos dias de hoje a interação social de povos indígenas que eram praticamente/totalmente isolados se faz presente, buscando-se interagirem com os nacionais, mantendo, dentro do possível, a preservação de suas culturas. Importante mencionar que a cultura dos não-índios é uma grande atração para os indígenas, e por conseqüência, ao se interagirem, adotam práticas que não são politicamente corretas. Á guisa de

exemplo, observar-se que é o que ocorre com o consumo das bebidas destiladas, objeto do presente estudo.

É sobretudo importante dizer que os povos indígenas fabricam suas próprias bebidas, e que dentro da tradição de cada grupo étnico estes possuem seus estilos tradicionalistas de beberem. Ocorre que, nos dias de hoje foge ao modo tradicional de consumir bebidas alcoólicas trazendo para suas comunidades, consequências negativas.

Devido aos problemas de ordem pública e judicial advindas do consumo excessivo do álcool, foi-se criado o artigo 58, inciso III, do Estatuto do índio, visando coibir a aquisição, o uso e disseminação de bebidas alcoólicas aos povos indígenas, sendo esta uma infração.

Nesse enfoque, o referido estudo tem por objetivo patentear, relatar e analisar a grande discussão sobre o uso de bebidas alcoólicas nas aldeias indígenas, visto que o artigo 58, inciso III, da Lei n.º 6001/1973 proíbe as mencionadas práticas. Neste passo, apresentou-se os parâmetros constitucionais acerca do Princípio da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, além de tratados internacionais que tem por finalidade legal, visando garantir e promover a proteção dos direitos aos povos indígenas.

Assim, o estudo é de suma importância, sendo de grande relevância, pois além de expor a realidade, esta pesquisa visa “dar voz” àqueles que a maioria das vezes não possui em uma sociedade egocêntrica, sendo um sinal alternativo de atingir princípios que anelam uma sociedade democrática de direito. Além disso, teve por objetivo estimular uma reflexão jurídica sobre o tema: de um lado o Estatuto do Índio, de outro a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais

O presente estudo objetivava-se em pesquisa de campo com os povos indígenas não inteirados, sendo estes o ponto central do estudo, visto que os outros já inteirados com a cultura nacional fazem uso, caso queiram, de nossas bebidas, dentre elas os destilados. Por ser um assunto extremamente polêmico, seria necessária autorização da presidência da FUNAI e do Conselho de ética como segurança para ingressar em terras indígenas para fins de pesquisas científica, no entanto, por tais motivos, *a priori* não foi possível.

Trata-se, assim, de um estudo bibliográfico de natureza qualitativa, que usou como ferramenta as leis, artigos científicos, jurisprudências, bem como livros que abordam sobre o assunto.

1 Bebidas alcoólicas nas sociedades Indígenas

1.1 Alcoolização Indígena: um olhar antropológico

Em primeiro momento, mister se faz ressaltar que com o passar dos anos houve a inteiração do indígena na sociedade brasileira, passando estes a ocuparem muitos cargos e espaços políticos, tais como: militares, professores, enfermeiros, padres, desportistas, Vereadores, músicos etc., diferentemente de anos atrás, ao qual se tinha a visão do índio nu, nas florestas, com arco e flecha em mãos.

Necessário é lembrar também sobre a existência das bebidas fermentadas, que desde sempre são consumidas pela maioria dos povos indígenas do Brasil, sendo esta uma tradição cultural. Registre-se que as bebidas fermentadas são muito utilizadas nas festas, rituais e nos mutirões. Neste sentido, SOUZA (2013, p. 121) diz:

As bebidas alcoólicas são absolutamente presentes na vida social dos povos indígenas. São consumidas nas atividades produtivas, nas festas de santo, nos rituais xamânicos, nas reuniões, nas celebrações e no lazer. Assumem o papel de meios de acesso ao sobrenatural, de presentes aos seres de 'outro mundo', de veículo de reciprocidade e agente motivador nos trabalhos de roça, de veículos de feitiços, de causa de doenças no caso da cachaça, de agentes etiológicos e terapêuticos nas sessões de cura.

Cumprir refletir, todavia que o mundo dos brancos é para os índios uma grande atração, principalmente as bebidas destiladas. Ante esta realidade, discute-se com muita frequência que as bebidas destiladas são o fator principal da extinção de vários grupos indígenas. Há, porém, quem defenda o consumo das bebidas alcoólicas pelos indígenas, alegando que o direito à alteridade dos indígenas, indica que estes têm os mesmos direitos que os não indígenas, sendo ilícita a limitação de determinados direitos, aniquilando a estes o livre arbítrio de decidir o que consideram certo ou errado. Entrementes, neste ínterim, resta plenamente cabível

reconhecer como se dá o uso das bebidas, as diferentes atitudes e os diversos estilos de beber (SOUZA, 2013, p. 82).

1.2 Bebidas fermentadas Indígenas e seu uso

As primeiras fabricações e o uso de bebidas fermentadas são desconhecidos antropologicamente, sabe-se que quando os europeus chegaram ao território brasileiro, os índios possuíam suas próprias bebidas, que eram feitas para ritualizar a vida social. Pesquisas feitas afirmam que o uso de bebidas fermentadas é tão antigo quanto a existência de ritos religiosos. Os ingredientes empregados, o modo de preparar e a forma como ingerem é distinta de um grupo étnico para outro. O ingrediente mais utilizado para fins rituais é o tabaco, porém existem inúmeros substâncias que são utilizadas para a fabricação das bebidas fermentadas, dependendo da região e do grupo estudado.^[1]

As razões para consumirem bebidas fermentadas, bem como os efeitos almejados fazem partes de uma manifestação social (inter e intragrupal) dos povos indígenas, podendo estar “ligadas ao sagrado, ao divertimento, à reciprocidade e , em certos casos, à política. Muitas festas são cíclicas, marcando épocas específicas do calendário anual, como a colheita de certas frutas, a mudança das estações etc. (SOUZA, 2013, p.32).” Importante destacar que “além de contribuir para a sociabilidade e o divertimento, as bebidas fermentadas são usadas em ritos que favorecem a expressão simbólica da própria sociedade, de sua manifestação ante o divino e da consciência coletiva (SOUZA, 2013, p. 32).”

Necessário trazer à baila a função primordial das mulheres a respeito da fabricação das bebidas fermentadas, em que na maioria das aldeias indígenas, “estas são produzidas exclusivamente pelas mulheres, que fornecem o trabalho agrícola ou de coleta necessário, fabricam e decoram os recipientes apropriados ao preparo das bebidas e, em última análise, influenciam decisivamente sobre sua utilização (FERNANDES, 2004, p. 103)”.

Uma das bebidas fermentadas mais conhecida é a chicha, que é feita de mandioca, milho ou frutas vermelhas, fabricada pelos povos indígenas dos Estados andinos e da América latina, desde o período do Império Inca. Á guisa de exemplo, os Siona, um grupo tukano da Colômbia, organizam suas festas para tomar chicha durante dois ou três dias seguidos, como parte de seus processos políticos e sociais. A chicha entre esse grupo étnico é consumida através de uma festa para criar

consenso comunitário quando há conflito de interesses, no caso, por exemplo, de escolher um novo líder, construir relações amigáveis com outros grupos étnicos ou para se fazer trabalhos e celebrações comunais.^[2] Não obstante isso, a chicha pode ser produzida em festas de grupos familiares, como descreve PINTO (2009, p. 115):

A chicha de macaxeira fermentada é consumida coletivamente em duas ocasiões: ou a bebida é consumida como pagamento de um trabalho coletivo para um grupo doméstico (abertura, coivara, plantação ou limpeza de roças, limpeza dos caminhos e terreiros, colocação do telhado), ou ela é oferecida em festas: aniversários (dos mais jovens), casamentos, datas comemorativas (Natal, Ano-Novo etc.) sem que necessariamente os que a estão consumindo tenham trabalhado para o grupo doméstico que a produziu. Em ambos os casos as pessoas não comparecem sem que o dono da chicha venha convidar os participantes para sua casa.

Nota-se, que devido ao contato com os não-índios, muitos povos indígenas não consomem ou fabricam mais suas próprias bebidas, como é o caso da cultura Paiter Suruí, em que “as bebidas fermentadas, chicha, feitas de cará, batata doce, mandioca ou milho, já não são consumidos como antigamente, por motivos de religiosidades (MENDES, 2017, p. 62).”

Tradicionalmente, dentre as comunidades indígenas brasileiras, é comum a fabricação do *cauim*, bebida preparada através da mastigação de raízes e do milho por mulheres indígenas, de preferência as mais novas e que fossem virgens. Para melhor entendimento, José de Anchieta (1988, p. 338), descreve:

São muito dados ao vinho, o qual fazem das raízes da mandioca que comem, e de milho e outras frutas. Este vinho fazem as mulheres, e depois de cozidas as raízes ou o milho, o mastigam porque com isso dizem que lhe dão mais gosto e o fazem ferver mais. Deste enchem muitos e grandes potes, que somente servem disso e depois de ferver dois dias o bebem quase quente, porque assim não lhes faz tanto mal nem os embebeda tanto, ainda que muitos deles,

principalmente os velhos, por muito que bebam, de maravilha perdem o siso, ficam somente quentes e alegres.

Como se pode observar, o cauim é uma bebida fermentada com um alto teor alcoólico, semelhante a chicha, equiparado por Lima (1990, 312-313) como se fosse um “pão líquido” ou uma “sopa pré-digerida e fermentada por bactérias e leveduras”. No período de descobrimento do Brasil, o cauim era utilizado “quando matam algum prisioneiro para comer, quando deliberam sobre a guerra, em suma quando se juntam por prazer ou para tratar de negócios importantes (ABBEVILLE, 1975, p. 237)”. Ao contrário disso, apesar do cauim ser utilizado nos dias de hoje, o contexto festivo mudou-se, onde bebem apenas para ficarem alegres.

Ademais, outra bebida fermentada produzida pelos índios é o caxiri, que assim como o cauim, só pode ser feito por mulheres e sua matéria-prima é a mandioca. O caxiri tradicionalmente é consumido por muitas pessoas, principalmente nas festas de troca, de alianças políticas ou matrimoniais, durante derrubada ou plantio das roças, quando o pajé quer ter acesso ao mundo sobrenatural, etc. Interessante mencionar, que o consumo do caxiri nos povos indígenas do Uaçá, além dos rituais xamânicos, é feito nas “festas dos santos, assembleias políticas, festividades do Dia do Índio e competições esportivas (denominada ‘olimpíadas’) (SOUZA, 2013, p. 113)”. Cabe ressaltar que o preparo do caxiri leva de dois a três dias, e que tanto no presente quanto em tempos passados, as festas duram dias e somente encerram quando a bebida se esgota (SOUZA, 2013, p. 82).

Forçoso é perceber que inúmeras são as bebidas produzidas e consumidas pelos povos indígenas, eis que a matéria-prima de utilização para produção destes líquidos são diversas (tubérculos, raízes, frutos, sementes, folhas etc.). Assim, assentando sobre o assunto, SOUZA (2013, p. 33) narra:

Como, quando e quanto bebem são aspectos característicos de estilo de beber adotado em cada grupo étnico. O consumo tradicional de bebidas fermentadas está não só associado a atividades construtivas para o grupo social, como também expressa sensações e valores particulares.

1.3 Bebidas destiladas na atualidade Indígena

As bebidas destiladas foram introduzidas no meio indígena há mais de três séculos, sendo a cachaça a primeira substância ativamente utilizada pelos colonizadores, como meio de escravidão. Além da cachaça, outras substâncias passaram a ser ingeridas devido ao contato interétnico, tais como perfumes, desodorantes e álcool de farmácia (SOUZA, 2013, p. 82).

Uma das principais consequências com o contato das bebidas destiladas foi à desvalorização da cultura de determinados povos indígenas, sendo a facilitação da compra do álcool maior do que produzir durante dias suas próprias bebidas. Com isso, perdem sua própria tradição, como narra Yab-alapixah Suruí:

Não sabemos ao certo como vai ser o nosso futuro, deveríamos preservar esse conhecimento, preservar nossa língua. Mas não, preferimos viver como os yara ey e assim abandonamos nosso alimento tradicional, esquecemos de yatir, da bebida sem fermentação. Há tempos que não bebo yatir. Mesmo morrendo de desejo, não bebo porque não tem para beber. Eu fui criado com alimento tradicional, minha mãe, além do leite do peito, me dava nosso alimento. Por isso quero muito a comida de Paiter, mas, como não tem, tenho que me alimentar da comida do yara(PAPPIANI e LACERDA, 2016, p. 107).

Em tempos remotos, o uso de bebidas alcoólicas contribuía de forma positiva os povos indígenas, contudo, nos dias de hoje acontece o oposto, uma vez que foge do hábito tradicional. Sendo assim, deve ser analisado o consumo excessivo do álcool como uma problematização social/coletiva, e não individual.

Nesse viés, o uso de bebidas alcoólicas pelos povos indígenas no âmbito social, geram vários problemas de ordem pública e judicial, além de criar “uma imagem negativa para os povos indígenas, já que ‘alcoólatra’ é um adjetivo empregado pela sociedade brasileira para caracterizar o índio e justificar sua exclusão social (SOUZA, 2013, p.34)”.

Por sua vez, os não índios para justificar as consequências trazidas pelos índios bêbados questionam os direitos e os programas sociais que são destinados aos povos indígenas, alegando que eles não merecem usufruir de direitos e muito

menos serem respeitados(SOUZA, 2013, p.34).Indubitável é que a introdução das bebidas destiladas trouxe um motivo a mais para menosprezar a imagem social dos povos indígenas. De outro lado, é de ser relevado que a problematização da embriaguez foi ocasionada pelos próprios não índios, sendo inicialmente apresentada pelos europeus no período de colonização, e desde então problematização referente ao álcool surge no meio social.

Portanto, é necessário utilizar o conceito alcoolização ao invés de alcoolismo, para impedir a ideia de que alcoolista é o culpado, seja por irresponsabilidade, fraqueza mental ou biológica, devendo ser considerado o campo histórico-político que envolve a comunidade (SOUZA, 2013, p.35)". Importante ressaltar que "a crítica à embriaguez não é nova: desde a antiguidade mais remota as sociedades buscam controlar a liberdade comportamental possibilitada pelos inebriantes etílicos (FERNANDES, 2004, p. 13)". Contudo, as críticas sempre existirão, e para explicar o evento coletivo de alcoolização, necessário é questionar os fatores determinantes para o consumo abusivo do álcool.

2 Aspectos gerais da cultura Indígena e o Direito

2.1 Do Direito Indígena

O surgimento dos direitos indígenas deu-se quando "agindo pelo seu livre arbítrio, o homem desceu ao nível dos seres baixos e embrutecidos e provocou a dizimação de semelhantes seus, na busca pelo poder, riqueza e glória" (MARTINS (2005, p. 26). No período em que os europeus chegaram ao Brasil, no ano de 1500, acreditando haverem chegado às Índias, encontraram inúmeros índios de diferentes etnias. A partir desse momento é que decorreu o processo de colonização, que foi marcado por genocídio, escravidão, roubo, prostituição, e outros meios horripilantes e escachados de derruir os direitos do ser humano (MARTINS, 2005, p. 26).

Várias tragédias ocasionadas pelos colonizadores aconteceram na vida dos povos originários dessas terras: escravidão, guerras, doenças, massacres, genocídios, etnocídios e outros males que por pouco não eliminaram por completo os seus habitantes. Não que esses povos não conhecessem guerra, doença e outros males. A diferença é

que nos anos da colonização portuguesa eles faziam parte de um projeto ambicioso de dominação cultural, econômica, política e militar do mundo, ou seja, um projeto político dos europeus, que os povos indígenas não conheciam e não podiam adivinhar qual fosse. (LUCIANO, 2006, p.17).

Indubitável é que o início da história do Brasil foi marcada por comportamentos inumanos, onde para os portugueses, os índios não eram considerados seres humanos, inclusive, “alguns religiosos europeus, por exemplo, duvidavam que os índios tivessem alma. Outros não acreditavam que os nativos pertencessem à natureza humana, pois, segundo eles, os indígenas mais pareciam animais selvagens (LUCIANO, 2006, p. 34)”.

Estima-se que quando os portugueses desembarcaram nas costas brasileiras havia aqui aproximadamente 2 a 2,3 milhões de índios[3], e que devido a exploração e colonização, foram aos poucos desaparecendo, devido a violência imediata contra eles praticados, como também à violência mediata no despojamento de suas terras[4].

Após muitas discussões entre os conquistadores, teólogos e juristas, constataram que os ameríndios não eram animais, e assim, passaram a serem considerados seres humanos, porém inferiores, por não saberem viver por si próprios, segundo os portugueses[5]. Nesta feita, no ano de 1570 decretou-se terminantemente que os índios não poderiam ser levados a cativos, embora, no ano de 1587 aparece uma lei que limita a liberdade dos Índios.[6]

Diversamente disso, em 1595 foram proibidas todas as guerras aos povos indígenas sem provisão régia (bandeiras), declarando-se ilegítimos os capturados e mantidos em cativos de tais guerras. No ano de 1605 a 1608, os indígenas são considerados pessoas livres, e em 1609 os índios são equiparados aos colonos, deixando a condição de selvagens. E foi a partir daí que começaram a surgir à necessidade de protegê-los e tutorá-los, sendo os jesuítas declarados oficialmente os curadores dos Índios. Diante disso, o Governador D. Diogo de Mendonça, que resistia às leis, foi forçado a se demitir, após a ocorrência de tais feitos considerados históricos (MARTINS, 1880, p. 39).

Desse momento em diante, o Brasil passou por muitas alterações acerca dos direitos aos povos indígenas, mas o mais recente processo de redemocratização do País surgiu no início da década de 1980, cujo marco foi à promulgação da Constituição Federal de 1988. Os Índios passaram a serem considerados sujeitos de direitos e de cidadania, onde foi garantido o direito de continuar perenizando seus antigos modos de vida, suas culturas, suas civilizações, seus valores, garantindo igualmente o direito de acesso a outras culturas, às tecnologias e aos valores do mundo como um todo (LUCIANO, 2006, p. 36).

2.2 A Carta Magna e o tratamento dado aos Indígenas

Frise-se outra vez, que o marco inicial para garantir os direitos aos povos indígenas foi a Constituição Federal de 1988, onde passou a reconhecer sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, além de o direito dos índios, suas comunidades e organizações, ingressarem, em juízo, em defesa dos seus interesses (art. 232, CF/88). Assim, o artigo 231, da Constituição Federal de 1988, foi um grande avanço:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Além do mais, os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo expõem a noção de terras indígenas:

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o

usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Ora, indubitável é que os povos indígenas têm direitos ante as terras que tradicionalmente apoderam-se, sendo indispensável um reconhecimento oficial acerca desse assunto, eis que são de natureza originária. Nesse enfoque, tal reconhecimento se faz com a finalidade meramente declaratória, assegurando aquilo que é de direito.

A respeito dos dispositivos constitucionais, em Ação Popular o Ministro Ayres Britto ensina:

Os arts. 231 e 232 da CF são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, lingüística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.^[7]

Assim, a Carta Magna passou a dedicar artigos exclusivos para tratar dos direitos indígenas, distribuídos em diferentes capítulos. Desta sorte, foi entregue ao Ministério Público o poder de atuarem defesa dos direitos indígenas (art. 129, V, CF/88); à União a legislar privativamente sobre populações indígenas (art. 22, XIV, CF/88) e aos juízes federais a competência para processar e julgar as causas sobre

direitos indígenas (art. 109, XI, CF/88). Ademais, a Lei Maior determina ao Estado o dever de proteger as manifestações das culturas populares, até mesmo as indígenas (art. 215, §1º, CF/88).

Ex positis [8] é notório verificar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 concedeu à população indígena os direitos considerados mais fundamentais, preservando as diversidades existentes, além disso, “assegura espaço para uma integração entre os povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois que se funda na garantia do direito à diferença (LEITÃO, 1993, p. 228)” [9], embora seja ainda um grande desafio a efetivação de tais direitos, eis que se busca incansavelmente a concretização destes no Estado Democrático de Direito.

2.2.1 Direito à alteridade

O direito à alteridade adveio com a Constituição Federal de 1988 e com a Convenção 169 da OIT, que reconheceu aos povos indígenas o direito de serem diferentes. Portanto, o termo “alteridade significa ser outro, colocar-se ou constituir-se como outro” (MARTINS, 2005, p.124).

Neste raciocínio, Aracy Lopes da Silva (2000, p. 18) clarifica o entendimento:

[...] as sociedades indígenas compartilham de um conjunto de traços e elementos básicos, que são comuns a todas elas e as diferenciam de sociedades de outro tipo. A lógica e o modelo societal compartilhado pelos grupos indígenas são diferentes do nosso. [...] o que faz com que uma sociedade seja indígena e o que diferencia uma das outras? É o modo de viver, de organizar as relações entre as pessoas e destas com o meio em que vivem e com o sobrenatural que faz com que uma sociedade seja indígena. Sociedades indígenas são sociedades igualitárias, não estratificadas em classes sociais e sem distinções entre possuidores dos meios de produção e possuidores de força de trabalho. São sociedades que se reproduzem a partir da posse coletiva da terra e dos recursos ela existentes e da socialização do conhecimento básico indispensável à sobrevivência física e ao equilíbrio sócio-cultural dos seus membros.

Pelo óbvio, não seria necessário à existência deste direito se não fosse à apoderação de terras indígenas e a violação de direitos humanos à estes povos, causadas pelo período de colonização até os dias de hoje, que por meio de imposição busca-se igualar estes aos não-índios, não levando em consideração a os costumes, a cultura e a tradição dos povos indígenas. Nota-se que decorrer do processo de colonização, até nos dias de hoje “não se ouve a voz dos índios; eles perderam a palavra. Ou melhor, a sociedade evolvente faz questão de não ouvir a sua voz, ou tenta, de várias formas calar essa voz e também impedir que ela seja ouvida” (MARTINS, 2005, p. 127).

Logo, o direito à alteridade ou diferença, assegura que os índios têm os mesmos direitos que os não-índios. Cumpre registrar que, por estarem no território brasileiro antes da chegada dos portugueses, os povos indígenas constituíram a sua sobrevivência cultural e física por meio das terras que ocuparam. Portanto, por entender-se que as terras fazem parte dos próprios indígenas, foi-se garantido à eles o direito de posse dessas terras (art. 231, *caput*, CF/88).

Assim, “a alteridade ultrapassa o reconhecimento do outro como sujeito, para alcançá-lo como ser único, livre e responsável, ao qual se deve respeitar em sua diferença e autonomia” (REIS et al, 2017, p.74).

2.2.2 Princípio da igualdade e o respeito à diferença

Primeiramente, oportuno se toma lembrar o que estabelece o artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que diz:

Art. 2º. Todas as pessoas tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Nota-se ainda, que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, também diz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (grifo nosso).

Verifica-se que tais dispositivos estão associados aos ideais de que o legislador deve criar tratamentos iguais às pessoas que encontram-se em situações idênticas, por meio de leis, atos normativos e medidas provisórias; e, na aplicabilidade normativa, não deve haver desigualdades, sendo irrelevante a religião, raça, sexo, classe social, convicções políticas ou filosóficas.^[10]

Alexandre de Moraes (2012, p. 36) narra:

A desigualdade da lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável.

Nesse sentido, qual seria o motivo para não tratar os povos indígenas de forma igual às demais pessoas (não-índios)? Questionamento este que levaria um sábio a não obter resposta. Porém, se o motivo de não conceder tal direito for por estes serem diferentes, devido a sua cultura, língua, costumes etc., o critério discriminante justificativo deveria valer para estrangeiros que habitam no Brasil, e também para determinados Estados brasileiros, tais como Bahia, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, dentre outros, que apresentam culturas, sotaques e tradições diferentes de outros Estados do País. Pois bem, é bem verdade que os povos indígenas são iguais a qualquer indivíduo de uma sociedade, conquanto, deve-se fazer jus ao direito de igualdade, assegurado a todos os brasileiros, e, além disso, o direito de não serem discriminados por sua identidade étnica.

Deve ser garantido ao índio a opção de fazer parte da sociedade envolvente ou permanecer com seus costumes, crenças e tradições. Nas duas hipóteses, devem ser assegurados seus direitos à liberdade, a uma vida digna e independente. Seus direitos devem ser consolidados em normas que expressem seu modo-de-ser, de pensar, seu posicionamento perante o mundo em que vivem. E que o princípio da igualdade, expresso na Constituição Federal de 1988, seja disseminado em todas as regras concernentes às comunidades indígenas e não se desvirtue. Que não se trilhe

caminho conducente a qualquer forma de discriminação (MARTINS, 2005, p. 61).

O descumprimento do princípio da igualdade se fez e faz presente na história do Brasil. O tratamento desigual também aconteceu com os negros, mulheres, homossexuais, pessoas com deficiência, com estrangeiros imigrantes e com os índios.

Para os índios, “todos os seres vivos estão em situação igual, pois são filhos de uma mesma mãe, a mãe-terra. Dessa ciência, emerge o respeito por ela, [...] sem que haja agressão, pois é a terra a grande mantenedora da força espiritual do povo indígena” (MARTINS, 2005, p. 223).

Não se pode olvidar, que se trata do caráter discriminatório e não do protetivo (direito à alteridade) aos povos indígenas. Portanto, todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco. Neste viés, todos têm direito a igual respeito e consideração. Tem direito a igualdade formal, de não serem discriminadas na lei ou pela lei, e tem também o direito ao reconhecimento, conservar sua identidade, mesmo quando seja a minoria, e é neste âmbito que não se pode discriminar em favor de alguém para reparar determinadas injustiças.

Por fim, outro não é o escólio da sábia Professora Mestre Matilde Mendes, que tece considerações no mesmo sentido:

Cada povo indígena possui diferença no modo de viver e estar no mundo com conhecimentos específicos e diferenciados e isso os torna únicos, mas ao mesmo tempo com plenos direitos de acesso a outros conhecimentos. É no tecer da teia da interculturalidade que se aproximam mundos e diminuem os preconceitos, no movimento da dialética (2017, p. 45).

2.2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um preceito constitucional que está explícito na Constituição Federal de 1988, no art. 1º, onde diz que a República Federativa do Brasil, constituída em Estado

Democrático de Direito, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Frisa-se que é um dos elementos inevitáveis para a legitimidade de quaisquer atos do Estado brasileiro, sendo o ponto norteador para guiar sentenças no sistema jurídico brasileiro.

Em voto, o Ministro Ricardo Lewandowski teceu suas considerações iniciais em um julgado, abordando os preceitos fundamentais que regem a nossa Carta Política vigente, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

A nossa Constituição arrola, dentre os fundamentos da República, a **dignidade da pessoa humana** e o pluralismo político, na acepção ampla da palavra, destacando, em meio aos objetivos que o Estado brasileiro deve perseguir, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. (grifo nosso)[11]

Segundo Flávia Piovesan[12], “o valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988”.

Assim, importa dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana está inserido dentro de um Estado Democrático de Direito, sendo o elemento fundamental do nosso sistema constitucional e organizacional, que tem como objetivo garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça como valores fundamentais de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com solução pacífica das controvérsias, conforme o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil que explica perfeitamente os anseios da sociedade e também a busca da segurança jurídica (MORAES, 2003, p. 50).

Cumprido o objetivo, todavia que o princípio da dignidade da pessoa humana é o ponto de partida para censurar violações que afrontam a dignidade e a vida do ser humano, devendo ser universal e valer-se de

fundamento para quaisquer relações humanas, inclusive aos povos indígenas.

Neste entendimento, Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinho ar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem (apud KURY, 1999, p.26).

No entanto, oportuno lembrar, que durante todo período histórico, desde o descobrimento do Brasil, os índios brasileiros foram vítimas de intensas violações em seus direitos fundamentais, barbaridades cometidas pelos colonizadores, seja pela invasão de seus territórios, quanto ao genocídio, tortura, escravidão, estupro etc. Apesar do período de colonização ter passado, há de ser ressaltado que não é diferente nos dias de hoje, porém não com a frequência da época, eis que normas protetivas e defensivas surgiram. Mas, insta destacar que a discriminação e a desigualdade aturada pelos índios sobrevêm pelo motivo destes serem diferentes, e não serem reconhecidos por grande parcela da sociedade, mesmo sendo um País democrático e pluralista.

Para melhor compreensão sobre o que se trata a dignidade humana voltada aos índios, sábias são as palavras de Tatiana Azambuja Ujacow Martins (2005):

Dignidade humana significa ter saúde, educação, de acordo com o seu processo educacional, não lhe sendo imposto um padrão de educação que oprime o seu modo de ser, pois nega sua educação tradicional, reprime a cosmovisão que é ínsita em sua existência. É ter o seu espaço de terra, não com objetivos comerciais, mas como local onde ele reproduz sua espiritualidade e de onde pode tirar alimento para matar a fome de seu filho. É poder participar da sociedade

envolvente em igualdade de condições e oportunidades, se assim o desejar, sem discriminação, sem restrições, em que a palavra integração não se traduza por abandono de sua cultura, mas que se consubstancie em troca de experiências. É poder viver de acordo com o que eles acreditam, é ter qualidade de vida, dentro dos parâmetros que eles elegeram. É tanto poder permanecer dentro de sua forma tradicional de viver, no cultivo da terra, como poder estudar, trabalhar, exercer uma profissão, sem perder sua identidade. É poder ser índio, e, principalmente, poder permanecer vivo (p. 223).

Neste sentido deve-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais fundamental dentre todos os princípios jurídicos, deve ser o objetivo supramaximo do Estado, pois quando “concretiza o direito que assegura a proteção à pessoa, tendo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como farol norteador de suas diretrizes, está certamente trilhando o caminho que leva à realização da verdadeira justiça” (MARTINS, 2005, p. 95).

2.2.4 Do Estatuto do Índio e a FUNAI

No Brasil, no ano de 1907, ocorria a exterminação em massa de índios; neste mesmo ano, o diretor do Museu Paulista, Herman Von Ihering, publicou um artigo apoiando o extermínio destes, gerando uma enorme revolta social. Além disso, tais notícias sobre o massacre de índios no Brasil gerou repercussão e aversão internacional, levando o Governo Federal a instituir o primeiro órgão governamental para gerir as relações com os povos indígenas. Refere-se ao Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI/LTN), criado em 1910 e vinculado ao Ministério da Agricultura e Comércio, com o objetivo de transformar o índio em trabalhador nacional, além da catequese e civilização dos mesmos (MARTINS, 2005, p. 77).

A organização do SPI era de responsabilidade do tenente-coronel Cândido Mariano da Silva Rondon, e “costuma-se afirmar que a pacificação foi conseguida por ele, exatamente por não usar nenhum subterfúgio nem manobra duvidosa, porque entendeu perfeitamente que a violência indígena era defensiva e de revanche, pela invasão colonial (SOUZA, 2013, p.73)”.

Rondon não concordava que a SPILTIN tinha que ser subordinado ao Ministério da Agricultura e Comércio, pois dizia que “o SPI, não é um problema agropecuário, de colonização, como a muita gente perecerá. É sim um problema de caráter político e social, de alta relevância, nacional, como reparação histórica à injustiça da política medieval”.[\[13\]](#)

Como diretor do SPI, Cândido Rondon, visava garantir aos povos indígenas a posse das terras que estes ocupavam, concebendo o amplo desenvolvimento natural do silvícola, ou seja, assegurando a vitaliciedade dos povos indígenas. Dessarte, estabeleceu propostas na SPI que destinavam, sobretudo, à assistência, defesa e proteção dos índios, por meio dos seguintes princípios humanísticos:

- a) Garantir a posse dos territórios indígenas;
- b) Proteger o índio em seu próprio território, não havendo intervenção de terceiros em sua organização da vida tribal, e seu deslocamento;
- c) Garantir a autonomia indígena, preservando sua cultura original;
- d) Proibir o desmembramento da família indígena, sob qualquer situação;
- e) Assegurar seus direitos de cidadão, respeitando sua condição de índio;
- f) Punir os crimes contra índios.[\[14\]](#)

Muitos consideravam esses fundamentos um absurdo, uma afronta a sociedade. Entretanto, por óbvio, foi um grande avanço para a época tais diretrizes, pois “de todo esse trabalho, resultava-se que o índio tornasse um melhor índio e não um mísero ente sem classificação social (RIBEIRO, 1996, p. 161)”.

O cenário mudou a partir do ano de 1964, onde no Brasil se instalou o regime militar, onde foram registrados diversos atos de tortura e massacre a índios, e houve grande repercussão internacional e nacional a respeito de tais atos. Logo, a fim de corrigir seus erros e redimir a história brasileira, foi criada por meio da Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI (MARTINS, 2005, p.82).

A FUNAI está vinculada ao Ministério da Justiça, sendo a coordenadora e executora das políticas indigenistas do Governo Federal, tendo por finalidade a proteção e promoção dos direitos indígenas do País. Sua atuação visa o reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos

povos indígenas, buscando a plena autonomia e autodeterminação desses povos no Estado Democrático de Direito.^[15] Necessário ressaltar, que Ministério Público faz esse papel da FUNAI em zelar pelos direitos dos povos indígenas, e que por força do artigo 232, da Carta Magna, os indígenas podem pleitear direitos até mesmo contra a FUNAI.

Preconiza o artigo 232 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 dizendo que: “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

Ainda preocupado com a imagem no exterior, devidos às denúncias de violação de direito humanos, o governo elaborou, aprovou e divulgou a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, denominada “Estatuto do Índio”.^[16]

De acordo com Sílvio Coelho dos Santos (1985, p. 19):

O fator decisivo para a elaboração, a aprovação e a divulgação da Lei nº 6.001 era a preocupação do governo com a sua imagem no exterior, então grandemente afetada por denúncias de violação de direitos humanos. Em função da divulgação pela imprensa nacional de massacre de índios, o governo enfrentava desde 1967 uma campanha sistemática no exterior de acusações de omissão ou mesmo comprometimento em práticas etnocidas.

O Estatuto do Índio trouxe o conceito de “índio” e “comunidade indígena”, que assim dispõe:

Art. 3º. Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo estarem neles integrados.

Verifica-se, pois, que a definição que o Estatuto traz, é feita sob três critérios: "genealógico, referindo-se a origem e ascendência pré-colombiana; cultural, ao mencionar as características que distinguem da sociedade nacional; e, por último, pertença étnica, que identifica como pertencente a um grupo étnico".^[17] A respeito dos estágios de integração, o art. 4º, I, II e III, classifica-os em isolados, em vias de integração ou integrados.

Helder Girão Barreto (2014, p. 34) relata que "nesta perspectiva, portanto, o índio é visto como um "ser inferior" que deve ser e precisa ser "integrado à comunhão nacional". Completada a integração, não será mais considerado índio e, portanto, não merecerá mais qualquer forma de tutela especial".

2.2.5 Críticas ao Estatuto do Índio

O texto legal do Estatuto do índio, apesar de garantir e proteger os direitos dos povos indígenas, acarretou diversas críticas. Primeiramente, percebe-se que "o Estatuto veio regulamentar a legislação brasileira sobre índios; porém, estes não participaram da elaboração desse Estatuto. É uma legislação do não-índio para o índio" (MARTINS, 2005, p. 84).

Ora, face às considerações aduzidas, importa assim dizer que o Estatuto distingue o índio em três categorias: "isolados", "em vias de inteiração" e "inteirados"; e, mister se faz ressaltar que o Estatuto protege apenas o indígena "não inteirado", fato este que ocasiona inúmeras críticas. Nesse diapasão, tecendo comentários acerca do assunto, Helder Girão Barreto (2014) menciona:

Nesta perspectiva, portanto, o índio é visto como um "ser inferior" que deve ser e precisa ser "integrado a comunhão nacional". Completada a integração, não será mais considerado "inferior", mas também não será mais

considerado índio e, portanto, não merecerá mais qualquer forma de tutela especial. (p. 34).

A antropóloga Manuela Carneiro da Cunha também expressa suas críticas quanto às definições contidas no Estatuto do Índio:

A lei confunde índio e silvícola, como se todo índio fosse habitante da selva, desconsiderando a possibilidade, se não o fato, de que existem índios sobrevivendo nas periferias das pequenas e grandes cidades. Aliás, nosso imaginário – e, por que não dizer, nosso entendimento – está repleto dessa correlação: índio é aquele ser que vive na selva, anda nu, é feroz, primitivo... ou, ao contrário, está em um museu vivo, é o “bom selvagem”...^[18]

Logo, imaginar o índio com um ser “funcionalmente inadaptado”, estando em evolução e que deve ser conservado “ao lado de museus e dos jardins zoológicos”^[19]; ou, como “uma criança sofrendo de uma doença terminal”^[20], a qual o Estado deva tutelar, ainda que seja para evitar perdas ou proteger para que tenha uma morte considerada boa, lamentavelmente ainda parece ser a opinião da maioria: alguns por desconhecer a realidade, outros por ilídimo disposição (BARRETO, 2014, p. 38).

A respeito da dificuldade em distinguir a classificação do art. 4º, incisos I, II e III, LOBO (1996, p. 17) descreve:

O próprio caput do art. 4º diz, “os índios são considerados”, o que equivale a dizer que nas circunstâncias dos incisos I, II e III do art. 4º todos são índios indistintamente. As definições de “em vias de integração” e “integrados” são pouco satisfatórias e a desta última dá margem a interpretações prejudiciais. Isso porque, juridicamente, integrado quer dizer tão-somente emancipado que, por sua vez, não implica deixar de ser silvícola e deixar a selva, dispersando-se na massa populacional urbana. O Estatuto não especifica o que sejam “incorporados à comunhão nacional”, suscitando dúvidas se isto equivale a um modo de relacionar-se com a sociedade nacional, que é o nosso ponto

de vista, ou a ela pertencer. Neste último caso, não faria sentido a ressalva: “Ainda que conservem usos, costumes e tradições características da sua cultura”, eis que através destes elementos, como já dissemos, o vínculo étnico se estabelece por identificação com uma sociedade indígena.

Ademais, foi nessa indecisão que o Relator Ministro Sebastião Reis Júnior do Superior Tribunal de Justiça encontrou dificuldades ao aplicar tal legislação em um Recurso Especial (Nº 1.334.726 – RS):

Cumpramos ressaltar que, no tocante ao crime previsto no artigo 58, III, do Estatuto do índio ('propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados'), conforme o próprio tipo esclarece, se aplica, tão somente, ao indígena 'não integrado'. Assim, para que a análise da competência se desse sob a ótica da referida espécie delitiva, mister que, para além de meras conjecturas, se houvesse juntado elementos a demonstrar os aspectos culturais e concernentes à aludida integração dos índios vítimas do crime. Na hipótese dos autos, contudo, a tese invocada vem desprovida de qualquer demonstração, ainda que indiciária, pelo recorrente, restando obstaculizado o debate no ponto. [\[21\]](#)

Sendo assim, “o Estatuto não especifica o que sejam “incorporados à comunhão nacional”, suscitando dúvidas se isto equivale a um modo de relacionar-se com a sociedade nacional, que é o nosso ponto de vista, ou a ela pertencer” (LOBO, 1996, p. 17). Nessa óptica, não há lógica no texto do art. 4º, inciso III, do Estatuto do índio, ao dizer: “Ainda que conservem usos, costumes e tradições características da sua cultura”, visto que por meio desses elementos é que identifica os pertencentes de uma sociedade indígena.

Nos dias de hoje, inúmeras são as críticas, inclusive de líderes indigenistas, á respeito do Estatuto do índio, e um dos principais motivos é pelo fato da lei estar em vigor desde 1973, não sendo condizente com a Constituição Federal de 1988 (promulgada posteriormente ao Estatuto do índio). Oportuno se toma dizer que

desde a década de 1990 tramita um novo projeto do Estatuto dos Povos indígenas e até o presente momento não foi aprovada, por óbvio, também não foi publicada e promulgada.

2.2.6 Convenção 169 da OIT

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais em Estados Independentes foi adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989. O Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, aprovou o texto da convenção nº 169, entrando em vigor no dia 19 de abril de 2004, sendo considerado um fato histórico para o País, ao reconhecer direitos dos povos indígenas via legislação internacional.^[22]

É uma norma internacional que foi concebida logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, logo, suas disposições estão em sintonias com a Lei Maior. Por se tratar de uma norma internacional, está hierarquicamente abaixo da Constituição e acima das demais leis ordinárias, como por exemplo, o Estatuto do Índio.

Os principais princípios que a Convenção 169 traz, são: o respeito da consulta e participação dos povos interessados; o direito dos povos indígenas de defender suas próprias prioridades de desenvolvimento na medida em que afetem suas vidas, crenças, costumes, valores espirituais, instituições e territórios; aborda ainda o respeito dos direitos territoriais e recursos naturais, fortalecendo a ideia sobre as terras que tradicionalmente ocupam; e também tratamentos aos índios no processo penal.

Dentre os dispositivos da Convenção 169 da OIT, destaca-se o artigo segundo, *in verbis*:

Artigo 3º

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.

2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.

À luz, resta indubitável que a Convenção 169 da OIT é considerada um instrumento inovador, no âmbito internacional, uma vez que visa proteger os povos que sofriam com violações de direitos humanos, ao qual viviam em situações degradantes de trabalho; garantem assim, direitos aos povos indígenas e tribais. Importa dizer, que uma das coisas mais importantes que a Convenção 169 da OIT traz é o respeito à diversidade, pelas tradições e costumes, desde que não sejam discordantes aos direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional e nem com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente (art. 8º). Por esta forma, a Convenção 169 da OIT repudia e proíbe explicitamente a violação dos direitos humanos aos povos indígenas, priorizando assim, a valorização e reconhecimento dos direitos indígenas.

2.2.7 Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos indígenas

Composta por 46 artigos, a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos indígenas foi adotada em 13 de setembro de 2007, onde durante a sessão da Assembleia Geral da ONU, 143 países votaram a favor do texto, quatro votaram contra (Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e Austrália) e 11 nações se abstiveram de votar. O Brasil, juntamente com a maioria dos países do mundo, votou favorável à adoção da Declaração.^[23]

Cumprido analisar, que a Declaração é um documento que embora registra o comprometimento dos Estados estarem tomando medidas com o propósito de ajudar e garantir que os direitos indígenas sejam respeitados, este é um instrumento relativo, ou seja, não existe obrigatoriedade acerca de sua aplicação. É o que a socióloga Azelene Kaingáng (2008, p. 21) diz:

A declaração é, em primeiro lugar, um instrumento não vinculante aos países, ou seja, ela é uma declaração de princípios, aspirações e de compromissos políticos cujos países signatários devem empenhar todos os esforços para sua

implementação. A obrigatoriedade é muito relativa quando se trata de instrumento aceito de forma voluntária. Nenhum país é pressionado a aceitar, portanto, conclui-se que haja um compromisso e uma disposição de determinado país em implementar a declaração ainda que não exista obrigatoriedade legal de sua aplicação. Esta é, por exemplo, a situação do Brasil diante da recém adotada declaração das nações unidas sobre os direitos dos povos indígenas.

Durante anos, povos, organizações e lideranças indígenas de diversos lugares do mundo buscaram reconhecer a igualdade dos povos indígenas com as demais pessoas (não-índios), almejando garantir o direito à diferença, mesmo não sendo respeitados, mas que fossem considerados como tais. Dentre os artigos da Declaração é importante ressaltar:

Artigo 1

Os indígenas têm direito, como povos ou como pessoas, ao desfrute pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal de Direitos Humanos e o direito internacional relativo aos direitos humanos.

Artigo 2

Os povos e as pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e pessoas e têm o direito a não ser objeto de nenhuma discriminação no exercício de seus direitos fundado, em particular, em sua origem ou identidade indígena.

Por conseguinte, o texto da Declaração traz aos índios o direito a dignidade e a diversidade de suas culturas, realidades e necessidades indígenas, e como se pode notar, não se traz novos direitos, apenas reforça os direitos fundamentais universais. De modo geral, a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas reconhece a autodeterminação (art. 3º e 4º) e garante aos mesmos o direito de promoverem, desenvolverem e manterem seus costumes, tradições,

espiritualidade, procedimentos, práticas ou sistemas de leis, desde que respeitem as normas internacionais de direitos humanos (art. 34).

Declara ainda, a obrigação Estatal de consultar os povos indígenas, por meio de representantes por eles eleitos, a respeito de aplicação de medidas legislativas que afetem os seus direitos, devendo inclusive, estes participarem de quaisquer tomadas de decisões, além do Estado ter o dever de cooperar de boa-fé com os interessados (art. 18 e 19). Em suma, a Declaração condena a discriminação contra os povos indígenas, garantindo a participação destes em todos os assuntos relacionados a eles, tendo ainda o direito de manterem a sua identidade cultural.

2.3 Do multiculturalismo

A Carta Magna de 1988 ao assegurar e proteger a liberdade e igualdade dos cidadãos brasileiros, sem declarar raça, sexo e religião, dá importância à diversidade étnica e o pluralismo cultural.^[24] Assim, o ponto chave do multiculturalismo é a diferença, saber respeitar os indivíduos de uma sociedade e os grupos, comunidades, culturas ou nações que estes pertencem. SANTOS (2009, p.167) abordando o estudo do multiculturalismo, descreve:

[...] ao longo da modernidade, o predomínio de uma igualdade formal, onde se reconheceu muito mais a necessidade de todos participarem igualmente da vida política do que propriamente um reconhecimento acerca da necessidade de todos serem considerados iguais apesar de pertencermos a grupos, comunidades ou outras culturas ou nações diversas.

Roque de Barros Laraia (2002. p. 101) complementa dizendo que:

(...) cada sistema cultural está sempre em mudança. Entender esta dinâmica é importante para (...) evitar comportamentos preconceituosos. (...) é fundamental para a humanidade a compreensão das diferenças entre os povos de culturas diferentes, é necessário saber entender as diferenças que ocorrem dentro do mesmo sistema. Este é o único procedimento que prepara o homem para enfrentar

serenamente este constante e admirável mundo novo do porvir.

SANTOS (2003, p.28) declara que o termo multiculturalismo se designa a descrever as diferenças culturais existentes, uma vez que traz a ideia de pluralidade. Por sua vez, indica a existência de várias culturas no mundo, a probabilidade de coexistência de culturas distintas em um único Estado-nação, e a possibilidade de culturas se interinfluenciarem tanto dentro quanto fora do Estado-nação, não obstante isso, quando é entendido com um projeto político, tenciona o reconhecimento das diversas culturas existentes, possibilitando a inter-relação das multiculturas.

Ao analisar o multiculturalismo dentro de uma política de reconhecimento, Charles Taylor (1993, p.44) apresenta dois entendimentos: o primeiro, retrata sobre a desvalorização da minoria, que é desprezada pela maioria que divide o mesmo espaço geográfico, e o segundo, concentra-se na ideia de que a democracia moderna não exige aos indivíduos e aos povos o abandono de suas identidades.

O que seria esse projeto político em que o multiculturalismo deve ser entendido? Santos menciona em sua obra que o projeto político busca a "defesa da diferença cultural, da identidade coletiva, da autonomia e da autodeterminação" (SANTOS, 2003, p.43). Por conseguinte, para que esse projeto tenha eficácia, é necessário assumir a luta pela igualdade de direitos e acessos a recursos primordiais ao exercício da cidadania e a busca pela justiça.

Ela (a defesa do multiculturalismo) pode tomar a forma de defesa e promoção de quadros normativos alternativos, locais ou tradicionais, de formas locais e comunais de resolução de conflitos ou de exigência de integração plena, como cidadãos, no espaço do Estado-nação e de acesso, sem discriminação, à justiça oficial, estatal. Ganha sentido mais preciso, assim, a ideia de "cidadania multicultural" como espaço privilegiado de luta pela articulação e potencialização mútuas do reconhecimento e da redistribuição (SANTOS, 2003, p. 43).

Ora, são rotineiras e constantes as desigualdades e diferenças que se fazem presentes em uma sociedade, onde os indivíduos ou grupos pertencentes têm

muita condescendência, ou até mesmo convivência, porque sempre aceitaram tudo com absoluta passividade, resistindo, não indo à luta para que houvesse mudança no contexto social. O Brasil é um País livre, em que se assegura o pluralismo, Marcus Vinicius Reis afirma que o multiculturalismo é pluralista, pois aceita vários pensamentos sobre um mesmo assunto, ou seja, há diálogo entre as culturas, se dividindo em relativista e universalista, conforme narra:

O multiculturalismo é pluralista, como já se pode observar, pois aceita diversos pensamentos sobre um mesmo tema, abolindo o pensamento único. Há o diálogo entre culturas diversas para a convivência pacífica e com resultados positivos a ambas. O problema reside no fato de que o multiculturalismo pode ser abordado de forma relativista e de forma universalista (2004, p. 10).

Neste ínterim, o multiculturalismo deve ser entendido como a busca pela promoção da igualdade de direitos e do acesso aos recursos existentes para vindicar a opressão que sofrem minorias, como os negros e os povos indígenas. Para isto, deve haver diálogo entre as diversificadas culturas, para que ambas consiga viver pacificamente em um mesmo território, apresentando resultados positivos, pois "o estabelecimento de um modo de vida justo para sociedades culturalmente diferentes deve, antes de tudo, preservar a diferença".^[25] E mais: "as sociedades culturalmente diferentes devem compreender que todo o progresso social só é possível por uma associação entre culturas".^[26]

2.4 Do relativismo cultural e universalismo

O relativismo cultural é uma teoria que consiste na ideia de que é necessário entender a diversidade cultural e respeitá-la, considerando que todo sistema cultural tem uma coerência interna própria. Registre-se que essa concepção é vista como um instrumento metodológico essencial para que o pesquisador realize, em culturas distintas da sua, um trabalho antropológico sério, compreendendo que os traços culturais têm um significado e compõem o sistema cultural daquela sociedade ou grupo social (PINEZI, 2010, p. 03).

Entende-se, que a teoria do relativismo cultural visa concentrar seus estudos sobre cultura, podendo ser tudo relativo, pois cada grupo, sociedade

ou nação possui sua própria cultura, cada qual na sua maneira de adaptação com os membros às quais pertencem, possuem ainda suas normas, valores e sua atividade social. Conquanto, a teoria supramencionada não aceita a existência de normas universais, muito menos que outra cultura modifique as demais culturas, metamorfoseando-as, pois, a cultura de uma sociedade deve ser enxergada como algo imutável.

Ocorre “a abordagem relativista quando não se estabelecem critérios mínimos para o diálogo entre culturas, isto é, tudo é aceito e tudo é correto. O julgamento interno é mais importante do que o julgamento externo (da sociedade internacional) (REIS, 2004, p.10)”.

Mas, impede, além disso, frisar que dentro de uma própria cultura, pode haver opiniões diversas acerca da tradição adotada e a prática cultural, sendo passível de “crítica interna”, ou seja, quando um grupo é oprimido e excluído pela prática cultural (BARRETO, 1998, p. 379). A guisa de exemplo, cita-se o exemplo da índia Muwaji Suruwahá, da etnia Suruwahá, que sua filha nasceu com paralisia cerebral, e que deveria submeter-se ao sacrifício, pelo fato de não ter nascida saudável, sendo esta uma prática cultural de seu povo, porém, não permitiu o sacrifício de sua filha. Em razão disso, abandonou a aldeia com seus filhos e uma sobrinha, que por ser órfã, seria vitimada pelo infanticídio (MUNDIM, 2009).

Como já mencionado, o multiculturalismo também pode ser universalista, em que o sujeito é livre para exercer sua autonomia dentro de uma sociedade, respeitando os direitos humanos. Para esta categoria, assegura-se a identidade cultural do ser humano, em que a tradição e o direito a ser diferente, devem ter um limite, limite este, que são os direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, designa direitos que são fundamentais, sendo o direito à vida um deles. Desta feita, surge o processo de universalização dos direitos humanos, a fim de garantir e proteger a dignidade da pessoa humana, por meio da elaboração de tratados, convenções e órgãos para fiscalizar o cumprimento desses direitos (SANTOS, 2011, p. 08).

Assim, importa dizer que “o universalismo implica que há um conjunto de valores que o indivíduo acredita serem universais, ou seja: valores independentes das culturas que constituem o tecido social, portanto universais, compartilhados por toda a humanidade” (CANEN, 2007, p. 97).

Dentre os conjuntos de valores considerados universais, há o direito à diversidade cultural, onde Paulo Bonavides (1999, p. 488) cita:

O direito à diversidade cultural é uma garantia concedida a determinados grupos culturalmente diferenciados de que suas tradições, crenças, e costumes possam ser preservados e protegidos frente a movimentos de interculturalidade, ou seja, ninguém pode ser obrigado a abster-se de possuir suas próprias tradições, crenças e costumes, ou mesmo de ser obrigado a aderir às tradições, crenças e costumes de outros grupos.

Neste sentido, cumpre observar que o multiculturalismo é um grande desafio, eis que envolve a relação com o outro, em que se questiona a identidade do outro e a sua própria identidade. Sob a ótica sociológica e antropológica, deve-se haver diálogo intercultural para solução dos problemas sociais, onde as partes possam respeitar o ser humano dentro de uma concepção universal. Até porque, “nenhuma cultura, tradição, ideologia ou religião pode, hoje em dia, falar pelo conjunto da humanidade, muito menos resolver seus problemas. São necessários o diálogo e a interação com vistas à fecundação mútua (PANIKKAR, 2004, p. 206-207)”.

3 Do Artigo 58, inciso III, da Lei nº 6001/1973

A Lei nº 6.001 de 1973, denominada Estatuto do índio, que pode ser considerada um marco regulatório para a questão do uso do álcool por indígenas, instituiu em seu artigo 58, inciso III, crime contra os Índios e a cultura indígena, que assim impõe:

Art. 58. Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:

[...]

III - propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. As penas estatuídas neste artigo são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio.

Em conformidade com o dispositivo, forçoso é perceber que este visa coibir e penalizar aqueles que fornecem bebidas alcoólicas para uso, consumo e disseminação aos povos indígenas não inteirados. Logo, aos indígenas que estão inteirados na sociedade nacional, podem livremente fazerem usos de bebidas destiladas.

Por conseguinte, o dispositivo trouxe grande discussão, pois há aqueles que defendam a aplicabilidade da norma, outros são contrários, por acreditarem estar violando Princípios da Constituição Federal e tratados internacionais.

3.1 Entendimento favorável

Muitos são favoráveis a respeito da norma repressiva imposta pelo artigo 58, inciso III, do Estatuto do Índio, por considerarem as bebidas alcoólicas a principal causa de extermínio dos povos indígenas. Um dos principais motivos para a criação da norma que proíbe a aquisição, uso e disseminação de bebidas alcoólicas aos povos indígenas é o fato de garimpeiros se utilizarem do álcool como meio para usurpar os índios e adentrar em suas terras. Neste sentido, nota-se que o consumo excessivo do álcool por alguns povos indígenas está relacionado devido a inteiração com a sociedade envolvente.

A respeito do consumo de bebidas destiladas aos povos indígenas, “reconhece que seu consumo, direta ou indiretamente, relaciona-se a um conjunto de agravos que constituem as principais causas de morbimortalidade tanto para a população em geral, como para os grupos étnicos em particular (SOUZA, 2013, p. 13)”.

Essa realidade também acontece nos Estados Unidos, onde quatro de dez mortes dos povos indígenas estão relacionadas ao consumo do álcool, sendo as principais causas: acidentes, homicídio, suicídio e cirrose hepática. Assim, 38% das mortes dos povos indígenas americanos são provocadas pelo abuso de álcool (SOUZA, 2013, p. 13).

Ora, face às considerações aduzidas, nota-se que “os efeitos negativos são prioritariamente em relação às bebidas compradas nas cidades (cachaça, conhaque, vinho, cerveja, uísque) (SOUZA, 2013, p. 118).” Por consequência, muitos grupos indígenas já se dissiparam devido ao consumo exorbitante de bebidas destiladas, trazendo efeitos negativos para as aldeias.

Os índios estão bebendo outras substâncias e o fazem, frequentemente, em novos contextos sociais. Estas mudanças trazem consequências altamente negativas para as comunidades, na forma de violência geral e familiar, desnutrição danos à saúde das crianças – em casos de síndrome alcoólica fetal, atropelamentos nas estradas etc (SOUZA, 2013, p. 34).

Como observa-se na referida citação, outro problema referente ao consumo excessivo do álcool é devido a preocupação de ser um hábito ancestral a ingestão de bebidas destiladas, as mulheres grávidas correm riscos em seu período gestacional, pois “a ingestão de álcool por mulheres em idade fértil tem elevado consideravelmente o risco de crianças nascerem com a Síndrome Alcoólica Fetal – SAF”.[\[27\]](#)

Assim, devido as consequências trazidas aos povos indígenas pelo consumo excessivo de bebidas destiladas, tais como: homicídios, doenças como cirrose ou intoxicação, violência geral e familiar, acidentes, e outros, o entendimento concordacionista acredita que deve haver essa medida repressiva do poder Estatal para punir aqueles que propicia o álcool, substância responsável pela destruição de povos e comunidades indígenas.

3.2 Entendimento contrário

Com a extinção de vários grupos indígenas, a lei fora criada, pois os legisladores acreditam que com o contato do álcool, a bebida destilada provoca nas aldeias o aumento da violência, uma vez que o consumo excessivo do álcool pode acarretar brigas internas, acidentes, problemas psicológicos e até morte.

Os argumentos trazidos à baila pelos legisladores não são totalmente aceitos por parte da doutrina, uma vez que acreditam que as bebidas destiladas não é a causa principal do extermínio nas aldeias indígenas. Neste raciocínio, Maximiliano Loiola Ponte de Souza, em seu livro diz que:

Os homicídios, as agressões intrafamiliares e os acidentes não são consequências necessárias do consumo do álcool, mas sim comportamentos possíveis, considerados mais ou

menos estimulados e/ou aceitos por diferentes sociedades, realizados por sujeitos específicos (SOUZA, 2013, p.12).

FERNANDES (2002,p. 56), complementa:

O alcoolismo indígena, tal como ocorre entre outras etnias, é uma decorrência do contexto social em que as bebidas são consumidas; desta forma vemos que as sociedades nativas impunham limites claros ao consumo de bebidas alcoólicas, limites que configuravam um controle social da embriaguez, controle este quase que completamente perdido com o processo da conquista. Mais do que a mudança do tipo de bebida, é no contexto social e em suas transformações que deveremos buscar as respostas para as questões que são colocadas pela documentação histórica.

Seguindo o cerne da questão, há de se perceber perfeitamente pelo entendimento dos que são contrários à lei, que não é lógico proibir a aquisição, uso e disseminação de bebidas alcoólicas nas aldeias indígenas, em face à pranteada inconstitucionalidade de tirar a autonomia de uma determinada etnia. Segundo Mariano (1999, pp. 22-23), "o problema que se identifica no uso das bebidas alcoólicas está associado ao abuso no consumo, seja crônico, seja agudo, produzindo, por sua vez, danos nas diversas áreas, tanto individual quanto socialmente" e não na proibição das bebidas.

É de ser relevado que lideranças indígenas não apóiam o dispositivo legal, conforme SOUZA (2013, p. 183) narra:

É importante ressaltar que esse dispositivo legal não goza de popularidade mesmo entre lideranças indígenas, principalmente porque costuma ser associado ao regime tutelar, historicamente adotado pelo Estado brasileiro, considerado anacrônico por atribuir ao índio a condição de juridicamente incapaz.

Além de tudo isso, o artigo 58, inciso III, do Estatuto do Índio trouxe um enorme problema social, pois "por ser uma lei de caráter repressivo, favorece o

desenvolvimento de um rendoso mercado negro de venda de bebidas alcoólicas, considerando preços exorbitantes observados em determinadas regiões indígenas” (SOUZA, 2013, p. 183). Logo, “além de não diminuir o uso indiscriminado de bebidas alcoólicas tem estimulado sobremaneira, o comércio clandestino da bebida, vendida disfarçada em garrafas de refrigerantes (BURATTO, 2013, p. 706)”.

Não se pode perder de vista, que o Estatuto do Índio fora promulgado em 1973, anos antes da Constituição Federal de 1988, e devido á isso, os defensores da corrente contrária acredita que este dispositivo, assim como todo o Estatuto do Índio deve ser modificado, pois viola Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, contrariando e violando a Lei Maior, pois defendem o direito de autodeterminação, ou seja, sendo os povos ou comunidades indígenas em um Estado Democrático de Direito livres para decidirem o que é melhor para eles. Assim, entende-se que o artigo 58, III, da Lei 6.0001 de 1973 deve ser extinto, buscando outras formas de intimidar o consumo do álcool, tais como a utilização das medidas de políticas públicas.

4 Medidas acautelares

4.1 Prevenção

Com o processo de inteiração dos povos indígenas à sociedade nacional, os povos indígenas enxergam as bebidas destiladas como um atramento, visto que quando não eram inteirados, em sua maioria possuíam suas próprias bebidas e as consumiam como parte de rituais. Devido a isso, o alcoolismo começou a fazer parte da vida dos povos indígenas, assim, deve se buscar meios para combater este male.

Nesse sentido, importante ressaltar que ações preventivas quanto ao uso do álcool seriam efetivas quando fossem capazes de diminuir os danos relacionados ao seu consumo, limitando o acesso da população a esta substância.[\[28\]](#)

Um aspecto a ser destacado é que na prevenção de agravos à saúde relacionados ao uso do álcool tem-se como intento principal evitar a intoxicação alcoólica aguda, e não a dependência ao álcool, pois o risco de problemas decorrentes de um único episódio de intoxicação é mais alto entre aqueles

que o fazem infreqüentemente do que aqueles que bebem com mais freqüência (SOUZA, 2013, p. 183).

Desta forma, busca-se com a prevenção, diminuir as possibilidades de as pessoas utilizarem o álcool, evitando assim, possível intoxicação. "O aumento do preço das bebidas alcoólicas seria eficaz ao diminuir as chances de consumo, sobretudo entre aqueles com menos poder aquisitivo, como os mais jovens e os com graves problemas de dependência" segundo Maximiliano Loiola Ponte de Souza (2013, p. 182).

O autor narra em sua obra meios preventivos que acredita serem eficazes para diminuição do consumo:

Delimitação da localização dos pontos de venda (proibição do comércio de bebidas alcoólicas em locais próximos a escolas ou em eventos com grande aglomeração de pessoas); diminuição da densidade dos pontos de venda (o que, pela lei da oferta e procura, tenderia fazer com que os preços aumentassem); estabelecimento de idade mínima para a compra de bebidas; restrição dos dias e horários de venda (não comercializando álcool após determinada hora, como adotado em algumas cidades); instituição de serviços responsáveis de vendas de bebidas (treinamento para não servir pessoas alcoolizadas, com responsabilização legal para quem o fizesse) (SOUZA, 2013, p. 182).

Certamente as medidas de fiscalização e punição trazidas à baila atingiriam a sociedade como um todo, o que geraria grande repercussão e revolta por parte daqueles que consomem bebidas alcoólicas. Inobstante isso, nota-se que há a necessidade de identificar os fatores que colaboram para o consumo excessivo do álcool e procurar meios de prevenção.

"A prevenção do abuso de álcool é uma questão de educação e saúde comunitária e deve, portanto, se basear nas necessidades de cada comunidade e te sua participação em todas as fases de implementação de programas (SOUZA, 2013, p. 40). " Portanto, as possíveis soluções para a prevenção do problema devem ser a busca pelo bem-estar social sustentável, com a consolidação de uma identidade positiva, e não somente ligadas à questão da síndrome de dependência nos

indivíduos. Assim, se a problemática do abuso do álcool é o motivo de vários fatores indiretos, os meios para solucionar e buscarem sua prevenção devem envolver estes fatores, podendo atingir resultados diretos, ou seja, auxiliando na diminuição do consumo de bebidas alcoólicas (SOUZA, 2013, p. 41).

Claro está, portanto, que o consumo excessivo de álcool traz danos irreparáveis aos povos indígenas e que devido a isso, para converter tal situação, é necessário construir programas de prevenção juntamente com os povos indígenas, como menciona SOUZA (2013, p. 35):

É necessário construir programas de prevenção em parceria com os índios, buscando identificar com eles os fatores coletivos e específicos ao grupo que contribuem para o consumo excessivo de álcool. É necessário indagar sobre os fatores múltiplos que convergem para determinar o fenômeno coletivo de alcoolização entre os povos indígenas do Brasil.

Neste ínterim, deve-se obter estratégias de prevenção, colocando-as em prática, por meio de políticas públicas (campanhas educativas, normas, conscientização etc.). A intenção das medidas preventivas é o reconhecimento dos males que o consumo abusivo do álcool traz para o indivíduo, visando solucionar ou diminuir a problematização do alcoolismo.

Considerações finais não conclusivas

Versa a pesquisa sobre um assunto pouco abordado, eis que a discussão sobre o consumo de bebidas alcoólicas aos povos indígenas gera abordagens de diversas áreas, seja antropologia, constitucional, penal, direitos humanos, etc., e que quando conglomeram, causam polêmica.

Apesar da FUNAI estar à frente dos povos indígenas isolados, garantindo e viabilizando direitos, quando se diz respeito à liberação das bebidas alcoólicas aos índios, deve ser feito um plebiscito popular com esses povos, consultando-os, para assim verificar a opinião da maioria e obter uma resposta concreta, que não seja apenas especulações, e se, as comunidades indígenas decidirem dar um novo rumo

para suas vidas, deve sim, a lei ser alterada ou extinta para garantir aos povos indígenas o direito a igualdade em um Estado Democrático de Direito.

Não se pode esquecer, que o dispositivo estudado é direcionado apenas aos povos indígenas isolados, ou seja, aqueles que não estão inteirados na sociedade nacional. Ocorre que alguns doutrinadores acreditam que o artigo é discriminatório, devendo essa discriminação ser combatida, pois inferioriza os povos indígenas e viola o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Igualdade, além de ser uma afronta ao que preconiza nossa Lei Maior.

Defendem o que estabelece o artigo segundo da Declaração das Nações Unidas Sobre o Direito dos Povos Indígenas que diz: "Os povos indígenas são livres e iguais a todas as demais pessoas e têm o direito a não ser objeto de nenhuma discriminação no exercício de seus direitos fundado, em particular, em sua origem ou identidade indígena".

Os apoiadores do entendimento contrário ao dispositivo entendem que o deslinde da questão não deve ser o álcool em si, pois se for analisar a fundamentação da lei, notará que seu foco está equivocado, uma vez que se o motivo da proibição do álcool é para evitar a extinção de um grupo étnico, já que se acredita ser este o fator de tal extermínio, deveria proibir também índios homossexuais nas aldeias indígenas, já que estes não vão conseguir procriar. Seguem no raciocínio de que assim deverá proibir também o açúcar nas aldeias indígenas, já que diabetes é uma das doenças que mais causam morte aos índios, sendo o açúcar o fator principal.

Desta forma, pelo posicionamento contrário a lei, há muitas indagações, dentre elas o principal questionamento é: Se o direito a igualdade é para todos, é correto ter um dispositivo que garante apenas a vitaliciedade dos povos indígenas?

De fato, como se pode notar no presente estudo, as bebidas alcoólicas causam efeitos drásticos seja aos povos indígenas ou aos não-índios. O que se questiona, todavia, é o direito a igualdade, ou seja, os povos indígenas poderem exercer os seus direitos, inclusive o de autodeterminação.

Embora haja quem seja contrário ao art. 58, inciso III, do Estatuto do índio, há quem se posiciona adepto a tal norma, enfatizando o direito a alteridade e os danos que as bebidas destiladas trazem às comunidades indígenas. O consumo das

bebidas alcoólicas dentro das comunidades é feito por adultos, jovens, adolescentes, mulheres e até mesmo crianças, causando um conjunto de danos irreparáveis, tais como: violência, danos à saúde, mortes, riscos de gravidez, dentre outros, sendo este motivo preocupante.

Na defesa do dispositivo, narram que os povos indígenas possuem suas próprias bebidas, e quando fazem o consumo de bebidas destiladas, causam desestruturação na organização de suas comunidades e atitudes inadequadas perante as manifestações culturais. Ao passo que, devido a isso, apóiam a proibição da aquisição, uso e disseminação de bebidas alcoólicas aos povos indígenas, e ainda, a pena instituída pelo artigo.

Verifica-se, pois, que tanto o entendimento favorável a aplicação da lei, quanto o entendimento contrário, possuem suas fundamentações. Em vista disso, seria desarrazoado se posicionar sobre um tema que se desconhece a vontade alheia (povos indígenas). Assim, não há como terminar este estudo com um ponto final, ao invés disso, ouse-me a concluir com reticências há quem irá lê-lo adiante, eis que variam os posicionamentos de cada indivíduo.

Por ser um assunto pouco discutido, houve-se muitas dificuldades para concluir tal pesquisa, logo, a pretensão é aprofundar mais sobre o assunto em uma dissertação de mestrado ou tese de doutorado, com as devidas autorizações dos órgãos competentes, pois o presente estudo é muito relevante para nossa sociedade, e principalmente para as comunidades indígenas.

Cumprido destacar, que a interculturalidade é a principal fundamentação do estudo, eis que apesar dos conflitos de interesses capitalistas existentes que são contrários a sustentabilidade do planeta terra, deve se buscar harmonizar as relações entre as culturas, almejando uma qualidade de vida às futuras gerações. Assim, deve haver comunicação entre as culturas, trocar experiências e conhecimentos, fazer descobertas que sejam importantes para ciência e criar laços de solidariedade entre as etnias.

Neste passo entrego o estudo feito, na certeza de que foi uma realização particular se aprofundar sobre a cultura indígena, uma vez que tive o privilégio de poucas vezes que visitei aldeias indígenas conhecer de perto a realidade e constatar que os índios são seres humanos como quaisquer outros, e que infelizmente não

possuem voz em uma sociedade que é considerada intolerante. Quanto a decisão de adquirir, usar ou disseminar bebidas alcoólicas, é uma decisão que cabe aos povos indígenas, devendo ser consultados, e ao que cabe ser feito é a utilização de políticas pública, a fim de informar os danos que o consumo abusivo de bebidas alcoólicas trazem para a humanidade, em especial, aos povos indígenas, a quem ofereço este estudo.

Referências

ABBEVILLE, Claude d'. História da Missão dos Padres Capuchinhos na Ilha do Maranhão e terras circunvizinhas. Belo Horizonte/São Paulo, Itatiaia/Edusp, 1975.

AMORIM, Iane Oliveira. A importância dos profissionais de saúde na diminuição do processo de estigmatização no tratamento aos usuários de álcool e outras drogas. Brasília: UNB, 2015.

ANCHIETA, José de. Informação do Brasil e de suas Capitanias – 1584, Belo Horizonte: Itatiaia, 1988.

ANTONIO, Luiz. História do álcool. 2017. Disponível em: <<http://www.alcoolismo.com.br/historia/>>. Acessado em 06 de outubro de 2017.

ARROYO, Leonardo. A carta de Pêro Vaz de Caminha, Edição s.d., Rio de Janeiro, 1971.

AZEVEDO, L. de. A HISTORIA DOS POVOS, 4: sociedade mundial: moderna e contemporânea, FTD, São Paulo, 1988.

BARBOSA, Marco Antonio. Direito Antropológico e Terras indígenas no Brasil. São Paulo: Editora Plêiade, 2001.

BARRETO, Heder Girão. Direitos indígenas: vetores constitucionais. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2014.

BARRETO, Vicente de Paulo. Universalismo, multiculturalismo e direitos humanos. In: Direitos humanos no século XXI: Parte I. Rio de Janeiro: IPRI, Fundação Alexandre Gusmão, 1998.

BÍBLIA SAGRADA. Noé e seus filhos (Gn 9:21). São Paulo: Sociedade bíblica do Brasil, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1999.

BULOS, Uadi Lammego. Constituição Federal anotada. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BURATTO, Lúcia Gouvêa; COSTA, Maria da Piedade Resende da. Alcoolismo e deficiência: formação de professores e agentes de saúde indígenas para prevenção da síndrome alcoólica fetal. Londrina, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>
Acesso em 06 de novembro de 2017.

_____, Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>.
Acesso em 06 de novembro de 2017.

_____, Decreto nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.726. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 13 de dezembro de 2000. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195419635/recurso-especial-resp-1334726-rs-2012-0155147-0?ref=juris-tabs>>. Acesso em 20 de outubro de 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação Popular n. 3.388. Relator: Ministro Ayres Britto. Roraima, 19 de março de 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/constituicao.pdf>> Acesso em: 20 de outubro de 2017.

BREDA, João Joaquim Rodrigues da Silva. Problemas ligados ao álcool em Portugal: Contributos para uma estratégia compreensiva. Porto: FCNUP, 2010.

CANEN, Ana. O multiculturalismo e seus dilemas: implicações na educação. Comunicação e política, 2007.

CARRIGAN, Matthew A. et al. Hominids adapted to metabolize ethanol long before human-directed fermentation. Proceedings of the National Academy of Sciences. USA. Vol. 112 n° 2, 2014.

CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org). Os Direitos dos Índios: ensaios e documentos. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987.

D'ADESKY, Jacques. Pluralismo étnico e multiculturalismo. *Afro-Ásia*, 2017.

DICIONÁRIO AURÉLIO DE PORTUGUÊS ONLINE. Disponível em: <<https://dicionarioaurelio.com/processo>>. Acessado em: 11 de Outubro de 2017.

DUALIBI, S. G LARANJEIRA. Políticas Públicas relacionadas às bebidas alcoólicas. Revista de Saúde Pública, 2007.

ESCOHOTADO, Antonio. História elemental de las drogas. 2. ed. Barcelona: Anagrama, 2003.

FERNANDES, João Azevedo. A espuma divina: sobriedade e embriaguez na Europa antiga e medieval. João Pessoa: Editora Universitária, 2010.

_____, João Azevedo. Cauinagens e bebedeiras: os índios e o álcool na história do Brasil. *Anthropológica*. Vol. 13 n.º 2. Recife, 2002.

_____, João Azevedo. Selvagens Bebedeiras: Álcool, Embriaguez e Contatos Culturais no Brasil Colonial. Niterói: UFF, 2004.

FURIGO, A. et al. Apostila Produção de cerveja. Maio, 2009.

FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>>. Acesso em 30 ago. 2004.

GOMES, Mércio Pereira. Os índios e o Brasil: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência. 2. Ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

KAINGANG, Azelene. Um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas. Paraíba: Gráfica JB, 2008.

KURY, Adriano da Gama. Oração aos moços. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

LANGDON, Esther Jean. O que beber, como beber e quando beber: o contexto sociocultural no alcoolismo entre as populações indígenas. In: Seminário sobre alcoolismo e DST/AIDS entre os povos indígenas. Brasília: Ministério da Saúde/Secretaria de Políticas de Saúde/Coordenação Nacional de DST e AIDS, 2001.

LARAIA, Roque de Barros. Cultura: um conceito antropológico. 15 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos Culturais dos povos Indígenas – Aspectos do seu reconhecimento. In: Juliana Santilli. Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: NDI/Sérgio Antonio Fabris, 1993.

LIMA, O.G. Pulque, balché y pajuaru. En la etnobiología de las bebidas y de los fermentados. México D.F., Fondo de Cultura Económico, 1990.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina. São Paulo: LTr, 1996.

LUCIANO, Gersem dos Santos. O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

MARCONI. Marina de Andrade; PRESSOTO, Zelia Maria Neves. Antropologia: Uma introdução. São Paulo: Atlas, 1986.

MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. Direito ao pão novo: O princípio da Dignidade Humana e a efetivação do direito indígena. São Paulo: Editora Pilares, 2005.

MARTINS, J. P. Oliveira. O Brasil e as colônias portuguesas. Lisboa : Livraria BERTRAND, 1880.

MARIANO, R. A. Alcoolismo e Pastoral: uma análise das principais teorias sobre o alcoolismo: implicações para a pastoral. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

MASUR, J. Alcoolismo: qual é o melhor tratamento? São Paulo: Casa Publicadora/USP, 1988.

MCGOVERN, Patrick E. et al.. Fermented beverages of pre- and proto-historic China. Proceedings of the National Academy of Sciences. USA. Vol. 101. nº 51. 2004.

MELATTI, Júlio Cezar. Índios do Brasil, 5ª edição, editora: HUCITEC, São Paulo, 1986.

MENDES, Matilde. Educação escolar indígena Paiter Suruí e sua relação com os etnoconhecimentos. Cáceres/MT: UNEMAT, 2017.

MENÉDEZ, E. L. El proceso de alcoholización: revisión crítica de la producción socioantropológica, histórica y biomédica en América Latina. Revista Centroamericana de Ciencias de la Salud, 1982.

MORADO, Ronaldo. Larousse da Cerveja. Larousse do Brasil. 1ed São Paulo, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____, Alexandre de. Direito constitucional. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MUNDIM, Eduardo Ribeiro. "Quem é Muwaji Suruwahá". Lei Muwaji. Publicado em 30 jun. 2009. Disponível em: <<http://leimuwaji.blogspot.com/2009/06/quem-e-muwaji-suruwaha.html>>. Acesso em 29 de Outubro de 2017.

O.N.U. Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em 01 de dezembro de 2016.

_____, Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: perguntas e respostas. 2. ed. – Rio de Janeiro: UNIC; Brasília : UNESCO, 2009.

_____, Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/>>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos uma concepção ocidental? In BALDI, Cesar Augusto (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PAPPIANI, Angela; LACERDA, Inimá (organização). Histórias do começo e do fim do mundo - O contato do povo Paiter Suruí. São Paulo: Ikore, 1ª edição, 2016.

PINTO, Nicole Soares. Do poder do sangue e da chicha: os Wyuajuru do Guaporé (Rondônia) / Nicole Soares Pinto. – Curitiba, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1988.

PINEZI, Ana Keila Mosca. Infanticídio indígena, relativismo cultural e direitos humanos: elementos para reflexão. Neamp. Aurora, 8: 2010. Disponível em: <<http://pucsp.br/revistaaurora>>. Acesso em 29 de outubro de 2017.

REIS, Émilien Vilas Boas; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O nascimento do direito à alteridade na cidade. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, 2017.

REIS, Marcus Vinícius. Multiculturalismo e direitos humanos. Senado Federal. Secretaria de Polícia, 2004. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/spol/pdf/ReisMulticulturalismo.pdf>>. Acesso em 29 de Outubro de 2017.

RIBEIRO, Darcy. Os índios e a civilização: A integração das populações indígenas no Brasil moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SANTOS, André Leonardo Copetti. Elementos de Filosofia Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Silvio Coelho dos et. Al. (Orgs.). Sociedades indígenas e o Direito: Uma questão de direitos humanos – Ensaio. Florianópolis, Ed da UFSC; CNPq, 1985.

SILVA, Aracy Lopes da, apud GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. Índios no Brasil: As sociedades indígenas no Brasil através de uma exposição integrada. São Paulo: Global Editora, 2000.

SOUZA, Maximiliano Loiola Ponte de. *Processo de alcoolização Indígena no Brasil: perspectivas plurais*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013.

TAURINO, Viviane Aparecida França. *O crime de infanticídio nas comunidades indígenas à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Cacoal/RO: UNIR, 2015.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo y la política del reconocimiento: ensaio de Charles Taylor*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

NOTAS:

[1] SOUZA, Maximiliano Loiola Ponte de. **Processos de Alcoolização Indígena no Brasil: perspectivas plurais**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013, p.31-32.

[2] SOUZA, Maximiliano Loiola Ponte de. **Processos de Alcoolização Indígena no Brasil: perspectivas plurais**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013, p.32.

[3] Há quem calcula em torno de 4 milhões o número de indígenas.

[4] LOBO, Luiz Felipe Bruno. **Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina**. São Paulo: LTr, 1996, p. 44.

[5] MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. **Direito ao pão novo: O princípio da Dignidade Humana e a efetivação do direito indígena**. São Paulo: Editora Pilares, 2005, p. 68.

[6] MARTINS, J. P. Oliveira. **O Brasil e as colônias portuguesas**. Lisboa : Livraria BERTRAND, 1880, p. 39.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular n. 3.388. Relator: Ministro Ayres Britto. Roraima, 19 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/constituicao.pdf>> Acesso em: 20 out. 2017.

[8] *Ex positis*. Diante do exposto.

[10] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 35-36.

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular n. 3.388. Relator: Ministro Ayres Britto. Roraima, 19 de março de 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/constituicao.pdf>> Acesso em: 20 out. 2017.

[12] PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1988, p. 35.

[13] Atas da 5ª sessão do CNPI, em 19-04-1949, anexo V, Relatório de 1949/50, p. 3-4. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos (org.). **Sociedades indígenas e o Direito: uma questão de direitos humanos**. Florianópolis: UFSC, 1985. p. 24.

[14] MARCONI, Marina de Andrade; PRESSOTO, Zélia Maria Neves. **Antropologia: Uma introdução**. São Paulo: Atlas, 1986, p. 243.

[15] FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/quem-somos>>. Acessado em: 11 de outubro de 2017.

[16] SANTOS, Sílvio Coelho dos et. Al. (Orgs.). **Sociedades indígenas e o Direito: Uma questão de direitos humanos – Ensaios**. Florianópolis, Ed. Da UFSC; CNPq, 1985, p. 19-21.

[17] BARRETO, Heder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 33.

[18] CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org). **Os Direitos dos Índios: ensaios e documentos**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987. p. 14-15.

[19] RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: companhia das letras. 1996, p. 214.

[20] GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência**. 2. Ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p.133.

[21] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.334.726. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 13 de dezembro de 2000. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195419635/recurso-especial-resp-1334726-rs-2012-0155147-0?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

[22] TAURINO, Viviane Aparecida França. **O crime de infanticídio nas comunidades indígenas à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Cacoal/RO: UNIR, 2015.

[23] O.N.U. **Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: perguntas e respostas**. 2. ed. – Rio de Janeiro: UNIC; Brasília: UNESCO, 2009, p. 59.

[24] D'ADESKY, Jacques. **Pluralismo étnico e multiculturalismo**. *Afro-Ásia*, 2017, p. 01.

[25] BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1252.

[26] BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Editora Plêiade, 2001, p. 22.

[27] BURATTO, Lúcia Gouvêa; COSTA, Maria da Piedade Resende da. **Alcoolismo e deficiência: formação de professores e agentes de saúde indígenas para prevenção da síndrome alcoólica fetal**. Londrina, 2013, p. 701.

[28] DUAILIBI, S. G LARANJEIRA. **Políticas Públicas relacionadas às bebidas alcoólicas**. *Revista de Saúde Pública*, 2007, p. 839-848.

ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS: O OLHAR DO ORDENAMENTO JURÍDICO PARA A PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS

NAYARA THAUANA GOMES SAMPAIO: Estudante, cursando 9º período de Direito na Faculdade Católica do Tocantins.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA

(Orientador)

RESUMO: O presente estudo teve como objetivo geral compreender em que medida o ordenamento jurídico pátrio busca proteger as vítimas do tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual. Para a realização desse trabalho foi utilizado o método dedutivo, tendo como base a revisão bibliográfica. A pesquisa foi no tocante aos objetivos, interpretando base de dados bibliográficos e documentais. A abordagem adotada foi a de natureza qualitativa, do tipo descritiva e exploratória, com abordagem teórica. Desta forma, os dados foram coletados por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método de análise de conteúdo. Constituindo uma forma moderna de escravidão, o tráfico de pessoas é uma modalidade do crime organizado. Tal prática tem sido considerada pelos estudiosos da área como uma forma moderna de escravização em razão das suas características, já que as pessoas são, de fato, comercializadas, tratadas como se fossem mercadorias, assim como ocorria antigamente com os escravos, configurando a transgressão aos direitos humanos e, conseqüentemente, justificada a necessidade de contribuição entre os países para criação de instrumentos de combate. Ao longo deste trabalho, buscou-se apontar às dificuldades existentes no combate ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, com o objetivo de compreender em que medida o ordenamento jurídico pátrio busca proteger as vítimas do tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual e apontar a necessidade de mudanças no comportamento da sociedade bem como da legislação em face do delito. Trata-se também da importância de implantação de políticas públicas que divulguem informações sobre o mesmo, para que a sociedade possa entender de forma mais clara a gravidade que o crime representa para a sociedade atual.

Palavras-chave: Exploração sexual; tráfico de pessoas.

ABSTRACT: The purpose of this study was to understand to what extent the Brazilian legal system seeks to protect victims of trafficking in persons for the purpose of sexual exploitation. For the accomplishment of this work the deductive method was used, based on the bibliographic review. The research was in relation to the objectives, interpreting bibliographical and documentary databases. The approach adopted was qualitative, of the descriptive and exploratory type, with a theoretical approach. In this way, the data were collected through a bibliographic search, using the content analysis method. Being a modern form of slavery, trafficking in persons is a form of organized crime. Such a practice has been considered by the scholars of the area as a modern form of enslavement because of its characteristics, since people are in fact marketed, treated as if they were commodities, just as it happened before with slaves, forming the transgression of the human rights and, consequently, justified the need for contribution among countries for the creation of instruments of combat. Throughout this work, we sought to point out the difficulties in combating trafficking in persons for the purpose of sexual exploitation, in order to understand the extent to which the country's legal system seeks to protect victims of trafficking in persons for the purpose of sexual exploitation and point out the need for changes in society's behavior as well as legislation in the face of crime. It is also important to implement public policies that disseminate information about it, so that society can more clearly understand the seriousness that crime represents for today's society.

Key-words: Sexual exploitation; trafficking in persons.

INTRODUÇÃO

No século XVI, por causa da escravidão, era comum a prática do tráfico de pessoas, principalmente de negros, sendo, sem dúvida, uma atividade bastante lucrativa, composta pelo crime organizado e que perde somente em termos de lucros para o tráfico de drogas e contrabando de armas. Estimativas internacionais apontam o Brasil como um dos principais países da América Latina a contribuir para o tráfico internacional de mulheres, crianças e adolescentes.

O tráfico de pessoas constitui uma preocupação antiga nas sociedades, é uma conduta que veio evoluindo acompanhando as evoluções históricas mundiais, e em um mundo globalizado que vivemos obviamente é um fator que influenciou

a prática desta atuação na atualidade. Desde as normativas sobre o tráfico negreiro até as contemporâneas previsões que definem tal prática como crime organizado, o que se vê é a tentativa, em diversos ordenamentos jurídicos, de combater a cruel prática do comércio de gente.

Constituindo uma forma moderna de escravidão, o tráfico de pessoas é uma modalidade do crime organizado. O delito é voltado, principalmente para a exploração sexual, tendo como principais alvos mulheres e crianças, que se encontra em uma situação de maior vulnerabilidade, na maior parte das vezes, o crime começa com a promessa de realização de um sonho a oferta de um emprego ou a chance de seguir a carreira de modelo ou de jogador de futebol. Não obstante, o ilícito não se limita apenas à exploração sexual, atingindo também, o trabalho escravo, servidão, adoção ilegal e remoção de órgãos.

Diante do exposto, é que, se pretende demonstrar quais medidas protetivas devem ser tomadas por parte do Estado visando coibir essa prática. Busca-se fomentar a questão da prevenção do crime, com ênfase aos grupos mais vulneráveis, além da criação de mecanismos jurídicos e políticos capazes de desarticular as redes criminosas, mantendo uma atenção especial as vítimas do crime por meio de amparo assistencial, psicológico e jurídico. Assim, essas questões serão melhores abordadas no referencial teórico desse presente trabalho. Seguindo essa linha de raciocínio, formulou-se a seguinte questão de pesquisa: Em que medida o ordenamento jurídico pátrio busca proteger as vítimas do tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual?

Ao longo deste trabalho, buscou-se apontar às dificuldades existentes no combate ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, com o objetivo de compreender em que medida o ordenamento jurídico pátrio busca proteger as vítimas do tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual e apontar a necessidade de mudanças no comportamento da sociedade bem como da legislação em face do delito. Trata-se também da importância de implantação de políticas públicas que divulguem informações sobre o mesmo, para que a sociedade possa entender de forma mais clara a gravidade que o crime representa para a sociedade atual.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRÁFICO DE PESSOAS

O tráfico de pessoas surgiu como preocupação voltada para o enfrentamento do tráfico de escravos negros e, na proeminência dos movimentos migratórios femininos no início do século XX, volta-se para o combate à prostituição feminina e exploração infantil, consideradas como atentado à moral, a ética e aos bons costumes, sendo esta a marca mais significativa nas definições atualmente (PISCITELLI, 2013).

Para Geronimi (2002), essa espécie de tráfico decorre dos períodos dos impérios grego e romano, quando se buscava o “aproveitamento” dos prisioneiros de guerra como uma mão de obra escrava, passando pelo período em que os africanos foram traficados e denominados como forma de trabalho gratuita e passível de uso desumano, havendo adquirido, apenas no final do século passado, traços semelhantes a sua característica atual, em consequência do surgimento do fenômeno de se traficar mulheres para serem usadas na prostituição.

Apenas durante o período renascentista, por volta dos séculos XIV ao XVII que o tráfico ganhou aspecto de prática comercial. Com o surgimento da colonização europeia nas Américas, manifesta-se uma nova forma de tráfico de seres humanos: o tráfico negreiro, o qual se configurava como um sistema de comércio que recrutava, mediante força e contra seus propósitos, mão-de-obra de determinada sociedade, transportando-a a outra de cultura completamente diferente. Africanos passaram a ser utilizados para suprir a carência de mão-de-obra nas colônias de exploração europeia, permanecendo essa exploração humana por séculos (GIORDANI, 1984).

A estruturação econômica e política dessas sociedades estavam constituídas na exploração dessa espécie de força de trabalho, ajustando-se condição indispensável para sua sobrevivência. Dessa forma, o trabalho escravo movimentou economias, construiu grandes cidades, levantou impérios, alavancou o comércio, sendo o tráfico destes seres o meio utilizado para a concretização e execução donegócio. (ARY, 2009).

Ainda segundo a autora, no século XIX, os esforços se traçaram na eliminação dessa espécie de tráfico que possuía como objetivo específico à escravidão, adquirindo, posteriormente, um enfoque diferente. Assim, dentro do escopo do processo de internacionalização da mão-de-obra, no período de globalização do capitalismo, em fins do século XIX e início do século XX, surge uma nova preocupação referente às pessoas traficadas: o tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual.

1.1. O tráfico de pessoas no Brasil

Muitos estudos mostram que no que diz respeito a essa conduta no país, ela teve início quando o Brasil ainda era uma colônia de Portugal também com o tráfico de escravos provenientes do continente africano que se tornou uma ação frequente nas colônias europeias, e que se perpetuou durante anos (SANTOS, 2015).

Segundo Fausto (2004) é quase impossível de se mensurar com precisão a quantidade de negros traficados para o Brasil, contudo, estima-se que tenham sido trazidos do continente africano para o nosso país um número aproximado de 4 milhões de negros para a exploração de seu trabalho entre os anos de 1550 a 1855, sendo que a maioria dos traficados eram jovens e do sexo masculino, tendo em vista a força física para o trabalho a ser realizado.

Com o fim do tráfico negreiro foi à espécie consecutiva do tráfico de seres humanos e no Brasil não foi diferente, onde houve a migração de prostitutas da Europa para as colônias europeias dentre elas o Brasil e os traficantes começaram a descobrir um poder de lucro nesse comércio e iniciaram o tráfico de pessoas com o intuito de exploração sexual, sendo que o objeto passivo nesta atuação eram principalmente jovens moças e mulheres (SANTOS, 2015).

Ainda segundo o autor, após esse período começaram a surgir às preocupações com esse tema de tamanha relevância, por parte tanto da sociedade, do estado quanto das autoridades da época, para tentar combater e por fim nessa conduta ilícita. Para isso foram criadas inúmeras leis tanto na esfera nacional, quanto tratados e convenções discutidas e assinadas por membros e autoridades internacionais ao redor do mundo.

1.2. O Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual no Brasil e no mundo

Conforme Geronimi (2002) pode-se definir tráfico de pessoas como o ato de impor, obrigar, coagir, forçar, alojar, transportar pessoas de um local para outro de forma ilícita, voluntariamente ou não, cujo objetivo seja o trabalho escravo, tráfico de pessoas para fins exploração sexual ou tráfico de órgãos. Esse crime é um problema de nível universal, e acometem além do Brasil, diversos outros países, a grande maioria, países subdesenvolvidos, com elevado desnível desenvolvimento social e cultural.

Segundo o Protocolo Adicional da Organização Das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, a expressão "tráfico de pessoas" significa o:

Recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. (DECRETO Nº 5.017, 2004).

Com isso, observa-se que o tráfico de pessoas ocorre por meio do uso da força ou coação com o objetivo de exploração da vítima para variados fins, como a escravidão, exploração sexual, entre outros. Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça entende que ocorre tráfico de pessoas quando:

A vítima é retirada de seu ambiente, de sua cidade e até de seu país e fica com a mobilidade reduzida, sem liberdade de sair da situação de exploração sexual ou laboral ou do confinamento para remoção de órgãos ou tecidos. A mobilidade reduzida caracteriza-se por ameaças à pessoa ou aos familiares ou pela retenção de seus documentos, entre outras formas de violência que mantenham a vítima junto ao traficante ou à rede criminosa (CNJ, 2016).

Apesar do direito de propriedade de uma pessoa sobre a outra ter sido oficialmente abolido no Brasil por meio da Lei Áurea de 1888, a prática se perpetuou, sob novas características. As vítimas, entretanto, permaneceram sofrendo as graves violações que o regime de escravidão determina ao ser humano: negação ao direito de escolha, privação da liberdade e maus tratos. Impulsionadas pela esperança de encontrar melhores oportunidades de trabalho e sobrevivência,

muitas mulheres foram e no contexto atual ainda são facilmente enganadas por promessas de uma vida melhor em territórios distantes. Uma vez distanciadas da família e dos amigos, em uma terra onde a cultura é diferente e a língua é complexa, é a armadilha ideal para que sejam exploradas. (NOTTINGHAM, FROTA, 2012).

Por ter alta rentabilidade, sendo o terceiro tipo de ação ilícita mais lucrativa do mundo, ficando atrás apenas dos tráficos de drogas e de armas, esse tipo de crime vem crescendo consideravelmente. Demandando cada vez mais uma postura do estado em relação á políticas públicas voltadas para o enfrentamento e combate a esse tipo de crime. Referindo-se ao fenômeno do tráfico de pessoas Quaglia (2008) percebe que:

O tráfico de pessoas é considerado uma forma moderna de escravidão – econômica e sexual – que se tornou um mercado mundial lucrativo, controlado por poderosas organizações criminosas. Estima-se que o lucro gire em torno de US\$ 7 bilhões por ano, graças também às novas tecnologias eletrônicas, que facilitam a expansão de redes do crime, tanto em países em desenvolvimento como nos já desenvolvidos. No continente europeu, o tráfico de mulheres e crianças da Europa Central e do Leste aumentou drasticamente, principalmente a partir da queda do comunismo, no começo da década de 90, no período considerado como a intensificação da globalização. Vale ressaltar que a globalização o intensificado fluxo de informação, capital e pessoas apresenta oportunidades... E riscos. Criou-se também um ambiente onde as drogas, o crime e também o tráfico de pessoas podem avançar com mais facilidade. O número de trabalhadores e trabalhadoras do sexo que vive ilegalmente na União Europeia varia de 200 mil a meio milhão. Dois terços vêm do Leste europeu, e a parte restante vem de outros países em desenvolvimento, mesmo os chamados “mercados emergentes”, como o Brasil (QUAGLIA 2008, p. 39).

É por isso que o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual dispõe como um acontecimento decorrente, em primeiro lugar, das péssimas condições

econômicas em que muitas pessoas se encontram e seu enfrentamento exige um novo olhar para a compreensão da globalização. O tráfico de pessoas para fins de exploração sexual tem suas raízes no mundo capitalista globalizado, no desenvolvimento desigual e no colapso do Estado, não só do ponto de vista íntegro e moral, mas, sobretudo pela atenuação do seu potencial de atenção à questão social (LEAL; LEAL, 2008).

Ainda conforme as autoras, tratar do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual requer que se tenha o convencimento de que é indispensável consolidar a ideia da globalização do crescimento, desenvolvimento e da globalização dos direitos humanos para todos. Esse ponto de vista propõe o enfrentamento da questão para a construção de um contra discurso o domínio, repensando as diferentes práticas que emergem da relação do Estado e sociedade. Na década passada, a globalização era vista como sinônimo de exploração e dominação, mas é importante introduzir a este conceito de enfrentamento do tráfico de pessoas, como uma cultura política de pensar a construção de conhecimentos, valores e direitos, através da valorização de saberes que surgem da luta de diferentes setores da população mundial.

Aponta-se, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT) que 44% das vítimas de tráfico são objeto de exploração sexual, sendo que metade das vítimas são menores de 18 anos. Como abordado anteriormente, a maioria das vítimas é do sexo feminino, sendo que, de acordo com a ONU só na Europa, 500 mil mulheres sejam traficadas por ano. As brasileiras somam 75 mil, o equivalente a 15% das vítimas. (<www.infojovem.org.br>)

Para Balbino (2017) a realidade é que o tráfico de pessoas é um crime que ganha força cada vez mais e a desatenção de muitos países em relação a tal prática lhe é favorável, pois a sua repressão e prevenção são dificultadas diante da impossibilidade de estabelecer dados precisos sobre o crime, tais como as principais rotas de tráfico.

Segundo Oliveira (2011) é notável que o tráfico de seres humanos vem atuando de forma cada vez mais crescente, em razão da facilidade de aliciamento das vítimas, do ganho de lucros exorbitantes em detrimento do baixo custo da atividade e da impunidade que a permeia. Por ser um crime que fere totalmente o principio da dignidade humana e em razão da dificuldade encontrada pelas

autoridades em desarticular essas organizações criminosas, é necessário haver a cooperação de toda a comunidade internacional no seu combate.

Para este crime é conferido um tratamento midiático sensacionalista, o que torna todas as estatísticas existentes em relação aos suspeitos, gerando ainda mais dificuldades na luta contra o delito. Portanto, apesar de haver inúmeras iniciativas contra esta atuação criminosa no Brasil e no mundo, ainda há muito trabalho a ser realizado para que se constituam medidas que possam reproduzir resultados satisfatórios na política de enfrentamento ao tráfico de pessoas (BALBINO, 2017).

1.3. Fatores determinantes para a prática criminosa

O surgimento e a evolução do tráfico de pessoas apresenta uma explicação multifatorial, pois segundo pesquisa realizada pela Organização Internacional do Trabalho em 2006, entre os fatores básicos de contribuição para essa modalidade de tráfico no Brasil e no mundo estão: a pobreza, a globalização, a falta de oportunidades de trabalho, a violência doméstica, a discriminação de gênero, a instabilidade econômica e as deficiências das leis. (MIRANDA, 2014).

A pobreza é fator decisivo da prática do crime de tráfico de seres humanos, uma vez que tornam as vítimas vulneráveis por falta de meios de sobrevivência. Não é por acaso que as rotas do tráfico geralmente se dão de países subdesenvolvidos rumo a um país desenvolvido. Aponta o Centro de Referências, Estudo e Ações sobre Crianças e Adolescentes – CECRIA – “que a pobreza não constitui apenas um aspecto de exclusão social, mas coopera para a submissão à prostituição”. (CECRIA, 1999, p. 9).

A globalização é das causas e cenário do tráfico de pessoas. Segundo a pesquisa da OIT, a globalização contribui com o tráfico humano na medida em que provoca uma “desregulamentação do mercado de trabalho” (2006, p. 17), proveniente da competição econômica global entre países, de modo que os fornecedores de bens e serviços se veem pressionados a diminuir seus custos através de todos os meios possíveis. Oportunidade em que se inclui a prática de trabalho em condições análogas à escravidão.

Diretamente relacionada à pobreza, o tráfico de pessoas se beneficia da inexistência das oportunidades de trabalho, fazendo com que as vítimas, em busca de melhores condições de vida, se tornem presas fáceis para os traficantes. A queda de ofertas de emprego incentiva o deslocamento das pessoas para regiões mais

desenvolvidas, colaborando, assim, para o aumento de práticas criminosas como a imigração ilegal e o tráfico de pessoas. (MIRANDA, 2014).

Ainda segundo a autora, de grande relevância aponta-se também a violência doméstica, seja física, psíquica ou sexual, pois incentiva a pessoa à fuga de seu lar. A violência doméstica se opera na maioria dos casos contra mulheres, crianças e adolescentes, reincidindo, sobre aqueles que se encontram de alguma forma em posição mais fragilizada, culminando na questão de gênero.

Em regiões de conflito, a instabilidade política, econômica e civil agrava o caso da exploração de pessoas, principalmente mulheres e crianças, uma vez que mais frágeis a abusos sexuais e devido a sua força de trabalho no meio doméstico, são exploradas por organizações armadas. A Organização das Nações Unidas atribui "como um dos fatores de crescimento do tráfico de pessoas as guerras étnicas" (ONU, 2004). No mesmo parâmetro, a OIT afirma que "a questão do tráfico de pessoas tem especial relevância em regiões de conflito, seja pelo preconceito sobre determinadas etnias, seja porque nesse período, os Estados podem recrutar pessoas para o trabalho forçado" (OIT, 2006, p. 30).

Por fim, entre os fatores determinantes do tráfico de seres humanos encontra-se a deficiência das leis:

Leis brandas ou em desconformidade com as diretrizes internacionais favorecem a consumação e crescimento do tráfico humano, na medida em que torna custoso o combate e prevenção tanto na esfera interna de um país quanto em âmbito internacional. (OIT, 2006, p. 50).

Em outros casos, definições normativas se deparam com situações contraditórias. E exemplo disso é que, em países com legislação rígida e resistente acerca do tráfico de imigrantes, a pessoa traficada se torna ainda mais suscetível pelo medo que tem em sofrer consequências por parte das autoridades do Estado, podendo até ser presa.

1.4. Formas de aliciar as vítimas

Existem formas diferentes de aliciar a vítima a ser traficada. A primeira é a oferta de algum emprego comum, sem qualquer tipo de envolvimento sexual, visto que a vítima já se encontra em vulnerabilidade econômica. Neste caso a vítima é enganada e aceita a proposta achando que irá para outro país para executar um serviço qualquer, como modelo, babá, entre outros. Já, na segunda maneira, a pessoa traficada já se encontra envolvida com a prostituição e concorda em ir para

realizar esta atividade ou qualquer outra do tipo, como em casas de swing ou boates, o que não deixa de ser exploração sexual, pois estas também serão submetidas ao tráfico de pessoas (BALBINO, 2017).

Ainda para a autora, no entanto, ao chegarem ao local de destino nenhuma destas promessas se tornam realidade, a vítima tem seus documentos apreendidos, as vítimas são trancadas em algum lugar estabelecido pelos próprios traficantes, que as submetem as mais diversas formas de exploração. É indispensável ressaltar também, que a pessoa que viaja com o objetivo de se prostituir também é iludida, pois as condições definidas para o trabalho antes da ir são completamente diferentes das que se efetivam.

É preciso destacar que o fato de a vítima saber com antecedência que será direcionada para a prostituição não autorizada pelo governo do país receptor, não altera as circunstâncias do crime: os responsáveis pelo tráfico e pela exploração continuam com a mesma reprovação da criminalidade (OIT, 2006).

O recrutamento dessas vítimas ocorre das formas mais diversas possíveis, podendo ocorrer por meio uma carta, pela internet, mas na maioria das vezes o contato ocorre pessoalmente. Nas boates, agências e hotéis, que são usadas como redes de favorecimento ao crime, também ocorre à captação. Os criminosos utilizam de web sites, telefones celulares, e-mail e inúmeros meios de comunicação que viabilizem o contato, seguro e rápido, dos integrantes da organização (BALBINO, 2017).

Para a autora, o rotativismo desse mercado do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual é extremamente alto. Esta intensa procura faz com que os criminosos estejam sempre à procura de novas mulheres e adolescentes para o aliciamento, mas o negócio possui características de acordo com o local de destino das vítimas, ou seja, cada cliente possui algum tipo preferência, sendo esta a razão para a criação catálogos com o perfil das mulheres, para que o público alvo possa escolher o "produto" que mais lhe agrada.

No entanto, o transporte das vítimas não é barato, o aliciador precisa providenciar a viagem, a falsificação de seus documentos para a sua entrada em outro país, principalmente se a vítima for menor de 18 anos. A única certeza que essas vítimas possuem é que trabalharão como dançarinas, babás, empregadas ou

domésticas garçonetes, mal sabendo que serão traficadas para exploração sexual (BALBINO, 2017).

A OIT (2006) afirma que as vítimas são levadas de avião, barco, trem, automóveis e até a pé. As fronteiras podem ser cruzadas de maneira legal, mas na maioria das vezes é de forma ilegal. Os traficantes frequentemente falsificam os documentos para as vítimas e as acompanham na etapa de transporte, de forma a garantir sua segurança. Ou então apenas direcionam a vítima no alcance do passaporte e visto de entrada, assim as vítimas viajam desacompanhadas e os aliciadores as recebem no país de destino. Após a realização do transporte, os aliciadores passam a cobrar e exigir das vítimas os gastos com a viagem, além das despesas com moradia e alimentação, com objetivo de explorá-las como forma de pagamentos destas “dívidas”. Sendo assim, elas ficam cada vez mais endividadas e dependentes dos criminosos.

Segundo Balbino (2017) vale ressaltar que esta conduta é bastante lucrativa. Muitas vezes oferece mais lucro do que tráfico de armas e o tráfico de drogas, pois neste o criminoso acaba tendo maiores dispêndios, com o intuito de organizar o produto para o mercado. Já no tráfico de pessoas, o traficante despende uma quantia quase que insignificante para manter o “produto” e tem a alternativa de explorar o seu trabalho da forma e pelo tempo que lhe couber, pegando para si todo lucro resultante dos serviços prestados pela vítima.

2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS

A preocupação com a dignidade da pessoa humana, refletida em tratados e convenções internacionais relacionadas ao tráfico de pessoas, é muito antiga, vem desde a época do tráfico negreiro, evoluindo através dos anos segundo Castilho (2008):

A preocupação inicial com o tráfico de negros da África, para exploração laboral, agregou-se a do tráfico de mulheres brancas, para prostituição. Em 1904, é firmado em Paris o Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, no ano seguinte convolado em Convenção. Durante as três décadas seguintes foram assinados: a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas (Paris, 1910), a Convenção Internacional para a

Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (Genebra, 1921), a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (Genebra, 1933), o Protocolo de Emenda à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (1947), e, por último, a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (Lake Success, 1949). (CASTILHO, 2008, p.8).

A convenção de 1949 se preocupou com o bem jurídico da dignidade da pessoa humana, dando importância ao indivíduo, à família e a comunidade. Poderia ser vítima qualquer pessoa, independente de idade, sexo, raça. (CASTILHO, 2008).

Entretanto a ineficiência da Convenção de 1949 é identificada pela Convenção sobre a Eliminação de tipos de preconceito e distinção contra a Mulher (1979), ao obrigar os Estados Partes a tomar as medidas cabíveis para eliminar todas as formas de tráfico e de exploração sexual de mulheres. Em 1983 o Conselho Econômico e Social da ONU decide exigir relatórios. Em 1992, a ONU apresenta o Programa de Ação para a Prevenção da Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil. A necessidade de um processo de revisão se desenvolve na Conferência Mundial dos Direitos Humanos (1993), cuja Declaração e Programa de Ação de Viena ostentam a relevância da “eliminação de todas as formas de exploração, assédio sexual e tráfico de mulheres”. Daí o Programa de Ação da Comissão de Direitos Humanos para a Prevenção do Tráfico de Pessoas e a Exploração da Prostituição (1996) (CASTILHO, 2008).

Então no final do século XX, a Assembleia Geral da ONU criou uma comissão intergovernamental com o intuito de realizar uma convenção internacional para dá um basta ao crime organizado em relação ao tráfico de mulheres para exploração sexual, ao tráfico de pessoas, a esta criminalidade organizada de forma tão ostensiva e averiguar a possibilidade de construção de um instrumento para tratar e combater o tráfico internacional de pessoas. O Comitê apresentou uma proposta que foi aprovada como “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, a Convenção de Palermo de 2000” (CASTILHO, 2008, p. 10).

No ano 2000 foi aprovado pela ONU o “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional”, amplamente conhecido como “Protocolo de Palermo”, que expandiu o conceito de tráfico de pessoas para todos os tipos de exploração, seja para fins sexuais, para o trabalho escravo ou para remoção de órgãos e trouxe como objetivo o combate ao crime organizado transnacional. Em outros termos:

O Protocolo de Palermo entrou em vigor em 29 de setembro de 2003 e se tornou o principal instrumento global no combate ao crime de tráfico internacional de pessoas, tendo como principais objetivos a prevenção, a punição e a proteção aos direitos das vítimas, com especial atenção a mulheres e crianças, além de promover a cooperação entre os Estados partes (PEREIRA, 2007).

O Protocolo delineou que os Estados que o adotaram humanizassem o tratamento às vítimas de tráfico humano, criassem serviços de assistência e mecanismos de denúncia. Uma das preocupações acolhidas pelo documento é referente ao tráfico de pessoas para fins ilícitos, entendendo, entre outros, a prostituição, a exploração sexual e a servidão (DECRETO 5.017, 2004).

Em 2006, houve outro grande avanço em relação ao combate ao tráfico de pessoas, o então Presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva lançou a “Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, tendo como principais alvos de combate, a exploração sexual de crianças e adolescentes e o trabalho escravo” (PEREIRA, 2007).

O decreto 5.948 (BRASIL, 2006) é o documento governamental que estabelece este Plano, teve sua aprovação em 26 de outubro de 2006, e busca constituir princípios, diretrizes e ações de prevenção ao tráfico de pessoas e de atendimento às vítimas, em conformidade com o art. 1º.

Para combater o crime de forma efetiva e eficiente considera-se de grande importância a abrangência de várias áreas de combate, de forma que busque compreender quais os reais motivos que leva alguém deixar sua vida e a sua família para trás atrás de oportunidades inexistentes em terras estranhas, em um mundo obscuro. (DECRETO 5.948, 2006).

Como parte de toda política de proteção e precaução a este crime, no final do ano de 2016 entrou em vigor no Brasil a Lei 13.344, que veio para efetivar os

requisitos estabelecidos pelos tratados internacionais sobre o tema, os quais o país é signatário. (THOMAZ 2017).

2.1. O advento da lei 13.344/2016 no combate ao tráfico de pessoas

A lei 13.344 sancionada no ano de 2016 veio com o objetivo de alterar alguns artigos do Código Penal Brasileiro a fim de combater o tráfico de pessoas. Trazendo inovações esclarecedoras, bem como melhorias na realização da investigação, tornando-se mais eficiente e menos burocrática.

A lei acima mencionada, foi implementada no ordenamento jurídico, pois os legisladores viram a necessidade de alterar alguns artigos do Código Penal para fins de facilitar o trabalho de investigação para obterem êxito na hora da apreensão dos aliciadores. Facilitando ainda, acesso aos dados que eram sigilosos diminuindo assim a chance de pegar a pessoa errada.

A promulgação da lei que tipifica o tráfico de pessoas podia ser verificada anteriormente no artigo 231 do código penal, mas antes o referido artigo só considerava crime o tráfico de pessoas com o fim de exploração sexual, com a nova redação foi acrescentado novos verbos que tipifica condutas mais vistas de forma a ampliar a abrangência da pena, onde agora a pena mínima é de quatro (04) anos quando antes era de três (03) anos. Assim, as pessoas que apenas deslocavam pessoas com fins ocultos sem conotação sexual, passam a ser criminalizados.

Tiveram alterações também no âmbito procedimental, aumentando a integração entre órgãos de justiça responsáveis tanto nacionais como no estrangeiro.

É importante observar que a lei é benéfica ao ordenamento, pois trouxe novas condutas típicas, bem como alterou e deu poderes aos agentes disponibilizando autorizações para procedimentos, sem que haja a necessidade de solicitação de aprovação para a realização de tal ato podendo ser passível de negação. Podem ainda, iniciar a investigação sem a necessidade de um pedido formal.

Vale frisar que um dos pontos mais importante da referida lei é a previsão no seu art. 6º, com relação às várias formas de proteção e atendimento de modo

semelhante a lei Maria da Penha. Destacando-se o atendimento humanizado com várias formas de assistência: social, jurídica, saúde, trabalho entre muitos outros.

Por todo o exposto, é de se considerar que o combate ao tráfico de pessoas será ainda mais intensificado, haja vista, que agora há cooperação entre órgãos do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros, tendo ainda, a integração de políticas e ações de repressão aos crimes correlatos e da responsabilização dos seus autores, além da formação de equipes conjuntas e investigação, bem como as várias formas de proteção, atendimento e ajuda as vítimas.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo compreender em que medida o ordenamento jurídico pátrio busca proteger as vítimas do tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual. Os objetivos deste trabalho foram alcançados com a utilização do método dedutivo, tendo como base a revisão bibliográfica, interpretando base de dados bibliográficos e documentais.

O tráfico de pessoas é um fenômeno que existe e possui gravidade sem precedentes. A comprovação feita neste trabalho é apenas uma das maneiras de exteriorizar a necessidade de cooperação entre sociedade internacional e a manutenção da preocupação com o tema dos direitos humanos.

Traficar seres humanos com qualquer finalidade ilícita é uma prática intolerável e os criminosos têm que ser punidos, independente se a vítima tem consciência da atividade que irá realizar, pois em todo caso está presente a fraude, o engano, seja da profissão que a vítima irá exercer, quanto da realidade existente na chegada ao local de destino.

Nessa linha de enfrentamento ao tráfico de pessoas, o Brasil vem por meio de políticas públicas estabelecendo meios de prevenção e combate ao crime. Por ser subscritor de numerosos protocolos que conduzem os meios de enfrentamento, tendo como base a humanização das vítimas e conscientização da população.

Outra face do tráfico de pessoas é a exploração sexual, onde mulheres traficadas com uma promessa de vida melhor são forçadas a se prostituir. Com a realização deste trabalho foi possível perceber que o tráfico de pessoas está ligado a questões sócio econômicas e culturais, ao qual a política e a própria sociedade,

muitas vezes é tolerante com tal situação, e as políticas de combate ao tráfico de pessoas, é um passo importante, porém não são totalmente efetivas.

O estudo do tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual constata que houve um grande avanço em relação ao seu combate em todo o mundo, ainda, esse avanço não é suficiente, diante do crescimento deste delito. Apesar de existirem políticas públicas criadas para proteger as vítimas do tráfico de pessoas, há ainda uma falta de conhecimento a respeito desse tipo de crime.

Por fim, espera-se que o presente estudo possa contribuir com estudantes de direito e pesquisadores interessados no tema. Esta pesquisa abre espaço para que se realizem novos estudos para aprofundar os conhecimentos acerca do tema servindo como apoio para a realização de novos estudos e também como fonte de informação.

REFERÊNCIAS

ARY, Thalita Carneiro. **O tráfico de pessoas em três dimensões: Evolução, globalização e a rota Brasil-Europa**. 2009.

BALBINO, Vanessa Alves Nery. **Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual**. 2017.

BRASIL. **Decreto 5.017 de 12 de mar. de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Decreto 5.948 de 26 de out. de 2006**. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2018.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo**. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas>. Acesso em: 29 out. 2018.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

GERONIMI, Eduardo. **Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes**. Ginebra: OIT, 2002.

GIORDANI, Mário Curtis. **História da Grécia**, Petrópolis: Vozes, 1984.

LEAL, Maria Lucia; LEAL, Maria de Fatima. **Enfrentamento do tráfico de pessoas: uma questão possível?** Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

MIRANDA, Carolina Costa. **Consentimento das vítimas do tráfico de seres humanos**. 2014.

NOTTINGHAM, Priscila; FROTA, Helena. O Brasil na rota do tráfico de escravas brancas: entre a prostituição voluntária e a exploração de mulheres na Belle Époque. **Revista Sinais-ISSN: 1981-3988** v. 1, n. 11, 2012.

OLIVEIRA, Adrielle Fernanda Silva de. **Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual**. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente/SP: 2011. p. 51.

Organização Internacional do Trabalho. **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**. Brasília: OIT, 2006. Disponível em <http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/oit/>. Acesso em 30 de out. de 2018.

PEREIRA, Nubia Dias Cardoso. **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual no Brasil: análise das ações do Estado**. Trabalho de Conclusão de Curso. Brasília: Universidade de Brasília, 2007.

PISCITELLI, Adriana. **Trânsitos: brasileiras nos mercados transnacionais do sexo**. EdUERJ, 2013.

QUAFLIA, Giovanni. **Tráfico de pessoas, um panorama histórico e mundial**. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Brasília: SNJ, 2ª ed. 2008.

THOMAZ, Laura Marina. **O tratamento punitivo do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual: a tutela da liberdade e da dignidade sexual à luz da Constituição Brasileira de 1988.** 2017.

LEI MARIA DA PENHA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO AUTOR NOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

HUNANDYLLA FERNANDES MAGALHAES:
Acadêmica do Curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

ANDREIA AYRES GABARDO DA ROSA^[1]
(Orientadora)

RESUMO: Neste artigo aborda-se que, a violência contra a mulher é uma realidade vivenciada no decorrer da existência humana. O problema da violência contra a mulher é um fator que, mesmo após a sociedade passar por inúmeras evoluções, continua a ser uma realidade vivenciada em pleno século XXI. No Brasil, é inegável que a mulher conseguiu várias conquistas perante à sociedade dominada pelo sexo masculino, principalmente com a criação da Lei nº 11.340/06, denominada Maria da Penha. No entanto, a mulher continua a ser vítima de violência, sobretudo dentro da própria residência, tendo como principais agressores, aqueles que foram escolhidos para protegê-la, isto é, o companheiro ou ex-marido. Os dados demonstram que os casos de violência sofrida por mulheres são preocupantes, em nosso país. Neste sentido, este artigo identifica os fatos que possibilitaram a criação da Lei Maria da Penha, bem como verifica qual a responsabilidade civil do autor de violência contra a mulher, analisando se o agressor tem a obrigação de indenizar a vítima pelos danos causados. Pautados nessa problemática, os estudos foram realizados baseados em pesquisas bibliográficas e documentais via método indutivo, tendo como referências autores renomados e em legislação específica. A pesquisa é dividida em capítulos. No primeiro, tem como foco a história sucinta da violência contra a mulher. No segundo, trata-se sobre o surgimento da lei específica de proteção à mulher, a Lei Maria da Penha. No terceiro, destaca-se a responsabilidade civil do autor frente aos danos causados à vítima. Conclui-se que o agressor é o responsável pelo ato e dano, devendo realizar a reparação à vítima, mediante o pagamento de indenização.

Palavras-chave: Violência; Mulher; Lei Maria da Penha; Responsabilidade Civil; Indenização.

ABSTRACT: In this article it is approached that, violence against women is a reality experienced in the course of human existence. The problem of violence against women is a factor that, even after society undergoes many evolutions, continues to be a reality experienced in the XXI century. In Brazil, it is undeniable that the woman

achieved several achievements vis-a-vis the male-dominated society, especially with the creation of Law 11,340 / 06, named Maria da Penha. However, the woman continues to be the victim of violence, especially within her own residence, having as main aggressors, those who were chosen to protect her, that is, the companion or ex-husband. The data show that the cases of violence suffered by women are of concern in our country. In this sense, this article identifies the facts that made possible the creation of the Maria da Penha Law, as well as verifies the civil liability of the perpetrator of violence against women, analyzing whether the perpetrator has the obligation to compensate the victim for the damages caused. Based on this problem, the studies were carried out based on bibliographical and documentary research using the inductive method, with reference to renowned authors and specific legislation. The research is divided into chapters. In the first, it focuses on the succinct history of violence against women. In the second, it is about the emergence of the specific law for the protection of women, the Maria da Penha Law. In the third, the author's civil liability for damages to the victim is highlighted. It is concluded that the perpetrator is responsible for the act and damage, and must perform the reparation to the victim, through the payment of indemnification.

Keywords: Violence; Woman; Maria da Penha Law; Civil responsibility; Indemnity.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é uma realidade vivenciada no decorrer da existência humana. Segundo os estudos de Cézár (2016), a violência sofrida pela mulher acompanha a sociedade, desde os primórdios até os dias de hoje e as agressões estão ligadas à história de todos os povos, desde o homem primitivo até o homem moderno.

Observa-se que durante muitos séculos, na história da humanidade, a mulher é considerada pelo homem como ser inferior, que não merece ser tratada com respeito. A autora Pinafi (2007) destaca que nas civilizações gregas e romanas a exclusão social, jurídica e política colocavam a mulher no mesmo patamar que as crianças e escravos, ou seja, a identificação feminina enquanto sujeito político, público e sexual lhe era negada, tendo como status social a função de procriadora.

Ainda, a pesquisadora Dias (2010) acrescenta que, nas civilizações gregas, a mulher era vista como uma criatura subumana e inferior ao homem, portanto era menosprezada moral e socialmente, e não tinha direito algum. A realidade não foi

mudada nem mesmo com o Cristianismo, que em tese propaga o amor entre o próximo.

Segundo Pinafi (2007, p. 02), “o cristianismo retratou a mulher como sendo pecadora e culpada pelo desterro dos homens do paraíso, devendo por isso seguir a trindade da obediência, da passividade e da submissão dos homens”. Nesse contexto histórico, a mulher continua a ser massacrada pelo homem, sendo em muitos casos queimadas vivas como bruxas.

No Brasil, com a chegada dos portugueses e da doutrinação jesuíta, o tratamento recebido pela mulher não foi diferente. Aproveitando da “submissão divina” que a mulher deveria ter em relação ao homem, dificultou-se que ela deixasse de ser violentada, tanto fisicamente, moralmente, sexualmente, enfim em todos os âmbitos.

Somente em 1985 é inaugurada a primeira Delegacia da Mulher, isto é, após 485 anos da chegada dos portugueses. Durante esses séculos e até os dias atuais, a mulher sofre em razão de costumes enraizados em nossa cultura, que propagavam a superioridade do sexo masculino. Ainda vivemos em uma sociedade machista, na qual se defendem “que mulher gosta é de apanhar”, “a mulher é violentada sexualmente, porque provoca o homem” ou ainda “em briga de marido e mulher, ninguém tem que meter a colher”, como discorre Pinafi (2007).

Com base no exposto, esta pesquisa tem o intuito de abordar os avanços alcançados ao longo dos anos no que se refere à proteção à mulher, sobretudo com a criação da Lei Maria da Penha, sancionada em 7 de agosto de 2006, como Lei n.º 11.340, que visa proteger a mulher da violência doméstica e familiar.

De acordo com Bezerra (2018), a Lei Maria da Penha alterou o [Código Penal](#), no sentido de permitir que os agressores sejam presos em flagrante ou tenham a prisão preventiva decretada. Antes da criação de referida lei, as mulheres que eram vítimas desse tipo de violência deixavam de prestar queixa contra os companheiros, porque a punição se restringia, basicamente, ao pagamento de cestas básicas.

A pena para o autor da prática de violência contra a mulher, antes da criação da Lei Maria da Penha era de no máximo um ano, após passou para três anos. Neste sentido, faz-se necessário também identificar neste artigo, os fatos que possibilitaram a criação da Lei Maria da Penha, bem como verificar qual a responsabilidade civil do autor de violência contra a mulher, analisando se o agressor tem a obrigação de indenizar a vítima pelos danos causados.

Pautados nessa problemática foram feitos estudos, com base em pesquisas bibliográficas e documentais via método indutivo, baseando-se em autores renomados e em legislação específica, onde o primeiro capítulo tem como tema a ser abordado, a história sucinta da violência contra a mulher.

Em seguida, apresenta-se o surgimento da lei específica de proteção à mulher, a Lei Maria da Penha, que vem com o objetivo de “quebrar as amarras de uma sociedade patriarcal” (NEVES, 2013, p. 03), destacando os motivos que impulsionaram a sanção da mesma e os avanços no combate à violência contra a mulher.

No terceiro capítulo, discorre-se sobre o assunto principal desta pesquisa, isto é, a responsabilidade civil do autor frente aos danos causados à vítima. Assim, destacam-se conceitos, elementos e requisitos, que apontam a responsabilidade civil pelas agressões, analisando a possibilidade de indenização por danos morais, mediante a análise de jurisprudências.

Por fim, apresentam-se as considerações finais sobre o tema abordado.

1 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UM BREVE HISTÓRICO

Segundo Oliveira (2007), após a realização de estudos e análise da história da humanidade, constata-se que o homem, em tempos primórdios, vivia próximo dos animais e com eles aprendia a lutar, a caçar e a perseguir, usando a força física como meio de sobrevivência. Nesse período, não existiam leis, normas e regulamentos, cada um seguia indistintamente seu destino. Assim, desenhos em antigas cavernas mostram homens primitivos, puxando suas mulheres pelos cabelos, fazendo assim valer o uso físico mais avantajado e forte.

Dias (2010) destaca que desde os tempos bíblicos que a mulher tem passado por gravíssimas violações em seus direitos mais elementares, como direito à vida, à liberdade e a disposição de seu corpo. Abaixo, evidenciamos a condição da mulher na Grécia Antiga.

Na Grécia Antiga havia muitas diferenças entre homens e mulheres. As mulheres não tinham direitos jurídicos, não recebiam educação formal, eram proibidas de aparecer em público sozinhas, sendo confinadas em suas próprias casas em um aposento particular (Gineceu), enquanto aos homens,

estes e muitos outros direitos eram permitidos, como a poligamia (PINAFI, 2007, p. 02).

A autora Puleo (2004) acrescenta que na Grécia, os mitos contavam que devido à *curiosidade própria de seu sexo*, Pandora tinha aberto a caixa de todos os males do mundo. Portanto, a mulher era responsável por haver desencadeado todo o tipo de desgraça, assim como, na religião se destaca a mulher como a causadora da origem do pecado, já que foi Eva que fez com que o Adão comesse do fruto proibido.

Com o advento da cultura judaico-cristã tal situação pouco se alterou. O Cristianismo retratou a mulher como sendo pecadora e culpada pelo desterro dos homens do paraíso, devendo por isso seguir a trindade da obediência, da passividade e da submissão aos homens, — seres de grande iluminação capazes de dominar os instintos irrefreáveis das mulheres — como formas de obter sua salvação. Assim a religião judaico-cristã foi delineando as condutas e a 'natureza' das mulheres e inculcando uma consciência de culpa que permitiu a manutenção da relação de subserviência e dependência. Mas não foi só a religião que normatizou o sexo feminino, a medicina também exerceu seu poder, apregoando até o século XVI a existência de apenas um corpo canônico e este corpo era macho. Por essa visão a vagina é vista como um pênis interno, os lábios como o prepúcio, o útero como o escroto e os ovários como os testículos (PINAFI, 2007, p. 03).

A autora Tânia Pinafi (2007, p. 03) ainda destaca que “o modelo de sexo único prevaleceu durante muito tempo por ser o homem — ser humano nascido com o sexo biológico masculino, ou seja, pênis — o alvo e construtor do conhecimento humano”. Em contrapartida, a mulher era considerada um ser vazio, sem a capacidade de construir conhecimentos.

Segundo Dias (2010), na Idade Média, a mulher desempenhava o papel de mãe e esposa. Sua função precípua era de obedecer ao marido e gerar filhos, sendo restrita a direitos, como afirma a citação abaixo.

A rigidez dos deveres relativos dos dois sexos não é e nem pode ser a mesma. Quando a mulher se queixa a respeito da injusta desigualdade que o homem impõe, não tem razão; essa desigualdade não é uma instituição humana ou, pelo menos, obra do preconceito, e sim da razão; cabe a quem a natureza encarregou do cuidado com os filhos a responsabilidade disso perante o outro (ROUSSEAU citado por EGGERT, 2003, p. 03).

De acordo com Pinafi (2007), no século XVIII, com a Revolução Francesa começou a mudar a concepção de que as mulheres eram apenas um ser destinado à procriação, ao cuidado dos filhos e marido, já que elas “participaram ativamente do processo revolucionário ao lado dos homens, por acreditarem que os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade seriam estendidos a sua categoria” (PINAFI, 2007, p. 04).

Eggert (2003) analisa que com a consolidação do sistema capitalista, no século XIX, aconteceram profundas mudanças na sociedade como um todo, principalmente, porque o seu modo de produção afetou o trabalho feminino, favorecendo que a mulher trabalhasse nas fábricas, saindo do lar (espaço privado) para a esfera pública. Assim, as mulheres passam a lutar para provar que não são inferiores ao homem, sendo capazes de realizar as mesmas tarefas, de adquirir e produzir conhecimentos, portanto merecendo respeito.

Realizando estudos sobre a trajetória da violência contra a mulher, percebe-se que ainda há muitas lutas a serem travadas na superação da concepção da superioridade masculina. Verifica-se que desde o princípio foi dado à mulher o título de “causadora de todos os males”, portanto a mesma deveria ser castigada pelo homem, aceitando que todas as agressões e restrições sofridas resultam de ações praticadas pelo sexo feminino no passado, que prejudicaram e amaldiçoaram a humanidade.

Várias são as espécies de violência contra a mulher. E a história relata-nos que a violência doméstica tem suas raízes alicerçadas de forma a definir o papel da mulher no âmbito familiar e conseqüentemente social. Visa resguardar o homem de forma a não lhe trazer inquietação, garantindo-se assim o

poder masculino em uma sociedade patriarcal, cujos valores são passados de pai para filho (DIAS, 2010, p. 02).

No Brasil, o tratamento recebido pela mulher não foi diferente, retratando a luta por igualdade. Na década de 70, surgem os primeiros movimentos organizados e politicamente engajados em defesa dos direitos da mulher contra o sistema social opressor — o machismo. Pinafi (2007) retrata que a política sexista reinante até então, deixava impunes muitos assassinatos de mulheres sob o argumento de legítima defesa da honra.

Como exemplo, temos em 1976, o brutal assassinato de Ângela Maria Fernandes Diniz pelo seu ex-marido, Raul Fernando do Amaral Street (Doca) que não se conformou com o rompimento da relação e acabou por descarregar um revólver contra o rosto e crânio de Ângela. Sendo levado a julgamento foi absolvido com o argumento de haver matado em 'legítima defesa da honra'. A grande repercussão dada à morte de Ângela Diniz na mídia, acarretou numa movimentação de mulheres em torno do lema: 'quem ama não mata' (PINAFI, 2007, p. 04).

Infelizmente, casos como o citado acima são praticados até hoje. Todavia, observa-se avanços na legislação para a punição dos agressores, graças a luta dos movimentos de mulheres, que vem conquistando vitórias na defesa e proteção da mulher, prova disso foi a criação das Delegacias de Defesa da Mulher, em 1985, sendo uma iniciativa pioneira do Brasil, que mais tarde foi adotada por outros países da América Latina.

A violência contra a mulher voltou a pauta no cenário internacional em 1993 com a Declaração de Viena. Nela foram considerados os vários graus e manifestações de violência, incluindo as resultantes de preconceito cultural e tráfico de pessoas. Um grande avanço desta declaração foi a revogação da violência privada como criminalidade comum, considerando assim, que a violência contra a mulher infringe os Direitos Humanos e é realizada principalmente na esfera privada. Um ano depois, em 06 de junho, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, aprovou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de

Belém do Pará. Essa Convenção foi ratificada pelo Brasil em 1995 (PINAFI, 2007, p. 08).

Entende-se que a [Convenção de Belém do Pará, como ficou conhecida a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher](#), conceitua a violência contra as mulheres, reconhecendo-a como uma violação aos direitos humanos, e estabelece deveres aos Estados signatários, com o propósito de criar condições reais de rompimento com o ciclo de violência identificado contra mulheres em escala mundial.

Atualmente a violência contra a mulher tem sido denominada como “violência de gênero” esta expressão significa que não são as diferenças biológicas entre os homens e mulheres que determina o emprego da violência contra a mulher, significa que sob os papéis sociais impostos a homens e mulheres, reforçados por culturas patriarcais, se estabelecem as relações de violência entre os sexos (DIAS, 2010, p. 09).

Para Dias (2010), a violência contra a mulher, considerada de gênero é uma das formas mais graves de discriminação em razão do sexo, manifestando-se de diferentes formas, como o estupro, a prostituição forçada, o assédio sexual nas ruas ou local de trabalho e a violência nas relações do casal, também conhecida como violência doméstica ou familiar.

Compreender o fenômeno da violência contra a mulher é reconhecer a discriminação histórica da mulher, que tem aprofundado as relações de desigualdade econômicas sociais e políticas entre os sexos, nas quais a mulher ocupa uma posição de inferioridade em relação ao homem. Ressalvando que a falta de igualdade é que torna a mulher vulnerável à violência e em especial a violência no âmbito doméstico e das relações intrafamiliares, que acarretam sérias e graves consequências não só para o seu desenvolvimento pessoal integral e pleno, comprometendo o exercício da cidadania e dos direitos humanos, mas também para o desenvolvimento econômico e social do país. O custo dessa violência reflete-se em dados concretos. No mundo, um em cada cinco dias de falta ao trabalho é decorrente de violência sofrida por mulheres em suas casas, a cada cinco anos a mulher perde um

ano de vida saudável se ela sofre violência (OLIVEIRA, 2007, p. 04).

Segundo Dias (2010), no Brasil, 76% dos crimes contra a mulher acontecem dentro de casa e o agressor é o próprio marido ou companheiro. A violência doméstica custa para o país 10,5% do seu PIB, ou seja, 84 (oitenta e quatro) bilhões de dólares. É no cenário de lutas em combate a violência contra a mulher que surge a lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha, a qual será tratada a seguir.

2 LEI MARIA DA PENHA: HISTÓRIA E CARACTERÍSTICAS

Conforme a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, de dezembro de 1993, a violência contra o sexo feminino é uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que conduziram à dominação e à discriminação, impedindo o pleno avanço das mulheres.

Conforme a Secretaria de Políticas para as Mulheres (2012), a criação da lei Maria da Penha foi marcada por uma história de sofrimento, coragem e determinação, sendo considerada uma importante conquista no combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres. O nome da lei é uma homenagem a Maria da Penha Fernandes, que sobreviveu a duas tentativas de homicídio, por parte do ex-marido.

Em 1983, seu esposo tentou matá-la com um tiro de espingarda. Apesar de ter escapado da morte, ficou paraplégica. Quando, finalmente, saiu do hospital, sofreu nova tentativa de assassinato, pois o marido tentou eletrocutá-la e afogá-la. Após tantas agressões, Maria da Penha criou coragem para denunciar seu agressor, se deparando com uma situação que muitas mulheres enfrentavam e enfrentam nesses casos, isto é, incredulidade por parte da Justiça brasileira. Por sua parte, a defesa do agressor sempre alegava irregularidades no processo e o suspeito aguardava o julgamento em liberdade. Em 1994, Maria da Penha lança o livro "Sobrevivi...posso contar", no qual narra as violências sofridas por ela e pelas três filhas. Com muita coragem e em busca de justiça, Maria da

Penha acionou o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), já que o agressor continuava em liberdade e sem punição. O episódio chegou à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e foi considerado, pela primeira vez na história, um crime de violência doméstica. O Estado brasileiro foi condenado por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, 2012, p. 03).

Desta maneira, o Brasil teve que se comprometer em reformular suas leis e políticas em relação à violência doméstica. Como enfatiza Dias (2010), depois de 19 (dezenove) anos do julgamento, Marco ficou preso apenas por dois anos, em regime fechado. É claro que é uma sentença branda, frente às agressões sofridas pela vítima. Todavia, foi um avanço no campo jurídico e em 07 de Agosto de 2006, a Lei Maria da Penha foi sancionada pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, entrando em vigor no dia 22 de setembro de 2006, a lei nº 11.340.

Em vigor desde o dia 22 de setembro de 2006, a Lei nº 11.340/06, conhecida como "*Lei Maria da Penha*", ganhou este nome em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica cearense que foi casada com o professor universitário Marco Antônio Herredia Viveros, que tentou assassiná-la por duas vezes. A lei veio com a missão de proporcionar instrumentos adequados para enfrentar um problema que aflige grande parte das mulheres no Brasil e no mundo, que é a violência doméstica. A violência, analisada sob múltiplos aspectos e exercida por várias formas, é a expressão cultural da dominação machista cuja repercussão transcende o espaço doméstico, alcançando a sociedade como um todo e cujas consequências se fazem sentir no desenvolvimento social e econômico de cada país. O novo texto legal foi o resultado de um longo processo de discussão a partir de proposta elaborada por um consórcio de ONGs (ADVOCACY, AGENDE, CEPIA, CFEMEA, CLADEM/IPÊ e THEMIS). Esta proposta foi discutida e reformulada por um grupo de

trabalho interministerial, coordenado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, e enviada pelo Governo Federal ao Congresso Nacional. Por meio da relatoria do projeto de lei foram realizadas audiências públicas em assembleias legislativas das cinco regiões do país, ao longo de 2005, que contaram com intensa participação de entidades da sociedade civil e resultaram em um substitutivo acordado entre a relatoria, o consórcio de ONGs e o executivo federal que terminaria aprovado por unanimidade no Congresso Nacional e sancionado pela Presidência da República. Conforme se observa, a Carta Magna demonstra, de forma expressa, a necessidade de políticas públicas no sentido de coibir e erradicar a violência doméstica (FERNANDES & RESENDE, 2015, p. 03).

Como afirma Bezerra (2018), a lei nº 11.340/06 serve para todas as pessoas que se identificam com o sexo feminino, não necessariamente mulheres, podendo ser heterossexuais e homossexuais, ou seja, que as pessoas transexuais também estão incluídas. Para ocorrer a punição do agressor, a vítima precisa vivenciar uma situação de vulnerabilidade, em relação ao autor, sendo que o mesmo não precisa ser necessariamente o marido ou companheiro, podendo ser um parente ou uma pessoa do seu convívio.

A Lei que dispõe sobre as diversas formas de violência (violência física, sexual, psicológica, moral, patrimonial) não cria nenhum tipo penal novo; apenas dá tratamento distinto das demais infrações penais existentes, com a necessária adequação processual penal. Ressalta-se que o parágrafo único do art. 5º da lei menciona a mulher independente da orientação sexual (...), abrangendo lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros dentro do ambiente familiar ou de convívio. Determina a nova lei que a mulher somente poderá renunciar à denúncia perante o juiz. Antes, era possível que ela desistisse da denúncia na própria delegacia. E, ao contrário do que acontecia, não mais poderá entregar pessoalmente as intimações judiciais ao seu próprio agressor. A nova lei proibiu expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, bem como as penas de

fornecimento de cestas básicas ou outras de prestações pecuniárias (art. 17). No art. 27 da lei mencionada, encontramos a previsão expressa de que a mulher deva estar acompanhada de um advogado em todos os atos processuais. (...). A nova lei aumentou a pena máxima de um para três anos, retirando assim dos Juizados Especiais a competência para julgar os crimes de violência doméstica, inovando ao determinar a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que, enquanto não existirem, deverão ser substituídos pelas varas criminais. Alterando o Código Penal, com agravamento da pena no art. 129 (lesão corporal), acrescida, ainda, de 1/3 nos casos de mulher portadora de deficiência [...] (FERNANDES & RESENDE, 2015, p. 47).

Romero (2011) analisa que a lei Maria da Penha não contempla apenas os casos de agressão física, mas também estão previstas as situações de violência psicológica, como afastamento dos amigos e familiares, ofensas, destruição de objetos, documentos, difamação e calúnia. Os principais pontos são: “a prisão do suspeito de agressão; a violência doméstica passar a ser um agravante para aumentar a pena; não é possível mais substituir a pena por doação de cesta básica ou multas; ordem de afastamento do agressor à vítima” (ROMERO, 2011, p. 05). Outro fator relevante é a assistência econômica, no caso da vítima ser dependente do agressor.

Daí o grande mérito da Lei Maria da Penha que veio assegurar maior proteção a uma parcela da população visivelmente mais frágil quando o assunto é a violência [...] ao repudiar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório concernente à violência contra a mulher, a Lei Maria da Penha constitui conquista histórica na afirmação dos direitos humanos das mulheres. Sua plena implementação surge como imperativo de justiça e respeito das vítimas desta grave violação que ameaça o destino e rouba a vida de tantas mulheres brasileiras. A Lei Maria da Penha, portanto, veio para tornar realidade tais medidas protetivas a favor da mulher, punindo penalmente os agressores. Porém o que resta saber é sobre a possibilidade de, juntamente com a ação penal,

ajuizar ação de responsabilidade civil diante a tais atos (CÉZAR, 2016, p. 05).

Considerando a citação acima, busca-se verificar se o agressor pode ser responsabilizado civilmente pelos danos causados à vítima, ou seja, se há a possibilidade do autor responder uma ação penal, juntamente com a ação de responsabilidade civil diante da violência praticada contra a mulher, indenizando a vítima.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL X MARIA DA PENHA

Para César (2016), percebe-se que um dos assuntos mais comentados no meio jurídico é a violência doméstica, em especial contra a mulher, analisando que mesmo após a criação da Lei Maria da Penha, milhares de brasileiras, muitas vezes sem mesmo saber o motivo das agressões, são vítimas dentro de suas próprias casas.

O autor acima destaca ainda que o fator mais intrigante é que, em plena revolução feminina, na qual nossas mulheres cada vez mais conquistam seu espaço, continuam a sofrer com vários tipos de agressões.

Muito já foi escrito a respeito da condição vivida pela mulher dentro do ambiente familiar. As discussões encontram fundamento na estrutura patriarcal da sociedade, que por muito tempo subordinou a mulher às imposições do marido ou companheiro, que muitas vezes a recebia com o propósito de firmar sua descendência e a ele se dedicar inteiramente. Aos poucos, porém, ao longo das transformações e avanços na história, a mulher foi conquistando direitos. Adquiriu o direito ao voto e a igualdade constitucional por intermédio da Carta Magna publicada em 1988. Adquiriu também proteção no âmbito trabalhista, por meio da Consolidação das Leis do Trabalho. Conquistou o direito a ocupar cargos públicos e vêm se destacando cada vez mais nas questões políticas, econômicas e sociais. No entanto, apesar dos avanços, a mulher ainda encontra dificuldades em firmar sua posição, especialmente porque a submissão que viveu ainda faz com que muitos homens a subjuguem, tornando-a vítima fácil de abusos e agressões (FERNANDES & RESENDE, 2015, p. 04).

Nesse contexto, analisa-se se o agressor também deve ser responsabilizado civilmente, pagando indenização à vítima por danos morais. Historicamente, o

marco inicial da responsabilidade civil data no ano de 286 antes de Cristo, sem caráter criminal, admitindo o direito que alguém se obrigue com outro sem ter havido qualquer manifestação de vontade negocial ou prévia relação jurídica, como afirma Machado (2017).

Segundo César (2016), na Grécia Antiga, por exemplo, era comum a responsabilização das coisas, das plantas e dos animais. Para isso, existiam tribunais que os julgavam quando esses fossem causadores de morte de seres humanos. Em decorrência de tais julgamentos, animais eram mutilados, plantas eram cortadas.

Lôbo (1999) aponta que antes da Idade Moderna, o proprietário do animal passava-se a ser réu, mas se admitia a punição do animal segundo as regras de talião, inclusive com mutilações. Com a expansão da industrialização e evolução do cristianismo, percebeu-se que a responsabilidade civil objetiva passou a ter outra conotação. Essa compõe as várias espécies oriundas de ato ilícito, ou seja, de exercícios de direitos tutelados pela ordem jurídica. Depreende-se, então, que o dever de indenizar, nesses casos, independe de contrariedade a direito ou existência de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ou caso fortuito, ou força maior (CÉSAR, 2016, p. 10).

De acordo com Leite & Heuseler (2014), a responsabilidade civil deriva de transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo, ao causador do dano, a conseqüente obrigação de indenizar a vítima, podem ser classificadas em com culpa, subjetiva e a objetiva.

A responsabilidade civil com culpa é entendida, sob o olhar do referido doutrinador, como requisito sem a qual não há ilícito nem se poderá imputar responsabilidade a alguém pelo dano. Já a responsabilidade civil transubjetiva provém da obrigação de reparar um direito atribuído a determinada pessoa, em virtude de danos provocados por outras pessoas, animais ou coisas. Assim, fica-se evidente que o próprio sujeito responderá não pelos seus atos, mas por fatos de outros ou de coisas. A doutrina modera entende que não se pode deixar o dano sem reparação. Por último, a responsabilidade civil objetiva, outrora arguida que situa-se

hipóteses variadas que vão desde a consideração residual de culpa, até a total desconsideração da culpa, ainda quando o causador do dano for a própria vítima (CÉSAR, 2016, p. 11).

Segundo Lôbo citado por Figueiredo (2017), com a redução do papel da culpa, a responsabilidade civil passou a assentar-se nos seguintes pressupostos fundamentais: o dano, a contrariedade do direito, a imputabilidade e o nexo de causalidade. Já o autor a seguir discorre que analisando a responsabilidade civil é preciso observar que,

Toda a teoria da responsabilidade civil do direito brasileiro se ergue sobre três pilares essenciais: o ato, o dano e o nexo de causalidade entre o ato e o dano. Assim como na matemática $1+1+1=3$, no direito $\text{ato+dano+nexo de causalidade}=\text{obrigação de indenizar}$, se na equação, a falta de algum dos fatores impede que o resultado seja o 3, na configuração da responsabilidade civil a falta de qualquer dos elementos impede que o resultado seja obrigação de indenizar (CARVALHO, 2015, p. 06).

Como aponta Lôbo citado por César (2016), os danos podem ser de natureza material, moral ou patrimonial que o direito tutela, ou seja, pode ser ao corpo humano, à posse, à propriedade, ao bem incorpóreo e/ou aos direitos de personalidade. É nessa vertente que o dano pode se constituir, a exemplo de uma mulher que é vítima de violência doméstica.

A violência doméstica faz com que a mulher sinta-se desvalorizada, desprotegida, humilhada, já que a agressão ocorre dentro do seu próprio "lar", local em que desempenha assiduamente seu trabalho doméstico e, em muitos dos casos, não tem a quem recorrer ou socorrer, ou ainda, depende do agressor financeiramente.

Violência Psicológica é a agressão, tão ou mais grave que a física. O comportamento típico se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, demonstrando prazer quando vê o outro se sentir amedrontado, inferiorizado, infeliz e diminuído, denominado a vis compulsiva.

A violência Moral, em linhas gerais, é entendida como qualquer conduta que consista em calúnia - art. 138 CPB (imputar à vítima a prática de determinado fato criminoso sabidamente falso); difamação - art. 139 do CPB (imputar à vítima a prática de determinado fato desonroso); injúria - art. 140 do CPB (atribuir à vítima qualidades negativas) normalmente se dá concomitante à violência psicológica.

Finalmente, para que se possa caracterizar completamente a violência doméstica, é necessário que sejam agregados alguns requisitos à sua denominação, quais sejam: âmbito doméstico, âmbito familiar e relações de afeto ((FERNANDES & RESENDE, 2015, p. 49-50).

Considerando a pesquisa de Andrade (2013), que retrata que são mais de onze homicídios femininos por dia, sendo que 73% ocorrem dentro das suas próprias residências, bem como, que 92% desses homicídios são cometidos por companheiros, cônjuges, namorados ou ex" e ainda os dados destacados por Franco (2019, p. 02) que apontam que de fevereiro de 2018 a fevereiro de 2019, "1,6 milhão de mulheres foram espancadas ou sofreram tentativa de estrangulamento no Brasil, sendo que 42% ocorreram no ambiente doméstico", bem como, que segundo a última autora, mais da metade das mulheres (52%) não denunciou o agressor ou procurou ajuda, após sofrer uma violência, defende-se que o agressor deve ser responsabilizado pelo ato e dano causado à vítima, tendo o dever de indenizar. Vejamos as jurisprudências abaixo.

Doc. LEGJUR 103.1674.7569.5000

TJRJ. Responsabilidade civil. Dano moral. Violência doméstica. Família. União estável. Concubinato. Ação indenizatória por danos morais onde a autora alega que vivia em união estável com o réu quando, em 14/10/2005, num ato de violência, veio a ser brutalmente agredida pelo companheiro. Verba fixada em R\$ 5.000,00. [CF/88, art. 5º, V e X.](#) [CCB/2002, art. 186.](#)

«Afirma que o réu lhe desferiu chutes e cabeçadas, causando-lhe sérios ferimentos. Compulsando atentamente

os autos percebe-se que o réu já se viu envolvido em outro processo na esfera dos Juizados Especiais Criminais, circunstância que inclusive impediu nova proposta de acordo pelo Ministério Público. A violência doméstica é hoje tratada com maior rigor pela legislação, principalmente após a promulgação da [Lei 11.340/2006](#), conhecida como Lei Maria da Penha. A verba indenizatória fixada pelo sentenciante monocrático foi corretamente dimensionada. Tal verba, por não ser demasiadamente módica, tem a finalidade de lembrar ao réu que ações impulsivas e impensadas podem lhe render consequências financeiras desagradáveis.

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL RECORRIDO : A L S DOS S ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL EMENTA RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça – sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º) – tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei n. 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600. 2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres

implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher. 3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, p 4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. 5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. 6. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da

autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. 9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. 10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. TESE EXTRAÍDA DO RESP: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

Como observou-se acima nos dois processos citados, nos casos de violência doméstica, o agressor é responsabilizado pelo ato e dano, sendo sentenciado a indenizar as vítimas.

Considera-se importante destacar a tese do TSJ, publicada na Revista do Consultor Jurídico, em 05 de março de 2018, sob o título “Prova de dano moral é dispensável em caso de violência doméstica”, que defende que nos casos de violência contra a mulher ocorridos em contexto doméstico e familiar, é possível fixar valor mínimo de indenização por dano moral, quando houver pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que sem especificação do valor. Essa indenização pode ser fixada pelo juízo criminal e não depende de instrução

probatória específica sobre a ocorrência do dano moral, pois se trata de dano presumido.

A tese foi estabelecida pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar recursos especiais repetitivos (Tema 983), que discutiam a possibilidade da reparação de natureza cível por meio de sentença condenatória nos casos de violência doméstica. A decisão, tomada de forma unânime, passa agora a orientar os tribunais de todo o país no julgamento de casos semelhantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as pesquisas, verificou-se que a violência doméstica contra a mulher é uma problemática que se arrasta há muitos séculos e que precisa ser erradicada em nossa sociedade, tendo em vista que a mesma evoluiu e, nesse processo evolutivo, o sexo feminino conquistou vários direitos perante a legislação.

É evidente a importância da pesquisa acadêmica no campo da responsabilidade civil, com vistas a destacar a necessidade de responsabilizar o agressor, seja na área penal como na civil, para que o mesmo entenda que a violência doméstica contra a mulher acarretará também prejuízos financeiros.

A lei nº 11.340/06 é uma conquista importante, mas o índice de violência contra a mulher continua elevado. Portanto, responsabilizar o agressor pelos danos causados à vítima através de indenização é um meio de favorecer a diminuição de casos de agressões, porque, infelizmente, muitos só aprendem "sofrendo no bolso". Em muitos casos, não tem medo da cadeia, já que a pena é branda, mas o desfalque no patrimônio financeiro pode surgir efeito satisfatório.

Como vimos, a solicitação da indenização precisa ser formalizada pelo Ministério Público ou pela vítima. Muitas mulheres não possuem o conhecimento, que podem ser indenizadas nos casos de violência doméstica e deixam de exigir a reparação do dano. Assim, é fundamental a produção de pesquisas nessa área de conhecimento do direito.

Por fim, entende-se que o agressor é o responsável pelo ato e dano, devendo realizar a reparação à vítima, mediante o pagamento de indenização. O valor da mesma é definido pelo Poder Judiciário, através da análise de cada caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código civil**. Brasília/DF: Senado Federal, 2002.

_____. **Código de defesa do consumidor**. Brasília/DF: Senado Federal, 1990.

_____. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 11.340 de 22 de setembro de 2006, Maria da Penha**. Brasília/DF: Senado, 2006.

_____. **Revista consultor jurídico**. Brasília/DF: STJ, 2018.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado. **Breve reflexão sobre os elementos essenciais da responsabilidade civil**. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br> Acesso em 03/04/19.

CÉZAR, Thiago da Rosa. **Responsabilidade civil frente à violência contra a mulher e os danos morais**. Disponível em <http://www.brasilecola.com> Acesso em 25/03/19.

DIAS, Sandra Pereira Aparecida. **Um breve histórico da violência contra a mulher**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/> Acesso em 25/03/19.

EGGERT, Edla. **Reconstruindo conceitos: da não-cidadania ditada por Rosseau e Kant para a aprendizagem da cidadã de hoje**. Disponível em <http://www.jus.com.br> Acesso em 22/03/2019.

FERNANDES, Almir Garcia & RESENDE, Aline Helen de. **Apontamentos sobre o dano moral nas relações conjugais sob a ótica da lei Maria da Penha**. Disponível em <http://www.rkl@rkladvocacia.com> Acesso em 05/04/19.

FIGUEIREDO, Heitor Cavalcante. **Responsabilidade civil subjetiva e objetiva**. Disponível em <http://www.artigosacademicos.com.br> Acesso em 02/04/19.

FRANCO, Luíza. **Violência contra a mulher: novos dados mostram que não há lugar seguro no Brasil**. Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/> Acesso em 25/05/2019.

LEITE, Gisele & HEUSELER, Denise. **Responsabilidade civil nas relações de direito de família.** Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br> Acesso em 29/03/19.

MACHADO, Rayanny. **Violência contra a mulher.** Disponível em <http://www.jus.com.br> Acesso em 02/04/2019.

NEVES, Marlene. **Avanços e retrocessos no combate da violência contra mulheres.** Disponível em <http://www.artigosacademicos.com.br> Acesso em 22/03/19.

OLIVEIRA, Aderlan Messias de. **O papel da responsabilidade civil frente à violência doméstica contra a mulher.** Disponível em <http://www.rkl@rkladvocacia.com> Acesso em 05/04/19.

OLIVEIRA, Amora Nogueira. **O dano moral decorrente de violência doméstica por lesão à dignidade da mulher.** Brasília/DF: UniCEUB, 2014. Disponível em <http://www.artigosacademicos.com.br> Acesso em 24/03/19.

PINAFI, Tânia. **Violência contra a mulher:** políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. Disponível em <http://www.jus.com.br> Acesso em 29/03/2019.

PULEO, Alícia. **Filosofia e gênero:** da memória do passado ao projeto de futuro. 1ª Ed. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004. Disponível em <http://www.artigosacademicos.com.br> Acesso em 22/03/19.

ROMERO, Luiz. **Quem inspirou a lei Maria da Penha?** Disponível em <http://www.jus.com.br> Acesso em 03/04/2019.

NOTA:

[1] Mestre em Psicologia (UFSC). Especialista em Saúde da Família(UFSC) e em Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes (USP). Atualmente é professora de Psicologia Forense e Psicologia Social no curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo, psicóloga responsável pelo Núcleo de Atenção Psicopedagógica que compõe o Núcleo de Apoio ao Discente desta instituição. Psicóloga. Email: deiaayres@yahoo.com.br

A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE MEDIANTE O AJUIZAMENTO DE DEMANDA JUDICIAL NA VARA CÍVEL DE GUARÁI-TO

MEIRILENE PEREIRA MACHADO SILVA:
Bacharelando em Direito da Faculdade Guarái - IESC.

EDISON FERNANDO POMPEMEYER²
(Orientador)

RESUMO: Considerando o aumento da judicialização na saúde pública, o presente estudo discute os fatores envolvidos nesse fenômeno. Assim, questiona-se: Quais motivos provocam a Judicialização da saúde pública em Guarái-TO? Objetivou-se, analisar as circunstâncias que levam as pessoas a procurar a intervenção do judiciário acerca do acesso ao direito à saúde no município. E ainda apresentar e interpretar as políticas públicas que garantam o direito ao acesso à saúde, levantar o número de processos judicializados na área da saúde na Vara Cível de Guarái-TO, identificar os requerentes da judicialização e evidenciar a atuação da Secretaria de Saúde Pública do Município de Guarái-TO. O presente estudo se deu através de pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso. Foi analisado o perfil dos demandantes e as características processuais, em demandas protocoladas no período de janeiro a dezembro de 2018. As informações foram levantadas na base de dados disponibilizados pelo site eletrônico do TJ/TO. Os resultados indicam que tais demandas são constituídas por pedidos respaldados em uma prescrição médica, e que demonstram urgência para a obtenção de um exame, de uma consulta, a aquisição de um medicamento, e a realização de cirurgias. Então, a judicialização pode se mostrar como a única saída para pacientes que não têm condições de arcar com o alto custo do procedimento necessário.

² Mestre, Direito, Instituto Educacional de Santa Catarina-Faculdade Guarái/IESC-FAG. E-mail: pompermayer.fernando@gmail.com.

Palavras-chave: Demandas. Direito à saúde. Judicialização. Poder Público. Políticas Públicas.

INTRODUÇÃO

A saúde é um dos bens jurídicos mais relevantes para o ser humano, pois sem ela a própria vida é ameaçada. Em observação a essa premissa, a Constituição da República Federativa do Brasil (CF), promulgada em 1988, pôs a saúde no rol de direitos sociais, e dispôs que os entes estatais, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, devem protegê-la e defendê-la.

A atuação do Estado em defesa da saúde deve ser integral. Isto, porque, a saúde se revela como um direito universal, e a própria constituição deixa expresso o caráter da universalidade ao determinar que todos, independentemente da classe social, econômica e de contribuição prévia, têm direito a atendimento na rede pública de saúde. Nesse viés, as políticas públicas devem executar ações que visem promover, prevenir, manter e recuperar a saúde. E tais políticas devem almejar resultados de curto e longo prazo. Como exemplo, a eficiência do Poder Público pode ser demonstrada quando realiza políticas econômicas e sociais, de longo prazo, fornecendo saneamento básico, com o objetivo de controlar epidemias.

Observa-se, então, que a responsabilidade do poder público, enquanto promotor de políticas públicas em saúde, é muito grande e complexa. Em muitas situações, o que está na lei não se aplica ao caso em concreto, e por vezes surgem eventos que a lei não previu. Assim, o aplicador da lei, reconhecendo o caráter relevante da problemática, juntamente com o lastro hermenêutico, incorporado pelo conhecimento das ciências da saúde, não deve se limitar ao texto normativo, para uma completa prestação de serviços de saúde ao cidadão.

Nesta seara, o Estado tem se mostrado falho e ineficiente. Há muitas pessoas em fila de espera por transplantes e outras cirurgias, há pessoas que não

conseguem remédios, há postos e hospitais sem médicos, e assim por diante. A falha do Poder Público é perceptível tanto em relação à promoção de políticas públicas, quanto em prestação de serviços. Quando isso ocorre, o usuário recorre ao poder judiciário para fazer com que o poder executivo atue. A esse fenômeno, dá-se o nome de judicialização. Assim, a presente pesquisa tem sua problemática pautada na seguinte questão: Quais fatores provocam a Judicialização na saúde pública no município de Guaraí-TO?

O objetivo geral do trabalho é analisar as circunstâncias que levam as pessoas a procurarem a intervenção do judiciário, para obterem acesso à saúde no município de Guaraí-TO. Pretende-se, dessa forma, alcançar os seguintes objetivos específicos: levantar o número de processos judicializados na área da saúde na comarca de Guaraí-TO; identificar o perfil das pessoas que vão ao Poder Judiciário em busca desta prestação jurisdicional; apresentar e interpretar as políticas públicas que garantam o direito do acesso à saúde, e evidenciar a atuação da Secretaria de Saúde Pública do município de Guaraí-TO.

O presente estudo se deu através de pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso, com finalidade exploratória. A exploração do assunto se evidencia com o conhecimento e diagnóstico do problema, bem como a descrição das formas em que ele se alastra, propondo ao final uma forma de combate ao aumento deste tipo de demanda judicial.

. A abordagem utilizada é qualitativa, ainda que se utiliza de dados quantitativos. Preocupa-se mais com a compreensão do que com os tais dados representam. A escolha por esse tipo de abordagem justifica-se por ser uma forma adequada para entender a natureza de um fenômeno social (RICHARDSON,1999).

Utilizou-se do método de investigação indutivo que fundamenta-se na observação de um objeto ou fenômeno específico para que se alcancem, partindo dele, conclusões gerais ou universais. Neste sentido, o caso escolhido para estudo é o do município de Guaraí, no estado do Tocantins. A partir do estudo desse caso,

é possível conhecer as características gerais desse fenômeno e aplicá-las nos demais casos. (RIBAS; OLIVO, 2016).

Primeiramente, foi realizada uma revisão bibliográfica, a partir de artigos científicos, dissertações e livros. Com essas informações, foi possível realizar uma abordagem inicial em que restou demonstrada a proteção constitucional dada à saúde, esclarecendo os ditames legais elencados pelo legislador, na busca pelo resguardo desse direito fundamental inerente à pessoa humana, nos âmbitos federal, estadual e municipal. No mesmo sentido, foram explanadas algumas considerações sobre as políticas públicas relacionadas à saúde.

As fontes documentais tratam de documentos e registros oficiais do Poder Público, como leis e relatórios oficiais. Assim, foi analisada a Lei Orgânica do Município de Guaraí-TO em seus aspectos voltados a implantação de políticas públicas em saúde. Também foram estudados, os dispositivos legais que tratam do assunto em âmbito estadual e federal.

Para identificar o perfil dos demandantes e conhecer as características das ações, foram estudadas as ações judiciais, do tipo em estudo, existentes nas varas cíveis do Fórum da Comarca de Guaraí-TO. Para tanto, foi realizada uma pesquisa na base de dados do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJ/TO), pelo sistema e-proc, tendo como objetivo a verificação do quantitativo de processos judiciais que pleiteiam direitos relativos à saúde. Os critérios de pesquisa delimitavam como período, o intervalo de janeiro a dezembro de 2018; e como requeridos, o município de Guaraí-TO, solidariamente, com o Estado do Tocantins. As características investigadas foram: se houve decisão judicial antecipatória da tutela (liminar), se houve pedido de gratuidade da justiça, sexo e idade dos requerentes, e por fim, o tipo de procedimento pleiteado por cada demandante.

Os dados alcançados permitiram responder aos questionamentos propostos, e chegar a um resultado. Os dados quantitativos alcançados pela pesquisa foram

anotados em Excel e estão representados nos resultados por meio de gráficos. E as informações qualitativas foram analisadas de forma sistemática.

A EVOLUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE NO BRASIL

Políticas públicas são ações fundamentadas em estudos de cunho político, econômico e social, destinados a estabelecer um parâmetro auxiliar para determinado projeto, que objetivam a promoção do bem comum. Ou seja, políticas públicas se definem como um conjunto de programas e ações executadas pelo Poder Público, com o fim de assegurar os direitos e garantias constitucionais dos cidadãos (Dias, 2015).

Assim, em relação à área da saúde, as políticas públicas são ações que o governo executa em prol das necessidades de saúde da população, protegendo o direito à vida, que é o bem jurídico maior, qualificado como direito inalienável assegurado na própria Constituição Federal.

Em se tratando de políticas públicas em saúde, as primeiras de ações governamentais surgiram com a chegada da família real no Brasil, em 27 de fevereiro de 1808. Nesse período, houve a necessidade da organização de uma estrutura sanitária para dar suporte à monarquia, que se instalava na cidade do Rio de Janeiro (CORDEIRO FILHO, 2012).

O autor também ressalta que a cobertura de atendimento era bastante restrita. As ações concentravam-se, basicamente, em atividades de limpeza, com o objetivo de controlar doenças que pudessem prejudicar o comércio exterior. Em outras palavras, os governantes estavam preocupados com a disseminação das doenças que, eventualmente, pudessem ser transmitidas através dos mercadores. A corte não queria que doenças de outros países chegassem ao Brasil.

A saúde nem sempre foi vista como um bem jurídico a ser tutelado, pois, durante muito tempo houve o entendimento de que ela estava relacionada à própria força vital da pessoa, e que não havia como protegê-la legalmente. No entanto, com o advento da Constituição de 1937, o direito à saúde passou a ser

considerado fundamental. Mas, as constituições que se sucederam não aprofundaram no tema e pouco dispuseram sobre as garantias deste direito. Ainda que as mudanças constitucionais provocassem drásticas transformações, o direito à saúde era pouco discutido pelo Poder Legislativo. Apesar de a saúde ser um dos maiores bens para a sociedade, os gestores não apresentavam muita preocupação em discutir essa temática (NOVELINO, 2018).

A assistência pública em saúde no Brasil consistia em serviços de hospitais privados, que atendiam os trabalhadores públicos e privados que contribuíssem, excluindo, assim, grande parte da população. Nesse período, as pessoas que não tinham condições de pagar por atendimento recorriam às Santas Casas de Misericórdia, que eram serviços de caridade mantidos pela da igreja católica (CORDEIRO FILHO, 2012).

O autor também ressalta, que com o passar dos anos, alguns avanços foram conquistados pela população quanto ao direito à saúde. Essas melhorias foram alcançadas pelas classes sociais e políticas que se uniram no intuito de controlar epidemias que preocupavam a população brasileira. Surgiu então, em 1941, a 1ª Conferência Nacional da Saúde, onde foi discutida a necessidade de se aumentar os números de leitos nos hospitais públicos e privados.

Acrescente-se que, a partir daquela década, o Estado passou a ter a obrigatoriedade de proporcionar saúde à população, em atenção a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovada em 1948, pela Organização das Nações Unidas (ONU), período em que foram abordados diversos direitos humanos, dentre eles a saúde, ainda que de maneira superficial (DALLARI, 2010 *apud* MAPELLI JUNIOR, 2017).

Em 1970, com o aumento exponencial de casos de varíola, malária, febre amarela, e posteriormente a peste, que afetou principalmente a população da cidade de São Paulo, Rio de Janeiro e Recife, e refletiu tanto para saúde coletiva,

quanto para outros setores como o do comércio exterior, se iniciou a chamada "reforma sanitária brasileira".

[...] a reforma sanitária brasileira, originou do movimento que ocorreu no ano de 1970, esse movimento corresponde com a criação do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES), no ano de 1976; e depois de, três anos, surgir então à criação da Associação Brasileira de Pós-graduação em Saúde Coletiva (PAIVA; TEIXEIRA, 2014, p. 21).

Ainda de acordo com os autores, no ano de 1985, com o final das eleições indiretas e com a realização de eleição direta no ano seguinte, ocorreu uma grande mobilização da sociedade pela reforma do sistema de saúde, tendo como marco a 8ª Conferência Nacional da Saúde, realizada em março do ano de 1986. Entre os principais temas discutidos estava o dever do Estado e o Direito do cidadão no tocante a saúde, a reformulação do sistema nacional da saúde, e o financiamento do setor. Assim, a reforma sanitária foi um marco histórico para a existência do Sistema Único de Saúde (SUS), entretanto, esse sistema somente se consolidou com a Constituição Federal de 1988, em que houve a transição de um estado autoritário para o Estado Democrático de Direito.

Logo, o modelo de bem-estar social foi se tornando estável ao longo do século XX, e atualmente o Brasil tem o Sistema Único de Saúde que é referência internacional.

A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 institui, no ordenamento jurídico brasileiro, o Estado Democrático de Direito, o qual se constitui, dentre outros, com os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Considerando tais fundamentos, entende-se a saúde como um direito fundamental do ser humano,

pois, sem esse direito não será possível que o cidadão tenha uma vida com dignidade. O caráter de direito fundamental que a saúde tem é expressamente estabelecido quando a CF o apresenta no seu artigo 6º, no rol de direitos sociais. Sendo um direito garantido pela Carta Magna, deve ser estritamente cumprido pelos órgãos responsáveis em promovê-la. (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

A Constituição apresenta a saúde, juntamente com a previdência e a assistência social, como elemento da seguridade social. Definindo esta, através do art. 194, CF, como o conjunto articulado de ações, de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, resguardando as pessoas contra os infortúnios nessas três áreas. Assim, a seguridade social como um todo, e nesta incluindo-se a saúde, é mecanismo de proteção social. (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

Os artigos 196 a 200, da CF, dispõem sobre as responsabilidades do Estado quanto à proteção à saúde, determinando que, por meio de políticas públicas de cunho econômico e social, sejam realizadas ações que objetivem a redução do risco de doenças, assim como a proteção e a recuperação. Para isto, o texto constitucional traz como um de seus princípios o da universalidade, para garantir que todos tenham direito ao atendimento na rede pública de saúde (BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Em que pese o texto constitucional ter assegurado o dever estatal em promover as ações em saúde, surgiu à necessidade da elaboração de uma lei que estabelecesse as diretrizes a serem tomadas e instituísse definitivamente as formas de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim foram sancionadas as Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que complementa a anterior, conhecidas como Leis Orgânicas da Saúde, as quais dispõem sobre as condições para a proteção e recuperação da saúde, proporcionando ações e serviços de saúde, prestadas por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais (MAPELLI JUNIOR, 2017).

Em obediência ao texto constitucional, a Lei 8.080/90 estabelece que a saúde é um direito básico indispensável, devendo o Estado prover o necessário à plenitude deste direito de maneira universal e ao alcance de todos os cidadãos (BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Assim, com a promulgação a Constituição de 1988, com a implantação do estado democrático de direito e a consagração do princípio da dignidade humana, e com a criação de novas leis, o sistema de saúde passou a ser reconhecido como um direito de todos os cidadãos e dever do estado em oferecer ações e serviços de assistência à saúde voltada a população.

A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO TOCANTINS

No campo da legislação estadual relativamente à saúde, verifica-se primordialmente que, em consonância com a Constituição Federal de 1988, a Constituição do Estado do Tocantins, estabelece entre seus princípios fundamentais, o dever do Estado em garantir à educação, a saúde e a assistência aos que dela necessitam, sem meios de provê-las. No texto constitucional do art. 146 da referida legislação, consta tópico específico disciplinando a saúde no âmbito estadual e, mais uma vez, convalidando o expresso no início da Constituição, dispondo que a saúde é direito de todos, e que é dever do estado garanti-la mediante a execução de políticas públicas. O mencionado artigo ainda transparece que o direito à saúde consiste na garantia de condições dignas de trabalho, acesso a informações sobre proteção de saúde entre outros. (TOCANTINS. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, 1989).

Atualmente, as políticas públicas de saúde no Tocantins são regidas pelo Plano Estadual de Saúde (PES), vigência 2016 a 2019. Sua definição, conforme o próprio documento é:

*Instrumento central de planejamento para definição e
implementação de todas as iniciativas no âmbito da saúde de cada*

esfera da gestão do SUS para o período de quatro anos, explicita os compromissos do governo para o setor saúde e reflete, a partir da análise situacional, as necessidades de saúde da população e as peculiaridades próprias de cada esfera (TOCANTINS. PLANO ESTADUAL DE SAÚDE 2016-2019, 2015).

Conhecendo a realidade dos serviços de saúde, o estado do Tocantins, através do PES, possui estrutura para tratar especificamente da judicialização na saúde. Segundo o documento, a Administração tem três núcleos de apoio que atuam exclusivamente nessa área, quais sejam: a) o Núcleo de Apoio Técnico (NAT), formado por enfermeiros e farmacêuticos, que dão apoio técnico ao Poder Judiciário, com o fim de auxiliá-los na análise dos casos demandados; b) O núcleo de apoio à Procuradoria Geral do Estado, que atuará no apoio a defesa do Estado, enquanto parte passiva nas ações; c) O Núcleo de Demandas Judiciais (NDJ), ligado à secretaria da saúde, formado por equipe multidisciplinar, que atua na orientação do cidadão que, por via administrativa, busca assistência quanto às políticas públicas de saúde (TOCANTINS. PLANO ESTADUAL DE SAÚDE 2016-2019, 2015).

A SAÚDE NA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL DE GUARÁI-TO

O artigo 29 da Constituição Federal dispõe que o Município reger-se-á por Lei Orgânica. Em obediência ao preceito constitucional, o município de Guarái-TO é regido pela Lei Orgânica, a qual foi revisada pela lei nº 001, de 31 de outubro de 2018.

Em consonância com o ordenamento legal, a atuação do município, na execução de políticas públicas em saúde, se dará em parceria com os governos estadual e federal, colaborando com a consecução do bem-estar social e da plena cidadania, possibilitando melhores condições de vida ao cidadão. Assim, a Lei

Orgânica do município traz que as políticas públicas serão acolhidas, planejadas e executadas, pelo poder público municipal, com o objetivo de proteção, promoção e recuperação da saúde da população.

Art. 178. A saúde é direito de todos os munícipes e dever do Poder Público como um todo, sendo garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (GUARAÍ. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO, 2018, p. 96).

Nesse contexto, as ações de políticas públicas voltadas para a saúde irão integrar os serviços inerentes à efetividade da saúde, garantindo assim a aplicabilidade do direito fundamental visando à redução de riscos de doenças, estabelecendo condições que assegurem acesso universal e igualitário.

A Saúde, seja no texto constitucional ou no texto da Lei Orgânica, é definida como um estado completo de bem-estar. Isso permite entender que a saúde abrange uma conjuntura social ampla, abrangendo a situação econômica, cultural e política, não se resumindo a ausência de doenças, sendo que o tratamento e a manutenção da saúde dependem, também, de um fator econômico. Logo, saúde é, sobretudo, uma questão de justiça social e de cidadania (SCLIAR, 2007).

Considera-se, portanto, que o papel do município é oferecer aos seus cidadãos, a garantia da saúde e a efetivação desse direito, o qual, conforme já mencionado, é fundamental a pessoa humana.

O HIPOSSUFICIENTE E A JUDICIALIZAÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE

O hipossuficiente é a pessoa que tem insuficiência de recursos. Para ele, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXIV, determina que o estado preste

assistência jurídica integral e gratuita. A gratuidade no processo judicial é tratada de forma específica pela Lei 1.060 de 1950, a qual estabelece a isenção do pagamento das despesas processuais para as pessoas que não tiverem condições de arcar com as custas sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Art. 12 A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do seu sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita (BRASIL. LEI Nº 1.060, 1950).

A Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), precisamente no seu artigo 98, estabelece que qualquer pessoa insuficiente de recurso gozará do benefício da justiça gratuita. Nesse sentido, os benefícios da justiça gratuita são concedidos a todos aqueles que demonstrem hipossuficiência, ou seja, é uma característica associada ao fato da submissão de sacrifício ao adiantamento de custas processuais.

Ainda conforme o autor, os benefícios concedidos ao hipossuficiente são mais amplos do que a compreensão meramente de honorários e custas processuais, sendo abrangidos também [...] taxas judiciais, os selos postais, as despesas com publicação na imprensa oficial [...] a indenização devida à testemunha. Comporta mencionar, que Daniel Amorim Assumpção Neves ainda complementa que a realização de exames que sejam essenciais para as demandas, inclusive os exames de DNA também serão abarcados pela gratuidade da justiça (NEVES, 2016)

Para ter acesso à gratuidade da justiça basta que o postulante a esse benefício afirme não estar em condições de pagar às despesas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou de sua família, não impedindo a

outorga do favor legal o fato de o interessado ter advogado constituído, tudo sob penalidade de violação da Lei nº 1060/50.

Ante o exposto, considera-se que a judicialização da saúde, para os hipossuficientes, atenderá ao dispositivo legal em relação a gratuidade da justiça. Sendo certo que, atendendo aos requisitos legais, o cidadão pode buscar a prestação jurisdicional para a assistência à saúde, ainda que não possa arcar com as despesas processuais.

CARACTERÍSTICAS DA JUDICIALIZAÇÃO NO MUNICÍPIO DE GUARÁI-TO

Atualmente, a rede municipal de Guarái-TO, conforme informado pela secretaria de saúde, possui apenas 08 Unidades Básicas de Saúde (UBS), que são unidades voltados ao atendimento primário em saúde. Os principais serviços nas UBS's são o agendamento de consultas com especialistas, como clínico geral, ginecologista, pediatra, nutricionista, enfermeiro e dentista, além dos serviços de vacinação, exames laboratoriais, entre outros. Ou seja, são atendimentos básicos, os casos mais graves, como partos, cirurgias, e internações são encaminhados para o Hospital Regional de Guarái-TO, que pertence a rede estadual, e os considerados de maior complexidade são encaminhados para outros municípios que disponham de melhores recursos.

Observa-se, portanto, que o município não possui uma estrutura completa para atendimento, e que por vezes, a população recorre ao judiciário para obter acesso aos serviços de saúde. Neste sentido, várias decisões judiciais vêm obrigando os entes públicos a disponibilizarem tratamentos, medicamentos, e outros serviços médicos procurados pelos cidadãos brasileiros.

A pesquisa de processos, quanto a demanda de judicialização da saúde na comarca de Guarái-TO, identificou que no ano de 2018, foram ajuizadas 57 (cinquenta e sete) ações, contra a Secretaria Municipal de Saúde de Guarái-TO, tendo o Estado do Tocantins como parte solidário nas ações.

Conforme analisado verificou-se que em todas as ações foi pedido antecipação da tutela judicial, e que em 97% dos casos foram concedidas. Na concessão da tutela antecipada, consta-se que o magistrado não fez nenhuma reivindicação para a concessão ou manutenção do pedido liminar, firmando sua convicção, somente por documentos apresentado pelo requerente.

Verificou-se, mesmo que timidamente, uma característica pessoal dos demandantes, que é o da insuficiência de recursos. Pois, em todos os casos houve a concessão do benefício, e o reconhecimento judicial da hipossuficiência, inclusive nos casos em que o patrono da ação é advogado particular.

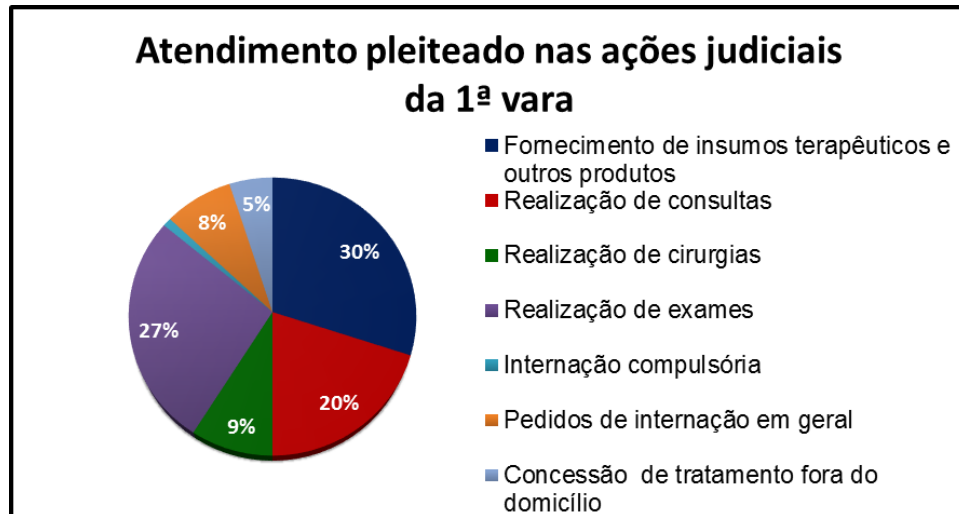
PERFIL DOS DEMANDANTES E SUAS NECESSIDADES

Conforme os dados analisados na 1ª Vara Cível, verificou-se que cerca de 52% dos demandantes são do sexo masculino com faixa etária de 18 a 82 anos de idade, 48% são do sexo feminino com idade variável entre 19 a 69 anos, quanto às demandas ajuizadas na 2ª Vara Cível da família, foi identificado que 54% das ações são do sexo masculino com idade de 0 a 28 anos, 46% são do sexo feminino com idade de 0 a 9 anos. Nota-se, que em ambas as varas a maior parte dos demandantes são do sexo masculino constituído 58% das demandas judiciais.

Baseando-se nos dados processuais analisados se procurou identificar, nas ações judiciais analisadas na pesquisa, qual o diagnóstico feito pelos médicos, chega-se a uma grande variedade de doenças, as demandas que cuidam de doenças crônicas predominam cujo tratamento se prolonga por tempo indeterminado, como transtornos psiquiátricos (epilepsia, esquizofrenia) hipertensão, problema cardíaco, aparecendo depois às cirurgias ortopédicas e cardíacas, entre outros.

Em relação ao teor das ações pesquisadas, as duas varas recebem demandas pleiteando exames, consultas, remédios e outros. Os dados relativos à 1ª vara cível estão no gráfico abaixo:

Gráfico 1 - Tipo de atendimento pleiteado nas ações ajuizadas na 1ª vara



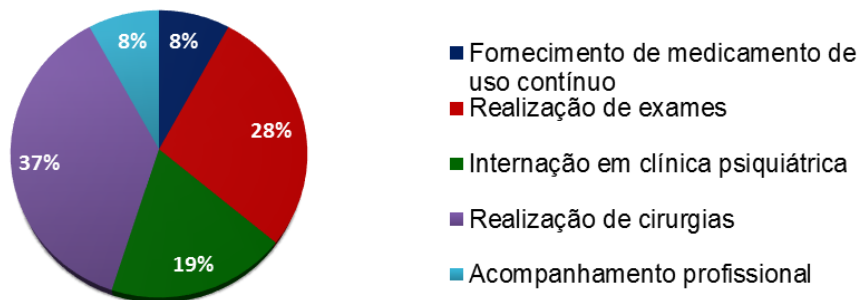
Fonte: 1ª Vara Cível de Guarái-TO.

Os dados analisados mostram que o fornecimento de insumos terapêuticos foi responsável pela maior parte das ações manejadas contra o município. Entre os pedidos estão solicitações de injeções, remédios de uso contínuo como Valsatna entre outros produtos de interesse da saúde do demandante. Outras ações destinaram-se à realização de exames como eletroneuromiograma, colonoscopia, atomegalovirus, tomografia computadorizada, nasofibrosopia, ressonância magnética, consultas de psiquiatria, ortopedia, neurologia, pré-operatório e oftalmologia. Cirurgias ocular, ortopédica, colonoscopia e otorrinolaringologia. Internações compulsórias e internações em geral, concessão de tratamento fora do domicílio.

A gráfico 2, a seguir, explicita os dados processuais ajuizados na 2ª Vara Cível, que determinou também o fornecimento de medicamentos entre outros tratamentos dos requerentes.

Gráfico 2: Tipo de atendimento pleiteado nas ações ajuizadas na 2ª vara

Atendimento pleiteado nas ações judiciais da 2ª vara



Fonte: 2ª Vara Cível de Guaraí-TO.

Ao se analisar as ações judiciais da 2ª vara Cível, verificou-se, também a variação nas solicitações dos pedidos, os quais, os mais recorrentes são as solicitações de cirurgias cardíacas, otorrinolaringologia e amigdalite. Em sequência vem à solicitação de exames, os quais são nasofibroscopias e eletroneuromiogramas. Internações em clínicas psiquiátricas. Solicitação de medicamentos de uso contínuo como sonda respiratória entre outros medicamentos, e acompanhamento com profissional.

Os resultados indicam que as ações judiciais que demandam serviços na área da saúde são constituídas por pedidos respaldados em uma prescrição médica, e que demonstram urgência para a obtenção de um exame, de uma consulta, na aquisição de medicamento e na realização de cirurgias. Os procedimentos e medicamentos citados são de alto custo e, nem sempre são fornecidos pelo poder público em tempo hábil. Então, a judicialização pode se mostrar como a única saída para os pacientes que não têm condições de arcar com o alto custo do tratamento ou medicamento necessário.

ATUAÇÃO DA SECRETARIA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE GUARÁI-TO

A Secretaria Municipal de Saúde (SMS) de Guaraí gerencia um sistema de saúde para uma população de 23.200 habitantes, com renda familiar média de 2 salários mínimos por mês (IBGE, 2010).

Cabe ao município, desenvolver políticas públicas que atendam integralmente as necessidades da população, devendo determinar ações voltadas ao bem-estar social, fornecendo atendimento de qualidade. Para proporcionar os serviços e garantir o cuidado integral a população, é utilizado o Sistema Único de Saúde (SUS) em todos os ciclos de vida, desde o nascimento até a terceira idade.

A Secretaria Municipal de Saúde desenvolve seu trabalho em torno de quatro eixos, os quais são: a ampliação do acesso à assistência para todas as pessoas, de acordo com a necessidade de cada um; a articulação entre os diferentes componentes da rede assistencial (atenção primária, especialidades ambulatoriais, urgência e hospitalar); o estabelecimento de regras no atendimento em saúde para proporcionar assistência integral, continuada e organizada, ações de promoção, prevenção e vigilância à saúde da população; o Núcleo de Apoio à Saúde da Família (NASF) criado pelo Ministério da Saúde, no ano de 2008, com o objetivo de apoiar a consolidação da atenção básica no Brasil, dando suporte à estratégia de saúde da família, ampliando a oferta de saúde na rede de serviços públicos, e aumentando a resolutividade na abrangência das ações.

Segundo a secretaria do município, o Núcleo de Apoio à saúde da Família é uma equipe multiprofissional, que atua integrada às equipes de saúde da família, e às equipes de atenção primária para população específica, como consultório na rua, atendimento dos ribeirinhos e fluviais. O objetivo é oferecer assistência psicológica, educação física, fonoaudióloga, fisioterapia, ginecologia, nutricionista e pediatria a população.

Ademais, o núcleo da saúde da família permite que profissionais de diferentes áreas dialoguem e discutam o caso individualmente, tanto na unidade básica de saúde como nas visitas domiciliares, dessa forma os profissionais podem planejar melhor o atendimento e ofertar um maior número de serviços, o que garantirá a resolutividade da integração da saúde direcionada para grupos populacionais como idosos, gestantes e hipertensos, seguindo o critério de prioridade para atendimento.

O município também desenvolve programas como a campanha de vacinação, visita para gestantes no Hospital Regional de Guaraí, grupos de gestantes na unidade básica de saúde, grupos de Hiperdia nas unidades básicas de saúde, campanha de HIV, hepatite B, C e sífilis, saúde do homem, grupo de hanseníase, outubro rosa e novembro azul.

De acordo com a secretaria de saúde, o município também possui Farmácia Básica para o fornecimento de medicamento com diversos produtos, além de procedimentos ambulatoriais e hospitalares.

Apesar da atuação municipal e dos esforços para atendimento integral e universal da população, são perceptíveis os vazios sanitários deixados pelo sistema público de saúde e a pouca estrutura na administração, levando a população a judicialização.

DESAFIOS DO MUNICÍPIO DE GUARAÍ-TO QUANTO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ACESSO A SAÚDE

O Estado Democrático de Direito tem como base a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente no que afeta o princípio da dignidade da pessoa humana. É nesse encadeamento que os poderes públicos estão vinculados à função de motivar a efetivação dos direitos sociais ao cidadão. Reconhecer a dignidade da pessoa humana significa reconhecer que a pessoa tem valor central no sistema do direito por ser fonte de múltiplas potencialidades, por esse motivo, merece o

tratamento digno. Nessa premissa o direito à dignidade humana independe da aquisição de personalidade jurídica (Ferrari 2011).

Cumprido destacar, que o poder judiciário deve atuar de maneira efetiva, visando à efetivação do direito fundamental a saúde, através da prestação jurisdicional, assegurando a todos os indivíduos o bem-estar jurídico constitucionalmente tutelado, não cabendo aos réus negarem ou se omitirem perante os pedidos de assistência à saúde da parte requerente.

Quanto os desafios do município a Secretaria de Saúde informou que um dos maiores desafios do município em garantir o direito ao cidadão, está no agendamento de alguns exames. Segundo a secretaria, o município utiliza o Sistema Nacional de Regulação (SISREG) para o agendamento de exames de pacientes do SUS. O município não dispõe de estrutura para realização de todos os tipos de exames, especialmente os mais complexos, por isso, é recorrente a necessidade de atendimento em outros municípios. Nesses casos, é feito o agendamento, através do SISREG, e devido à grande demanda, o paciente entra em fila de espera e a realização do exame pode ocorrer somente meses ou anos depois.

Essa deficiência com os serviços de realização de exames desencadeia outra problemática, a busca por atendimento na rede privada. Quando o paciente tem urgência para realização do procedimento, é comum o uso de recursos próprios para a realização de exames em instituições privadas. Contudo, o atendimento integral é composto por consultas médicas, traslado de paciente, e eventuais cirurgias. E tais procedimentos são mais caros que a realização de exames, e neste ponto reside o problema, pois o município não poderá arcar com as despesas dos atendimentos complementares, visto que a Política Nacional de Atenção Básica (PNAB) dispõe que seus serviços só poderão ser prestados a usuários que iniciaram seu tratamento no SUS.

No entanto a administração pública não pode se mostrar indiferente aos problemas da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão,

em grave comportamento inconstitucional. Ou seja, o atendimento em saúde deve ser assegurado pelo estado.

Os Tribunais têm entendimento pacífico de que a manutenção do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária de todos os entes federativos. O dever estatal de prestação de serviço de saúde decorre de responsabilidade solidária de todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), não podendo, eventual separação por complexidade de tratamento, numa suposta relação interna entre tais entes, ser oposta à pretensão da pessoa enferma que busca a satisfação de um direito fundamental.

Assim sendo, vale ressaltar que o direito à saúde nasce no princípio da dignidade da pessoa humana e, se desenvolve com sua incorporação nas leis, políticas públicas, reforçando, assim, a necessidade de a administração elaborar planos voltados para a persecução do bem-estar social da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das circunstâncias que levam as pessoas a promoverem a judicialização da saúde em Guaraí-TO, passa pela compreensão dos diversos problemas enfrentados nos serviços públicos em saúde. Os resultados da pesquisa demonstraram que o município possui muitos desafios a enfrentar, tendo como principal, a falta de estrutura para prestar todos os serviços, o que provoca a existência de longas filas de espera. Assim, podem ser apontadas como circunstâncias envolvidas no fenômeno da judicialização da saúde a falta de atendimento na rede pública, a demora na realização dos procedimentos e a pouca estrutura do município para prestar os serviços.

O estudo revela que as políticas públicas na área de saúde são fartas de dispositivos legais que determinam o acesso da população a esse direito. Observa-se um arcabouço completo de medidas, planos, leis e diretrizes que declaram a universalidade do acesso à saúde, assim como a solidariedade entre os entes

federativos, e a fundamentação dentro da CF, a lei maior. Contudo, a ineficiência do estado em executar tais políticas ainda é presente.

Quanto ao número de processos judicializados na área da saúde na comarca de Guaraí-TO, a pesquisa traz um quantitativo expressivo se considerado o curto período da pesquisa. O que indica que o fenômeno não se trata de casos isolados, mas de um problema generalizado na área de políticas públicas em saúde.

Em se tratando da identificação do perfil das pessoas que vão ao Poder Judiciário em busca desta prestação jurisdicional, a pesquisa revela, por meio da identificação dos hipossuficientes, que este tipo de demanda é proposta por pessoas, que não tem como arcar com as custas dos tratamentos e medicamentos pleiteados judicialmente.

Ante o exposto, compreende-se que os objetivos do estudo foram satisfeitos e a principal conclusão a que se chegou é que o fator predominante que provoca a Judicialização na saúde pública de Guaraí-TO é a falha do Estado em executar as políticas públicas e em prestar serviços básicos à população. Especificamente, no tocante à falta de atendimento, demora na realização de procedimentos, falta de fornecimento de medicamentos e omissão nos serviços públicos.

Pode-se apontar, como uma possível solução para redução da judicialização da saúde, a busca por uma solução consensual entre o paciente e o ente público, ou mesmo, uma solução via administrativa. Isso poderá se dar por meio do fortalecimento na parceria entre o município e judiciário, podendo, este último, cobrar do requerente, documentação que identifique os obstáculos e as dificuldades reais encontrada pelo paciente. Assim como, pode questionar o ente público quanto à possibilidade de disponibilização do tratamento ou medicamento por meio de seus órgãos regionais, bem como em cooperação com as secretarias municipais e estaduais de saúde.

No caso em análise, espera-se que a administração pública garanta à população o direito a saúde pública, resolva o conflito, garantindo-se

materialmente resguardo do direito à saúde dos cidadãos, com o fornecimento do medicamento necessário, seguro e eficaz para seu tratamento de saúde, para que assim, a população possa ter um envelhecimento mais saudável e em condições de dignidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília-DF: Grafica do Senado 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>.

Acesso em: 11/03/2019.

_____. **Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Rio de Janeiro - RJ: 1950.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em: 10/03/2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília – DF: Gráfica do Senado, 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

Acesso em: 16/04/2019.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília – DF: Gráfica do

Senado, 1990. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 11/03/2019.

CORDEIRO FILHO, Antônio. **O público e o privado na saúde: o processo de mudança da prestação de serviços de saúde no Brasil num contexto histórico e comparativo; propostas e reflexões para o futuro.** São Paulo – SP: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012. Tese de Doutorado em serviços social.

Disponível em:

<[file:///C:/Users/luiz.pm/Downloads/Antonio%20Cordeiro%20Filho%20saude%20\(1\)%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/luiz.pm/Downloads/Antonio%20Cordeiro%20Filho%20saude%20(1)%20(1).pdf)>. Disponível em: 23/02/2019.

DIAS, Helena. **Políticas públicas de saúde no Brasil.** 2015. Disponível em:

<<https://helenadmab.jusbrasil.com.br/artigos/190097706/politicas-publicas-de-saude-no-brasil>>. Acesso em: 23/03/2019.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2011. P. 570.

GUARÁÍ. **Lei Orgânica do Município.** Dispõe sobre a Revisão Geral da Lei Orgânica do Município de Guarái – TO, promulgada em 06/11/2006, dando-lhe nova redação em todo o seu texto, e dá outras providências. Revisada, Atualizada e Ampliada. 2ª Edição. Guarái: 2018. Disponível em:

<<http://guarai.to.leg.br/leis/lei-organica-municipal/lei-organica-do-municipio-de-guarai-to/view>>. Acesso em: 08/03/2019.

IBGE. **CENSO DEMOGRÁFICO 2010**. Características gerais da população, religião.

Tocantins/ Guaraí: IBGE, 2010. Acompanha 1 CD-ROM. Disponível em:

<[file:///C:/Users/luiz.pm/Downloads/IBGE%20 %20Brasil%20em%20S%C3%ADntese%20 %20Tocantins%20 %20Guara%C3%AD%20 %20Panorama.pdf](file:///C:/Users/luiz.pm/Downloads/IBGE%20%20Brasil%20em%20S%C3%ADntese%20%20Tocantins%20%20Guara%C3%AD%20%20Panorama.pdf)>. Acesso em: 13/03/2019.

MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora Atheneu, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Ed: JusPodivm, 2016. P. 444.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. Revista atualizada e ampliada, editora Jus Podivm, 2018. p. 56.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antônio. **Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores**. História, ciências, saúde – Manguinhos. Rio de Janeiro, v.21, n.1, jan.-mar. 2014. Disponível em: < [file:///C:/Users/luiz.pm/Downloads/livro%20nabucc%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/luiz.pm/Downloads/livro%20nabucc%20(2).pdf)>. Acesso em: 28 de março de 2019.

RIBAS, Ruy Tadeu Mambrini; OLIVO, Luís Carlos Cancellier De. Adoção de Métodos Científicos como Componente Metodológica e sua explicação nas Dissertações Publicizadas entre 2010 e 2014 de um Programa de Pós-Graduação em

Administração. In: **Revista de Ciências da Administração**, v. 18, n. 44, 2016.

Disponível em: <<https://www.redalyc.org/html/2735/273545375007/>>. Acesso em: 21/02/2019.

RICHARDSON, R. J. et al. **Pesquisa Social: métodos e técnicas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. P.71.

CLIAR, M. **História do conceito de saúde**. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, 2007.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em 18/02/2019.

TOCANTINS. **Aprovação do PES-TO 2016-2019**. Resolução n. 433, de 10 de dezembro de 2015. DOE nº 4.544. Conselho Estadual De Saúde. Palmas: 2015.

_____. **Constituição Estadual de 1989**. 8ª Edição Atualizada e Revisada,

Assembleia Legislativa Mesa Diretora, Palmas: 1989. Disponível em:

<<https://central3.to.gov.br/arquivo/61508/>>. Acesso em: 08/03/2019.

_____. **Plano Estadual de Saúde 2016-2019**. Secretaria de Estado da Saúde,

Superintendência de Planejamento do SUS. – Palmas: 2015. Disponível em:

<<https://central3.to.gov.br/arquivo/330945/>>. Acesso em: 08/03/2019

RESPONSABILIDADE CIVIL: DANO ESTÉTICO

LEONARDO HENRIQUE DURAN BARBOZA:

Bacharelado do Curso de Direito da
Universidade Brasil.

THALITA TOFFOLI PAEZ

(Orientadora)

RESUMO: O dano estético engloba toda alteração morfológica do indivíduo que abrange as deformidades, deformações, marcas ou defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeição da vítima. O dano figura como elemento essencial da responsabilidade civil contratual ou extracontratual, uma vez que, se não há um dano a se reparar, não há que se falar responsabilidade civil. Trata-se de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Propõe-se como objetivo conhecer a importância da responsabilidade civil frente a um dano estético. No intuito de alcançar este objetivo específico consistem em apresentar breve relato histórico sobre a responsabilidade civil e dano estético, investigar os danos estéticos causados por médico e analisar a responsabilidade civil do médico no tratamento estético. Conclui-se que o padrão de beleza estética esta ganhando cada vez mais peso e relevância nos ambientes sociais. Quando o procedimento realizado gerar dano estético ao paciente nasce a responsabilidade civil do médico por dano estético.

ABSTRACT: The aesthetic damage encompasses any morphological alteration of the individual that encompasses deformities, deformations, marks or defects, albeit minimal, and which imply in any aspect an appreciation of the victim. The damage is an essential element of contractual or extra contractual civil liability, once that if there is no damage to repair, there is no need to speak of civil liability. It is a bibliographical, documentary and jurisprudential research. The objective is to know

the importance of civil liability in the face of aesthetic damage. In order to achieve this specific objectives, it consists of presenting a brief historical account of civil liability and aesthetic damage, investigating the aesthetic damages caused by a physician, and analyzing civil liability of the doctor in the aesthetic treatment. It is concluded that the aesthetic beauty standard is gaining more and more weight and relevance in the social environments. When the procedure performed generate aesthetic damage to the patient the civil liability of the doctor is born for aesthetic damage.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breve relato histórico-Responsabilidade Civil. 3 Dano estético. 4 Danos estéticos causados por médicos. 5 Responsabilidade civil do médico no tratamento estético. CONCLUSÃO.

1 Introdução

O século XXI ficou marcado pelo culto ao corpo ideal, transformando-se mais que uma questão física e sim um estilo de vida das pessoas. Justifica-se esse movimento da grande procura pelos brasileiros ao consumo da área estética para obter tais resultados. Além disso há ainda acréscimo de cirurgia plástica, como outra alternativa de resultados, que traz consigo alguns dados expressivos de mortes ou erros médicos (BIOMEDICINA, 2019).

O Brasil é o segundo país que mais realiza plásticas no mundo perde só para os Estados Unidos. A lipoaspiração é a mais popular. Médicos brasileiros fazem 200 mil cirurgias desse tipo a cada ano. Considerando o total de operações, os incidentes com morte são poucos. Na média, oito a cada ano. Mesmo assim, novos casos têm espantado os brasileiros todos os meses (R7, 2013).

A Pesquisa do dano estético e moral de fato um tema que vem enriquecendo a doutrina e a jurisprudências dos países em que é imposta a dignidade da pessoa humana. No Brasil este tema vem se fortalecendo cada vez mais a Constituição Cidadã, de 1988, que preza pelos direitos e garantias dos individuais da pessoa em especial os danos físicos causados a sua imagem (MARQUES, 2017).

A avaliação do prejuízo estético é influenciada por fatores inerentes ao queixoso: idade, sexo, repercussão sócio profissional e estado civil, bem como por aqueles relativos às possibilidades de reparação: correções cirúrgicas e próteses, dentre outras (FERNANDES et -al, 2016).

O dano estético é um dano extrapatrimonial, no âmbito de responsabilidade civil e surgiu após os danos materiais e morais, que são previstos no inciso V do artigo 5º da Constituição Federal. (ESPINOZA, 2015)

A responsabilidade Civil caracteriza-se pela obrigação que uma pessoa tem de reparar os danos causado a outrem em decorrência de um fato o qual deu causa. Baseando-se neste conceito, temos que a responsabilidade civil médica que resulta em danos estético, trazendo a obrigação do profissional ou da clínica responsável de reparar os danos causados a estética da pessoa. (MARQUES, 2017)

A constante imposição da mídia e da sociedade acerca de beleza vem aumentando o número de pessoas a se submeterem a procedimentos estéticos, visando suprir insatisfações pessoais e/ou adequar-se aos padrões estabelecidos pela maioria (RUARO, 2014).

A Humanidade busca cada vez mais um padrão aperfeiçoado a sua imagem para estarem dentro da exigência que a sociedade impõe, onde não são admirados

peles com cicatrizes, rugas, manchas, seios e glúteos avantajados e outros padrões. Mas está busca pela perfeição em certos casos ocasionam sequelas graves e o objetivo deste artigo é demonstrar o que deve fazer perante estas situações (MARQUES, 2017).

Em função disso, apresentam-se cada vez mais frequentes as discussões acerca da responsabilidade civil do médico por dano estético. Isso por que a relação entre médico e paciente nada mais é do que uma relação de consumo, devendo-se analisar qual será obrigação do médico com o paciente e, também, verificar se o dano foi decorrente de conduta do profissional, uma vez que há situação onde é proveniente de situações alheias á vontade desses (RUARO, 2014).

2 Problema

Diante deste contexto a problemática que se levanta é A população tem conhecimento das responsabilidades médicas referida a um dano estético?

3 Justificativa

O tema tratado neste estudo justifica-se pelo grande aumento no número de cirurgias plásticas que estão cada vez mais acessíveis a população, conseqüentemente os erros médicos tem se tornado cada vez mais comuns e evidentes na mídia. A abordagem do tema é de extrema relevância para a sociedade que cada vez mais procuram a medicina estética e não tem conhecimento á responsabilidade do profissional em relação aos possíveis danos que poderão sofrer, seja ele moral, estético ou até mesmo psicológico e acrescentar meu conhecimento a respeito do referido tema.

Metodologia

Segundo a Associação Brasileira de Normas Técnicas, “artigo científico é parte de uma publicação com autoria declarada, que apresenta e discute ideias, métodos, técnicas, processos e resultados nas diversas áreas do conhecimento”) (JURADO,2014).

O presente estudo é uma pesquisa exploradora, descritiva acerca do conhecimento produzido sobre responsabilidade civil: dano estético, utilizando-se do recurso metodológico da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscando em artigos, teses, livros, capaz de analisar todas as informações. Este método de pesquisa consiste em uma síntese do conhecimento já produzido em pesquisas científicas, que facilita a utilização do conhecimento produzido, ao ser aplicado na prática e fornece subsídios para melhorias (MENDES et al,2008).

4 Breve relato histórico

4.1 Responsabilidade civil

A responsabilidade civil surgiu em face de uma violação à regra estabelecida, ao desrespeito de um preceito normativo ou o descumprimento de uma obrigação (PENAFIEL ,2013).

Em nosso país a responsabilidade civil passou por várias evoluções de desenvolvimento, especialmente pela modificação da legislação existente. O título de ponto chave, o Código Criminal de 1830, que se iniciava na justiça e equidade, demonstrava a reparação natural ou a indenização ao prejudicado, quando fosse viável (GONÇALVES, 2009, p. 09).

A 1º de janeiro de 1917 entrou em vigor a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, o Código Civil de 1916, trazendo, em seu artigo 15, a aceitação, no campo da responsabilidade civil do Estado, da teoria da culpa, in verbis: “As pessoas jurídicas

do direito público são civilmente responsáveis por ações dos seus representantes que na qualidade pratiquem danos a terceiros, Praticando de modo contrário ao direito ou contrariando o dever descrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores de danos”.

No primeiro estágio da evolução histórica de responsabilidade civil, comum a todos os povos, não se levava em consideração a culpa do Médico causador do dano, bastando, tão somente, a ação ou omissão deste e o prejuízo sofrido pela vítima para que aquele seria responsabilizado. Naquela época os costumes regiam as regras de convivência social, levando os prejudicados a se defender de forma direta e violenta contra o causador do dano. Essa ação lesiva do ofendido era praticada mediante a vingança coletiva, caracterizada pela “reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes” (DINIZ, 2009, p. 11).

A evolução histórica da responsabilidade civil é destaque pela noção de irreparabilidade por um danos causado a alguém. Esta ideia parte inicialmente do conflito entre responsabilidade civil e criminal, com a vingança privada, até o conceito atual, subjetivo, de reparação iniciada na culpa, juntamente com a tendência contemporânea à objetivação do instituto na teoria do risco (PENAFIEL, 2013).

O atual Código Civil mostra a urgência de reparação de dano causado por ato ilícito (artigos. 186 e 187), mostrando a obrigação de reparar o prejuízo, independentemente de culpa, nos casos detalhados pela lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A responsabilidade civil é matéria viva e dinâmica que constantemente tem uma evolução de modo que, a cada momento, criam novas teses jurídicas a fim de atender às demandas sociais emergentes, tendo maior desenvolvimento nos últimos 100 anos (SANTOS, 2012).

A responsabilidade civil teve uma evolução pluridimensional, tendo em vista que sua expansão se deu quando a sua história, a seus fundamentos, a sua área de incidência e a sua profundidade (SANTOS, 2012).

4.2 Dano estético

Segundo Espinoza (2015) o dano estético, antigamente, era absorvido na indenização do dano moral, sendo atrelado a ele, sem suas próprias características definidoras. Porém, com o passar do tempo e os casos concretos a que este clamava por uma particularização, foi considerado um dos danos à personalidade. Contudo, apesar de terem características conflitantes e idênticas, existem decisões que ainda unem a indenização pecuniária, de forma que o dano o moral, absorve o estético.

O dano estético engloba toda alteração morfológica do indivíduo que abrange as deformidades, deformações, marcas ou defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeia mento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de constrangimento ou de depreciação, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa (SILVA, 2010).

De acordo com Fernandes (2016) a resposta emocional que se segue ao visualizar o dano e a lembrança ou recordação que provoca por sua contemplação especialmente no que tange a mudanças impostas em suas situações de vida e emoções proporcionadas, podendo ter repercussões nos contextos físicos,

econômicos, familiares, sociais e culturais, além das restrições pessoais que a pessoa venha a sofrer, distanciando-se do convívio social dado o seu aspecto.

O direito evolui com o tempo e com os casos concretos que surgiram ao longo dele, tendo a nossa Carta Magna, em sua publicação de 1988 previa apenas três danos no artigo 5º, inciso V, tendo eles os danos materiais, morais e a imagem. Desde então as decisões vêm mudando ao longo deste tempo e os danos se caracterizando de forma personalíssima, o que acontece em todos os seguimentos do nosso ordenamento jurídico, e se aperfeiçoando com o intuito de atender as demandas de forma justa e pessoal (ESPINOZA, 2015).

5 Danos estéticos causados por médicos

O médico, assim como os outros profissionais são sujeitos a erro. O problema é que o médico, por lidar diretamente com a vida do paciente, acaba por assumir demasiada responsabilidade, e um erro no exercício da sua profissão, pode muitas vezes ser devastador (GOMES, 2018).

Se o erro é inerente a qualquer atividade, é de suma importância que seja verificado se o erro cometido era de certa forma previsível, porque se não o fosse, estaríamos depositando no médico-cirurgião responsabilidade desumana (GOMES, 2018).

Faz-se uma divisão quanto ao tipo de erro, podendo ser escusável ou inescusável. O erro escusável, chamado de erro profissional, seria o erro imprevisível. É originado por fatores que fugiam ao controle do médico quando da realização da cirurgia (BORGES, 2014, p.276).

Por outro lado, caracterizando a culpa, temos o erro chamado inescusável ou grosseiro. É no erro inescusável que é possível a verificação propriamente dita do erro médico (BORGES,2014, p.275).

Para os médicos é importante ressaltar que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca das cirurgias plásticas com fins estéticos é que se trata de uma obrigação de resultado assumida pelo médico. Ou seja, diferente das cirurgias plásticas reparadoras (ou demais procedimentos médicos), que constituem uma obrigação de meio, nas cirurgias estéticas não basta que o profissional realize o procedimento com a técnica adequada, é preciso que o resultado almejado pelo paciente seja efetivamente alcançado (HELENA, 2019).

6 Responsabilidade civil do médico no tratamento estético

O dano figura como elemento essencial da responsabilidade civil contratual ou extracontratual, uma vez que, se não há um dano a se reparar, não há que se falar em responsabilidade civil (VENOSA, 2014, p.41).

O Código Civil assim dispõe: "Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. " Trata-se aqui de uma forma indireta de reparação.

No Direito Civil, o laudo médico deve ser completo para se fazer compreender a situação real do indivíduo, mediante análise de todos os parâmetros de dano, o que permitirá estabelecer e assegurar o montante indenizatório (MAGALHÃES, 2008).

Avaliar a extensão do dano estético é matéria de grande dificuldade para um julgador, assim como quantificar qualquer dano extrapatrimonial, não havendo

disciplina de sua liquidação nem tampouco parâmetros básicos para evitar decisões díspares (GONÇALVES, 2015).

Ocorre que, ante a impossibilidade de retorno ao estado anterior da pessoa, a jurisprudência não tem outra alternativa a não ser a fixação de uma indenização pelos danos causados (ALMEIDA, 2014).

A valoração do dano estético é uma das tarefas mais complexas na avaliação pericial do dano corporal, pois decorre da confluência das perspectivas técnicas médico-legais e jurídicas na emissão do relatório. São imprescindíveis a apreciação e a análise qualificada de vários parâmetros específicos, com descrição detalhada para aclarar o juízo (LEAL, 2017).

Segundo Farias (2015, p.1153), os médicos, pelos serviços que prestam, desempenham uma obrigação de meio. Nessas obrigações, não se assume o dever de se chegar a determinado resultado (a cura, por exemplo), mas apenas o dever de se portar com diligência e atenção, a luz dos atuais de sua ciência, de cujo conteúdo se espera que tenha notícias atualizadas. A jurisprudência brasileira parece firme no sentido de considerar a obrigação do médico como obrigação de meio.

Nesta obrigação onde o médico apenas assumi a responsabilidade de oferecer uma melhora significativa na correção da deformidade do paciente, porém como citado a legislação encontra-se firme em realizar essa avaliação ,investigando se ocorreu dano ao paciente ou não.

Não há, no Brasil, normatização relativa a critérios para a reparação do dano a ser seguida e ditada por Sociedades Médicas, Instituições e nem há Legislação Específica, com detalhado critério analítico relativo à repercussão do dano (LEAL, 2017).

CONCLUSÃO

A busca por beleza a qualquer custo vem fazendo vítimas fatais em diversos países, vemos nos noticiários inúmeras pessoas em busca da beleza perfeita e infelizmente muitas vezes o resultado não é o esperado, pagam um preço muito alto, e um caminho sem volta.

Médicos são alimentados por um público gigantesco dessas pessoas, que muitas vezes acreditam em milagres para readquirir ou ganhar a forma desejada e se submetem a técnicas e manobras arriscadas mesmo que não faltem razões para perceberem que a conversa toda não aparece lá muito confiável.

A busca sem limites por um corpo perfeito pode trazer risco a saúde, nicrose, embola pulmonar, infecções e até a morte estão entre os riscos do uso do hidrogel substância que tem em sua composição gel e microesferas de poliamido, material semelhante ao plástico.

O Brasil está no 2. Posição do ranking mundial de plásticas, especialistas analisam o fenômeno com preocupação, pois até mesmo adolescente procuram “profissionais” para corrigir supostas imperfeições no corpo.

Erro médico ou até mesmo charlatões podem com certeza leva-los a cadeia, porém se torna insignificante para alguém que perde a própria vida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA MCLD. **A parametrização da indenização por dano estético**. Revista Âmbito Jurídico [Internet]. 2014; Ano XVII, n. 120. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14162. Acesso: 14/03/2019.

BORGES, Gustavo. **Erro Médico nas Cirurgias Plásticas**. - São Paulo: Atlas, 2014. p. 276.

Código Civil - Lei 10406/02 | Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-949>. Acesso 12/03/2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7.

ESPINOZA, Michelle Antunes. **Dano estético e suas particularidades**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 143, dez 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16626&revista_caderno=7>. Acesso em 30/03/2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 1153.

FERNANDES MM, Cobo-Plana JA, Bouchardet FCH, Michel-Crosato E, Oliveira RN. **Validação de instrumento para análise do dano estético no Brasil**. Saúde Debate. 2016;40(108):118-30. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-1104-20161080010>. Acesso :13/03/2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva; 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. Vol. IV.

HELENA, Ana. **Cirurgia Plástica: o preço da beleza**. 24 abril, 2019. Disponível em: https://anahelenaguimaraes.jusbrasil.com.br/artigos/700765379/cirurgia-plastica-o-preco-da-beleza?ref=topic_feed. Acesso 25/04/2019.

JURADO, S.R, Gomes, J.B, Dias, R.R. **Divulgação do conhecimento em enfermagem: da elaboração à publicação de um artigo científico**. Rev Min Enferm. 2014 jan/mar; 18(1): 243-251.

LEAL, LPFF, Silva ER, Spina VPL, Borracini JA, Panza FT. **Valoração Médico-Pericial do Dano Estético**. Saúde, Ética & Justiça. 2017;22(1):41-9.

MAGALHÃES, T, Corte-Real F, Vieira DN. **O relatório pericial de avaliação do dano corporal em Direito Civil.** In: Vieira DN, Quintero JA, coord. Aspectos práticos da avaliação do dano corporal em Direito Civil. Brasília: Caixa Seguros e Imprensa da Universidade de Coimbra; 2008.

MARQUES, João Pedro. Dano estético e responsabilidade civil. **Disponível em:** <https://jus.com.br/artigos/56580/dano-estetico-e-responsabilidade-civil>. **Publicado em 03/2017. Elaborado em 09/2015.**

MENDES, KARINA SASSO; et al. **Revisão integrativa:** método de pesquisa para a Incorporação de evidências na saúde e na enfermagem. Texto Contexto Enfermagem, v. 17, n. 4, p. 758-64, Out. /Dez. 2008.

PENAFIEL, Fernando. **Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13110>. Acesso em 05 abril 2019.

RUARO, Patricia. **A responsabilidade civil do medico por dano estético.** UNIVATES, Lajeado, Novembro de 2014, p. 01-62.

SILVA BR, Carvalho CM, Bouchardet FCH, Silva WFM, Santos WB. **Avaliação do dano corporal pós-traumático:** metodologia europeia aplicada ao contexto brasileiro. Belo Horizonte: Mazza; 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** Responsabilidade civil, (V. 4), 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

<https://biomedicinaestetica.com.br/cirurgia-plastica-assumindo-risco-morte/#.XMLscIKjIU>

<https://noticias.r7.com/saude/ao-menos-uma-pessoa-morre-por-mes-em-cirurgias-plasticas-no-brasil-25022013>

APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RONALDO CRUZ TARGINO: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande. Pós-graduado no curso de Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduado no curso de Direito Previdenciário pelas Faculdade Integradas de Patos. Exerceu o cargo de Agente Penitenciário do Governo do Estado da Paraíba. Atualmente é Oficial de Justiça Avaliador Federal no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

RESUMO: As decisões judiciais quanto ao controle de constitucionalidade têm grande repercussão jurídica, pois declaram nulas normas jurídicas criadas pelo legislador ordinário, legítimos representantes do povo. Diante disso, as referidas manifestações devem expor o entendimento da maioria dos membros da corte e não apenas de parte deles como nas decisões por órgãos fracionários que poderia expor a opinião de parte dos julgadores e não do tribunal. Nesse sentido, o presente trabalho visou a avaliar o instituto da cláusula de reserva de plenário, desde a previsão normativa até as decisões tomadas pela mais alta Corte de Justiça brasileira, verificando sempre a necessidade ou a desnecessidade de aplicação da referida técnica pelo órgão que vai julgar referidas ações.

Palavras-chave: Clausula de Reserva de Plenário, Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O HISTÓRICO E A PREVISÃO NORMATIVA DA CLAÚSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. 3. A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico teve por objetivo analisar os contornos da aplicação da cláusula de reserva à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Antes de chegar a respectiva análise, realizou-se uma pesquisa sobre o

surgimento do referido instituto e a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo uma análise das previsões normativas e do procedimento que deveria ser seguido até o final da aplicação do referido instituto, além de analisar os casos práticos enfrentados pela Excelsa Suprema Corte de Justiça brasileira

Para se analisar esse instituto, deu-se preferência ao método de pesquisa indutivo, fazendo uma avaliação de diversos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre os contornos de aplicação da cláusula de reserva de plenário no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, o presente trabalho se dispôs a estudar os contornos normativos cláusula de reserva de plenário. Analisando, em especial, os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal quando da aplicabilidade do referido instituto. Foram analisados os posicionamentos quando: o órgão fracionário concorda pela constitucionalidade da norma, decisões tomadas por turmas recursais, quando a decisão apenas reafirma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando há apenas a interpretação da norma, decisões em sede de medida cautelar, decisões tomadas por cada uma das turmas do STF, decisões quanto a normas pré-constitucionais e decisões tomadas por juízes singulares.

2 O HISTÓRICO E A PREVISÃO NORMATIVA DA CLAÚSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

A cláusula de reserva de plenário trata-se de construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, chamada de regra do *full bench* ("composição plenária"), *full court* ("tribunal pleno") ou julgamento *en banc* ("pela bancada"). (BULOS, p. 376)

No âmbito doméstico, verificou-se a aplicação do referido instituto nas Constituições brasileiras de 1934, (art. 179). Tendo se repetido nas Constituições de 1937 (art. 96), 1946 (art. 200), 1967 (art. 111), EC nº 1/69 (art. 116), e na Constituição Federal de 1988 (art. 97). (BULOS, p. 377)

No atual regime constitucional brasileiro a cláusula de reserva de plenário encontra-se prevista no art. 97 da Constituição Federal, e vem dispor que somente por maioria absoluta do tribunal poderá ser declarada a inconstitucionalidade de

uma norma. Como forma de demonstrar com mais clareza, vejamos o inteiro teor da previsão constitucional:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Além da previsão constitucional, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 10, que veio tratar sobre violação a cláusula de reserva de plenário nos casos em órgão fracionário vierem, mesmo sem declararem a inconstitucionalidade, a afastar a sua aplicação no todo ou em parte. Pela riqueza dos termos expostos na presente súmula, segue a sua descrição abaixo:

Súmula Vinculante nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Como deixa claro a presente súmula, a decisão que afasta a aplicação de uma norma deve ser tomada pela maioria absoluta dos seus membros, seja em sua composição plenária ou órgão especial.

Além disso, como forma de criar um procedimento para que se tenha uma padronização e segurança jurídica ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, o Novo Código de Processo Civil regulamentou o referido procedimento da seguinte forma:

Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

Art. 949. Se a arguição for:

- I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;
- II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição

de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal.

§ 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no [art. 103 da Constituição Federal](#) poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos.

§ 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Como resta claro pelo exposto nos art. 948 e art. 949, caso o relator verifique pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma norma, deverá concluir o processo para respectiva turma ou câmara, que é o órgão responsável para a manifestação sobre a constitucionalidade da norma. Após o juízo sobre a constitucionalidade da norma, em entendendo o órgão fracionário ausente a inconstitucionalidade da norma, dará por resolvido o incidente e adentrará no mérito. Já se o órgão fracionário entender que a norma deverá ser declarada inconstitucional deverá remeter o processo para o plenário ou órgão especial conforme regulamentação prevista nas normas internas de cada tribunal.

Há ainda a possibilidade de se a turma ou câmara verificar que o tribunal ao qual o órgão fracionário está vinculado ou o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada sobre aquele assunto, poderá o órgão fracionário julgar o respectivo caso, mesmo que seja pela decretação da inconstitucionalidade da referida norma.

Já o art. 950 do NCPC traz a observação de que o órgão colegiado deverá dar conhecimento ao órgão que elaborou a norma para querendo manifeste sobre

a constitucionalidade de norma. Há ainda a possibilidades dos legitimados para proporem ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade se manifestem no referido incidente. Deve-se acrescentar que o NCP, visando possibilitar a máxima democratização nos processos que possam ter repercussão ampla, possibilitou a participação dos *amicus curiae* no referido incidente de controle de constitucionalidade.

3. A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Ante a exigência da manifestação do plenário ou do órgão especial quando do julgamento do incidente de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar por diversas vezes sobre as exceções a aplicação da cláusula de reserva de plenário, tendo se manifestado de acordo com os entendimentos abaixo expostos.

Uma das principais indagações feitas a Suprema Corte de Justiça brasileira, trata-se de quando o órgão fracionário manifestar-se pela constitucionalidade se, mesmo assim, deveria levar ao plenário ou ao órgão especial a referida demanda. Quanto a este tema o Supremo Tribunal Federal assentou que por gozar presunção de constitucionalidade, a rejeição de inconstitucionalidade de uma norma não necessitaria de decisão do órgão plenário ou órgão especial, podendo um órgão fracionário ou até mesmo o relator do referido julgado rejeitar o referido incidente. Nesse sentido, observa-se o presente julgado da relatoria do ministro Luiz Fux:

A cláusula constitucional de reserva de plenário, insculpida no art. 97 da CF, fundada na presunção de constitucionalidade das leis, não impede que os órgãos fracionários ou os membros julgadores dos tribunais, quando atuem monocraticamente, rejeitem a arguição de invalidade dos atos normativos, conforme consagrada lição da doutrina (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V – Arts. 476 a 565, Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 40).

[[RE 636.359 AgR-segundo](#), rel. min. Luiz Fux, j. 3-11-2011, P, *DJE* de 25-11-2011.]

O referido julgado deixa claro que quando o órgão fracionário manifestar-se pela constitucionalidade da norma, não necessitará que o julgamento seja afetado ao plenário ou ao órgão especial.

Outro caso em que não necessitará observar a cláusula de reserva de plenário, trata-se das decisões tomadas pelas turmas recursais já que não podem ser consideradas como órgão plenário ou como órgão especial. Vejamos a decisão da Suprema Corte:

A regra da chamada reserva do plenário para declaração de inconstitucionalidade (art. 97 da CF) não se aplica, deveras, às turmas recursais de juizado especial. Mas tal circunstância em nada atenua nem desnatura a rigorosa exigência de juntada de cópia integral do precedente que tenha, ali, pronunciado inconstitucionalidade de norma objeto de recurso extraordinário fundado no art. 102, III, *b*, da Constituição da República, pela mesmíssima razão por que, a igual título de admissibilidade do recurso, não se dispensa juntada de cópia de acórdão oriundo de plenário.

[[RE 453.744 AgR](#), voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 13-6-2006, 1ª T, *DJ* de 25-8-2006.]

O art. 97 da Constituição, ao subordinar o reconhecimento da inconstitucionalidade de preceito normativo a decisão nesse sentido da "maioria absoluta de seus membros ou dos membros dos respectivos órgãos especiais", está se dirigindo aos tribunais indicados no art. 92 e aos respectivos órgãos especiais de que trata o art. 93, XI. A referência, portanto, não atinge juizados de pequenas causas (art. 24, X) e juizados especiais (art. 98, I), os quais, pela configuração atribuída pelo legislador, não funcionam, na esfera recursal, sob regime de plenário ou de órgão especial.

[[ARE 792.562 AgR](#), rel. min. Teori Zavascki, j. 18-3-2014, 2ª T, *DJE* de 2-4-2014.]

Como resta claro pelo exposto no referido julgado, as turmas recursais não possuem em sua composição a divisão em órgãos plenário ou órgão especial, havendo assim uma impossibilidade prática para que possam votar com esta referida divisão.

Outro caso em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dispensa a observação da norma prevista no art. 97 da CF, trata-se do caso de reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso o órgão fracionário, mesmo que entenda pela inconstitucionalidade da norma, poderá ele mesmo decidir. Deve-se acrescentar que esse é o entendimento perfilhado pela legislação ordinária conforme poderá ser observado pela leitura do parágrafo único do Art. 949 do NCP. Quanto ao entendimento da Suprema Corte Constitucional, vejamos o excerto do julgado abaixo:

A jurisprudência pacífica desta Corte, agora reafirmada em sede de repercussão geral, entende que é desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do STF ou em súmula deste Tribunal, nos termos dos arts. 97 da CF e 481, parágrafo único, do CPC.

[[ARE 914.045 RG](#), rel. min. Edson Fachin, j. 15-10-2015, P, *DJE* de 19-11-2015, Tema 856.]

Não há reserva de plenário (art. 97 da Constituição) à aplicação de jurisprudência firmada pelo Pleno ou por ambas as Turmas desta Corte. Ademais, não é necessária identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes. Assim, cabe à parte que se entende prejudicada discutir a simetria entre as questões fáticas e jurídicas que lhe são peculiares e a orientação firmada por esta Corte. De forma semelhante, não se aplica a reserva de plenário à constante rejeição, por ambas as Turmas

desta Corte, de pedido para aplicação de efeitos meramente prospectivos à decisão.

[[AI 607.616 AgR](#), rel. min. Joaquim Barbosa, j. 31-8-2010, 2ª T, *DJE* de 1º-10-2010.]

= [RE 578.582 AgR](#), rel. min. Dias Toffoli, j. 27-11-2012, 1ª T, *DJE* de 19-12-2012

Vide [RE 361.829 ED](#), rel. min. Ellen Gracie, j. 2-3-2010, 2ª T, *DJE* de 19-3-2010

Por uma questão de lógica processual, O Supremo Tribunal Federal visando a alcançar maior celeridade e economia processual, permite que os órgãos fracionários decidam sem a necessidade da observação da cláusula de reserva de plenário o que se mostraria apenas uma postergação para se deparar com um resultado já previsto.

Outro tema que chegou até a Suprema Corte, trata-se do caso de interpretação da norma legal pelo órgão julgador. Nesse caso, o tribunal entendeu como não tendo ocorrido à declaração de inconstitucionalidade de nenhuma norma, não haverá a necessidade de respeito ao previsto no art. 97 da Carta Constitucional. Sobre o tema vejamos os entendimentos abaixo transcritos:

O verbete vinculante 10 da Súmula do Supremo não alcança situações jurídicas em que o órgão julgador tenha dirimido conflito de interesses a partir de interpretação de norma legal.

[[Rcl 10.865 AgR](#), rel. min. Marco Aurélio, j. 27-2-2014, P, *DJE* de 31-3-2014.]

Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). "Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97

da Constituição." (cf. [RE 184.093](#), Moreira Alves, *DJ* de 5-9-1997).

[[RE 460.971](#), rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 13-2-2007, 1ª T, *DJ* de 30-3-2007.]

= [ARE 676.006 AgR](#), rel. min. Luiz Fux, j. 22-5-2012, 1ª T, *DJE* de 6-6-2012

Como exposto acima, nos casos em que para alcançar o resultado que se adequa a Constituição Federal o julgador apenas interpreta a constituição, mas não realiza a declaração expressa da inconstitucionalidade de uma norma, não haverá a necessidade de se respeitar a cláusula de reserva de plenário.

Outro caso em que a Suprema Corte Constitucional foi indagada, trata-se sobre os casos em que à necessidade de uma decisão imediata, por tratarem-se de pedidos de natureza cautelar, em que uma decisão posterior poderia ser infrutífera, o tribunal entendeu que como estas decisões são tomadas pelo relator e, posteriormente, submetidas ao juízo dos demais membros, havendo assim a desnecessidade de aplicação da cláusula de reserva de plenário. Nesse sentido, verifica-se o excerto abaixo:

Alegação de contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF. (...) Indeferimento de medida cautelar não afasta a incidência ou declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Decisão proferida em sede cautelar: desnecessidade de aplicação da cláusula de reserva de plenário estabelecida no art. 97 da Constituição da República.

[[Rcl 10.864 AgR](#), rel. min. Cármen Lúcia, j. 24-3-2011, P, *DJE* de 13-4-2011.]

Ver-se nesse sentido que como se trata de uma decisão em caráter de urgência a apreciação apenas pelo pleno do tribunal ou pelo órgão especial poderia levar ao perecimento do direito defendido na presente demanda, afastando assim a aplicação de referida técnica.

Outro tema que tem gerado dúvida é quanto se cada uma das duas turmas que compõem o Supremo Tribunal Federal possui competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma em análise de um Recurso Extraordinário. O entendimento tomado pelo referido tribunal, tendo como parâmetro o seu regimento interno é que cada uma das duas turmas que o compõem estão autorizados a declarar a inconstitucionalidade de uma norma. Senão vejamos:

O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da CF.

[[RE 361.829 ED](#), rel. min. Ellen Gracie, j. 2-3-2010, 2ª T, *DJE* de 19-3-2010.]

Sobre o referido tema (LENZA, p. 312) mesmo tecendo críticas ao posicionamento defendido pela corte, considera que a referida autorização encontra-se calcada no art. 9º, inciso III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Já quanto à norma pré-constitucional em conflito com a constituição atual, manifestou-se a Corte pela desnecessidade de a decisão ser pelo órgão plenário ou órgão especial, já que não haverá declaração de inconstitucionalidade, mas sim de não recepção. Sendo, segundo a doutrina, uma forma de revogação do texto anterior à constituição. Não havendo a recepção da norma anterior em conflito com a nova norma (NOVELINO, p. 924). Ainda sobre o assunto, segue a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

(...) a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção – precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de diploma pré-constitucional) – dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de plenário (CF, art. 97), legitimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não

foi recebido pela nova ordem constitucional (*RTJ* 191/329-330), além de inviabilizar, porque incabível, a instauração do processo de fiscalização normativa abstrata (*RTJ* 95/980 – *RTJ* 95/993 – *RTJ* 99/544 – *RTJ* 143/355 – *RTJ* 145/339, *v.g.*).

[**AI 582.280 AgR**, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2006, 2ª T, *DJ* de 6-11-2006.]

= **Rcl 10.114 AgR**, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 18-12-2013, P, *DJE* de 19-2-2014

= **AI 669.872 AgR**, rel. min. Luiz Fux, j. 11-12-2012, 1ª T, *DJE* de 14-2-2013

Como deixa claro o julgado acima, quando a norma não é recepcionada pela nova constituição, não há um juízo de constitucionalidade, mas sim uma revogação da norma.

Outra situação em que a Suprema Corte avaliou, foi se o juiz singular teria que respeitar a cláusula de reserva de plenário, e por uma questão de lógica, como a decisão é tomada por apenas um julgador, haverá a desnecessidade de respeito à cláusula de reserva de plenário. Nesse sentido, vejamos o entendimento exposto no julgado abaixo do Supremo Tribunal Federal:

A norma inscrita no art. 97 da Carta Federal, porque exclusivamente dirigida aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, não se aplica aos magistrados singulares quando no exercício da jurisdição constitucional (*RT* 554/253).

[**HC 69.921**, rel. min. Celso de Mello, j. 9-2-1993, 1ª T, *DJ* de 26-3-1993.]

Como expresso no referido julgado, a decisão como não é tomada por um órgão colegiado, não haverá a necessidade de respeitar a referida cláusula.

4. CONCLUSÃO

Como resta claro pelo exposto acima, o instituto da cláusula de reserva de plenário encontra-se inserido no ordenamento jurídico brasileiro, tendo previsão

normativa tanto na constituição art. 97 da Constituição Federal de 1.988, bem como da súmula vinculante número 11 do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, verificou-se a regulamentação procedimental do referido instituto pela previsão normativa presente no art. 949 e 950 do novo Código de Processo Civil. Que além disso disciplinou a presença de outros órgão intervenientes, sejam aqueles que estão legitimados para proporem o controle concentrado como ainda os *amicus curiae*.

Por fim, percebeu-se que a cláusula de reserva de plenário possui diversas exceções, sendo elas: quando o órgão fracionário concorda pela constitucionalidade da norma, decisões tomadas por turmas recursais, quando a decisão apenas reafirma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando há apenas a interpretação da norma, decisões em sede de medida cautelar, decisões tomadas por cada uma das turmas da Suprema Corte, normas pré-constitucionais e decisões tomadas por juiz singular.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. A Constituição e o Supremo. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1058> > Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. Aplicação das Súmulas no STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1216> > Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 13 abr. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito constitucional. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

FLORENCIO, Renata Cordeiro Uchoa. *Breves apontamentos sobre a cláusula de reserva de plenário*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 dez. 2014. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51378&seo=1>>. Acesso em: 08 dez. 2018.

FUZETTI, Bianca Liz de Oliveira. *Cláusula de reserva de plenário*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51530&seo=1>>. Acesso em: 08 dez. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18^a. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1^a. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle de constitucionalidade*. Caderno de Direito Constitucional. Porto Alegre. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6^a. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. *A cláusula da reserva do plenário (CF, art. 97)*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50609&seo=1>>. Acesso em: 08 dez. 2018.

O CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

GIULIANO FERRARI RUBIM: Bacharel em Administração de Empresas pela Faculdade de Ciências Humanas de Vitória - FCHV; Bacharel em Direito pela Universidade de Vila Velha - UVV; Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Vitória - FDV.

UDNO ZANDONADE

(Orientador)

RESUMO: Em uma época em que as discussões acerca da necessidade de gestões públicas responsáveis tornam-se a tônica da sociedade, verifica-se pertinente o presente estudo, em que se examina a possibilidade dos atos discricionários praticados pela Administração serem controlados pelo Judiciário quanto ao seu mérito. Empregou-se o método dedutivo de cunho descritivo e exploratório. De primeira plana, abordou-se a evolução das funções do Estado, partindo-se do modelo de Montesquieu e culminando à realidade que se observa nos dias atuais. Em sequência, analisou-se o ato administrativo, bem como seus elementos motivo e objeto, destacando-se o mérito do ato emanado sob a competência discricionária do administrador. Em uma terceira fase, avultou-se a hegemonia dos princípios gerais de Direito contrapondo-os à lei estrita. Afinal, constatou-se que o Judiciário é a função legitimada pelo ordenamento jurídico, cujo comando superior provém da Constituição Federal, para exercer o controle sobre o mérito dos atos administrativos.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 FUNÇÕES DO ESTADO. 3 ATO ADMINISTRATIVO. 3.1 CONCEITO. 3.2 ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS. 3.3 ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS. 4 MÉRITO ADMINISTRATIVO. 5 OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA. 6 MOTIVO E OBJETO. 6.1 MOTIVO. 6.2 OBJETO. 7 PRINCÍPIOS DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CF/88. 7.1 CONTEXTUALIZAÇÃO. 7.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 7.3 PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE. 8 O MÉRITO ADMINISTRATIVO E A TUTELA JURISDICIONAL. 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 10 JURISPRUDÊNCIA. 11 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Muito se discute hoje acerca daquilo que se denomina "crise de identidade" do homem pós-moderno, sua essência valorativa moral, ética e cultural, bem como as novas relações desse mesmo indivíduo com sua coletividade.

A sociedade hodierna atravessa um processo agonizante de um certo torpor generalizado, que culmina por castrar os razoáveis parâmetros de um convívio social minimamente salutar e nos lança em um covil de famigeradas e perniciosas bestas, que nada mais são do que nós mesmos.

Não podemos mais justificar pequenos e isolados focos de organismos doentes condenados, repugnantes e distantes de nós, mas apenas constatar que o desconforto *sui generis* com que nos deparamos atualmente é fruto de nossa própria contribuição para um incontrolável processo autodestrutivo de valores éticos, morais e culturais.

Poderíamos até cogitar certo grau de previsibilidade a partir do ponto em que partimos ao que chegamos a enfrentar hoje, desde aquela concepção iluminista do homem individualizado, passando pela faceta socialista do ser coletivo, mas jamais seria possível prevenir o mundo de tamanha disfunção social e política, dada a sua essência invariavelmente mutante.

O resultado desse verdadeiro pandemônio degenerativo de valores é o que podemos chamar de "crise de identidade", que fragmenta o homem moderno e abala as estruturas sociais em nível global, sem precedentes na história da humanidade.^[1]

Estado atual, especificamente no que se refere à atuação do Judiciário em relação aos atos emanados pelas demais funções do Estado contemporâneo, como não poderia deixar de ser, também convive com essa angustiante evidência: de que precisa, assim como acontece na panaceia dos jurisdicionados, rever, repensar, reformular conceitos, ajustando-os à sociedade atual.

É evidente que não estamos aqui defendendo a necessidade de uma "desconstrução" estrutural irrestrita do Estado, a teor do discurso pós-moderno essencial.

Mais urgente do que isso, o que devemos buscar é uma readaptação das estruturas existentes, adequando-as às exigências do mundo atual, pois, diante das transformações da sociedade e do próprio Estado, torna-se imprescindível realizar uma espécie de controle de validade das concepções tradicionais.^[2]

Nesse aspecto, nos dispusemos a explorar uma questão extremamente instigante que inflama discussões e debates atualmente, ou seja, há possibilidade de se controlar, por via judicial, o mérito administrativo?

Sabe-se que o agente público está subordinado à lei, o que, a rigor, viabiliza o controle jurisdicional da administração pública, mas apenas para os casos em que o ato por ele emanado estiver eivado de vício ou ilícito, implícito ou explícito, posto que, por consequência óbvia, violaria algum direito suscetível de defesa.

Estender este entendimento ao controle judicial do mérito administrativo, que é exatamente o cerne desta pesquisa representa, para alguns, implica necessariamente na violação da liberdade e interdependência das funções que constituem o poder estatal e macula o modelo de tripartição idealizado por Montesquieu e instituído há cerca de 200 anos.

Para outros, entretanto, o controle jurisdicional do mérito administrativo é perfeitamente justificável com base em argumentos que refletem as alterações paradigmáticas que hoje vivenciamos, como por exemplo, a própria Constituição Federal promulgada em 1998.

É bem verdade que para aqueles que insistem em dispensar ao Direito um enfoque estritamente positivo e formal, tal possibilidade inexistente. Mas devemos expandir esses horizontes.

Contudo, deve ser ressaltado que o presente estudo não tem o condão e muito menos a pretensão de esgotar o tema lançado. O que pretendemos é demonstrar que, o enfrentamento de questões como a que hora propomos significa que devemos nos adequar a uma nova realidade de Estado diversa daquela instituída até então e que a necessidade de se romper com dogmas é inerente à natureza evolutiva tanto da ciência do Direito, quanto da sociedade que compomos.

2 FUNÇÕES DO ESTADO

A ideia de se combater um poder absoluto déspota distribuindo o poder entre funções específicas já frequentava as mentes de pensadores muito antes de Charles Louis de Secondat difundir seus estudos acerca de uma tripartição dos poderes do Estado.

Na Grécia antiga Aristóteles já afirmava sua preferência pela “politéia”, o governo de muitos que exerceriam o poder por determinado tempo, alternando-se em grau de igualdade. Para ele, “sempre que ela (a autoridade política) for constituída com base na igualdade e na similaridade dos cidadãos, estes têm o direito de exercer a autoridade, de governar, fazendo-o em turnos.”^[3]

Mais adiante, imerso em considerável influência do pensamento político traçado pelos gregos, ao Barão de Montesquieu coube a estruturação do Estado fincada em frações de poder.

À época do medievo, Montesquieu desenvolve seu pensamento político, conforme adiantamos alhures, baseada na divisão dos poderes estatais que seriam exercidos pelas seguintes funções: legislativa, a qual cabia fazer as leis de um modo geral; judiciária, incumbida de punir os crimes e julgar as demandas; e executiva, responsável pelas demais funções do Estado, mormente a de administrá-lo e executar as leis.

Outro pensador que muito influenciou a concepção moderna de Estado descentralizado foi John Locke. O pensador inglês afirma que a repartição do poder estatal deve se fundar em Executivo e Legislativo, mas ressalta que este, por sua vez, não é separado do Judiciário. Para Locke,

[...] a função de criar normas não é separada entre o Legislativo e o Judiciário, com a única ressalva que o juiz cria normas para o caso particular e concreto, e o legislativo, normas abstratas. Em realidade, para ele, ontologicamente as funções têm a mesma natureza; têm função idêntica.^[4]

Como visto, depois da fertilidade filosófica legada pelos estudos políticos de Aristóteles, tanto Locke quanto Montesquieu, desenvolveram suas teorias caracterizadas na divisão do poder estatal, objetivando, em análise última, combater o poder despótico, era preciso que o poder controlasse o poder.

A separação de poderes difundiu-se na formulação de Montesquieu, segundo a qual se distinguem três funções estatais, legislação, execução e jurisdição, que deveriam ser atribuídas a três órgãos distintos e independentes entre si. Na época, essa divisão significou uma reação ao

enfeixamento de poderes na figura do monarca, significou um freio ao poder e sobretudo uma garantia aos direitos dos indivíduos.^[5]

Em que pesem os indiscutíveis conteúdos de suas obras, há controvérsias acadêmicas significativas acerca de qual dos dois pensadores, Locke ou Montesquieu, teria sido realmente responsável pela criação da teoria da divisão dos poderes do Estado.

Com relação às estranhas coincidências existentes entre os estudos de Locke Montesquieu, trazemos à colação, por oportuno, a seguinte observação:

[...] devemos lembrar com Gough que “a invenção da doutrina da separação dos poderes foi frequentemente atribuída a Montesquieu, e vários críticos acentuaram a originalidade e independência de sua contribuição, neste aspecto, à ciência política. Já em 1836, contudo, um escritor alemão, Carl Ernst Jarcke, descobriu em Locke o criador da doutrina da separação e equilíbrio de poderes e, considerando esta como uma descrição absurda e impossível da constituição inglesa, estigmatizou-o como criador da falsa teoria do estado inglês”.^[6]

Tais teorias, por exaltarem à lei, foram determinantes em momentos cruciais à estruturação dos estados liberais do ocidente, como a edição da Constituição americana de 1787 e a revolução francesa de 1789, por exemplo, bases embrionárias mais que sólidas à estruturação do estado de direito.

A transformação radical da regulação do poder político, dando-lhe a feição que tem hoje e ensejando a construção da ciência do direito público, ocorrerá na idade contemporânea, sendo as Revoluções Americana e Francesa (e as constituições delas resultantes) seus marcos históricos mais notáveis.^[7]

Todavia, nem Locke nem Montesquieu deram à função Judiciária o destaque que ocupa hodiernamente, já que, para o pensador inglês, não haveria necessidade

de se diferenciar o poder judiciário do legislativo, pois, como já ressaltado, juízes e legisladores possuíam funções similares.

Por outro lado, para Montesquieu, em que pese sua teoria lastrear-se em uma tripartição de poderes, e o fato de ele próprio afirmar a necessidade de o poder “frear” o poder, a função judiciária era desprestigiada em detrimento do próprio corpo legislativo, no qual o liberalista creditava a competência para regular o exercício do poder estatal.[8]

Durante esse período o juiz nada mais era do que “a boca da lei”, ou seja, apenas pronunciava as palavras da lei que eram feitas pelo corpo legislativo. Como se tinha a concepção de que a lei era sempre justa, não cabia ao juiz interpretá-la.

Contudo, houve um momento em que a sistemática estatal quedou-se a um judiciário que decidia com respaldo da hermenêutica e efetivamente julgava em vez de simplesmente repetir os vocábulos legislativos. Observou-se que, em que pese a responsabilidade legislativa na concepção das leis, a sua interpretação e aplicação deveriam ser feitas sim, mas pelo judiciário.

Estamos falando do famoso caso *Marbury versus Madison*, no qual, em 1803, o juiz John Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que ao Judiciário competia dizer não só a lei, mas o direito.

A Revolução Francesa seguiu os parâmetros de tais filósofos, nada inovando, ao contrário, radicalizando a teoria da separação de poderes (havia, é verdade, a péssima fama dos órgãos judiciários franceses). Foram, portanto, os Estados Unidos da América, baseados em sua própria experiência histórica, que chegaram definitivamente ao “judicial review of legislation”, sendo o Poder Judiciário inserido no papel de “controlador” do Poder Legislativo, na guarda e defesa da Constituição.[9]

Com a constante evolução da sociedade, o Estado Democrático de Direito, igualmente mutante e evolutivo passa por significativas alterações estruturais.

Na equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas

variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno da transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio; enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência.^[10]

Hoje, estamos vivenciando o ajuste de um sistema organizacional de Estado idealizado na época das luzes, e que passa pelas mesmas transformações a que o indivíduo que o compõe se submeteu.

Assim foi que o Estado social sucedeu o liberal, passou a estado democrático e, finalmente, adentrou aos tempos de mundo globalizado com as mesmas angústias e necessidades do homem pós-moderno.

Hoje, constatamos a falência de instituições e a crise social provocada pela continuação de procedimentos gestores infrutíferos e irresponsáveis, o que torna urgente uma mudança de abordagem acerca da sistemática estatal, no sentido de se repensar e reavaliar sua estrutura. Não se pode mais imaginar que as funções estatais encontram-se tão distantes e independentes de si que não se cogite uma maior relação de controle elas.

Devemos, portanto, compreender e redimensionar a harmonia que deve existir entre os poderes constitutivos do estado ante a época de globalização que vivemos e às novas situações que ora são apresentadas, de uma forma menos estática e dogmática, levando-se em consideração um aspecto mais efetivo, teleológico mesmo, de políticas públicas.

No Estado moderno, os governantes encontram-se sitiados em meio a problemas sociais de proporções absurdas e o que vemos, na maioria das vezes, são soluções puramente políticas, atécnicas e descompromissadas com o que realmente necessitam os cidadãos.

Além do mais, a realidade político-institucional e social de fins do século XX e início do século XXI apresenta-se muito mais complexa em relação à época de Montesquieu; muitas instituições, que hoje existem

em grande parte dos ordenamentos ocidentais, são dificilmente enquadráveis, quanto à vinculação estrutural e hierárquica, em algum dos três clássicos poderes, como é o caso do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e dos Tribunais Constitucionais.[...] Por conseguinte, a trindade de poderes tornou-se muito simples para explicar os múltiplos poderes do Estado contemporâneo e uma sociedade muito complexa.^[11]

Por fim, devemos registrar que, no caso da Constituição Republicana de 1988, notadamente em seu artigo 2º, trazemos a influência da teoria da separação dos poderes estatais explicitada em seu texto, quando dispõe que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

3 ATO ADMINISTRATIVO

3.1 CONCEITO

Como vimos, a evolução da teoria da separação de poderes, desde as suas primeiras concepções até os dias atuais, pautou-se, basicamente, no fato de que, com o advento do Estado democrático de direito, evidenciou-se a submissão das funções estatais à lei e não mais à onipotência tirânica dos governantes absolutos.

Nesse contexto, as ações provenientes dos órgãos governamentais não podem mais ser manejadas de acordo com vontade parcial de seus agentes, mas, ao contrário, devem respaldar-se em regras que, pré-determinadas, visam o bem comum em detrimento do privilégio particular.

A sujeição da Administração à lei vai conferir novos moldes às ações do Estado: do caos indisciplinado das diversas operações materiais até então praticadas, muitas vezes por vontade temperamental do governante, uma nova noção aparece, a de *ato administrativo*, uma espécie de ato jurídico. A locução *ato administrativo* foi empregada, pela primeira vez em 1812, na quarta edição do Repertório de Guyot, a cargo de Merlim.

[...]

O *ato administrativo* constitui, assim, um dos principais meios pelos quais atuam e se expressam as autoridades e órgãos administrativos. (O itálico consta do original) [12]

Mas quando se diz que as medidas adotadas pelo governo, de uma forma geral, devem estar em conformidade com a lei, é de se ressaltar que estamos referenciando a norma toda a sua amplitude, ou seja, ao direito propriamente dito.

Assim é que o legislativo, ao inserir no mundo jurídico leis novas, já que esta é sua função precípua, deverá fazê-lo com base no que a constituição determina, tanto em relação ao seu aspecto material quanto formal. Se isso não ocorre, nenhum do povo estará submetido a coercibilidade de suas normas e a função de legislar restará frustrada.

O mesmo ocorre em relação ao Judiciário e ao Executivo. As funções judicante e executiva estão adstritas aos estritos limites da legalidade. Decisões arbitrárias e/ou *contra-legem* fatalmente terão que ser revistas ou anuladas, já que a administração pública, assim como os cidadãos, está vinculada ao império da lei.

Ocorre que, ao contrário do cidadão, que poderá agir de acordo com seu livre convencimento e arbítrio, não podendo ser compelido a fazer ou deixar de fazer algo se não houver expressa previsão legal, a administração pública apenas poderá exercer suas funções de acordo com o que a lei autoriza.

A atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei. *A Administração só pode fazer o que a lei autoriza*: todo ato seu há de ter base em lei, sob pena de invalidade. Resulta daí uma clara hierarquia entre a lei e o ato da Administração Pública [...] (o itálico consta do original)

À ideia de submissão do Estado à ordem jurídica, aplicável ao direito público, opõe-se o princípio, que está na base do direito privado, da liberdade dos indivíduos. Para o particular praticar validamente um ato, não necessita de autorização expressa da norma jurídica: basta que o ato não

seja proibido pelo direito. Por isso se afirma que o particular pode fazer tudo o que a Constituição e as leis não proíbem, enquanto o Estado só pode fazer aquilo que tais normas autorizam expressamente.[13]

O ato administrativo, então, revestido de legalidade, é o veículo por meio do qual a administração pública manifesta sua vontade com finalidade pública. O que não deve ser confundido, todavia, com fato administrativo, que "é toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, a instalação de um serviço público, etc." [14]

Vejamos agora alguns conceitos de renomados doutrinadores, do que seja o ato administrativo:

[...] é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário. [15]

[...] é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.[16]

[...] é a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.[17]

[...] declaração *unilateral* do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos *concretos* complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de *lhes* dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (os itálicos constam do original)[18]

Os mencionados autores, e outros tantos que se propuseram a desenvolver estudos acerca do ato administrativo, elencam uma série de classificações e subclassificações sobre o tema que, em virtude das peculiaridades deste trabalho, não serão totalmente comentadas. Contudo, entendemos ser de extrema pertinência, a abordagem, nesta pesquisa, das distinções características dos atos administrativos quanto à sua vinculação e discricionariedade.

3.2 ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS

Como vimos os atos administrativos encontram-se, em última análise, submetidas à vontade do legislador, já que é a lei que destaca os delineamentos que devem ser respeitados pelo agente ao emitir a vontade da Administração Pública.

Assim, evidenciadas as peculiaridades de determinada situação prevista pelo ordenamento jurídico, o administrador não poderá se furtar a praticar o ato na forma prevista. Não há prerrogativa por parte do agente público, mas sim obrigatoriedade.

Se a situação de fato já está delineada pela norma legal, ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo seja ela configurada. Atua ele como executor da lei em virtude do princípio da legalidade que norteia a Administração. Caracterizar-se-á, desse modo, a produção de **ato vinculado** por haver estrita vinculação do agente à lei. (o grifo consta do original) [19]

Por exemplo, em seu artigo 3º, o Código Tributário Nacional conceitua o que seja tributo e, ao final do referido dispositivo, encontra-se expressa a peculiaridade vinculada dos atos administrativos decorrentes da atuação do agente fazendário.

Ou seja, quando o referido dispositivo de lei afirma que a cobrança do tributo de dar mediante atividade administrativa plenamente vinculada, está dizendo que, em se ocorrendo o fato gerador pertinente à determinada hipótese de incidência prevista em lei, ao agente não resta outra possibilidade senão cobrar o tributo. [20]

Enquanto alguns doutrinadores adotam a nomenclatura “atribuição vinculada”, outros preferem chamar de “poder vinculado”, ou “regrado”, como é o caso de Hely Lopes Meirelles. Quanto a isto, achamos mais coerente a primeira hipótese, já que, o termo “poder vinculado” pode traduzir uma desconfortável peculiaridade pejorativa, há muito ultrapassada.

Exemplo dessa atuação encontra-se na concessão da aposentadoria compulsória (CF, 40, § 1º II). Implementada a condição – setenta anos de idade –, à Administração Pública só resta outorgar o benefício, mesmo que não seja solicitado. A vinculação ainda dar-se-á no caso da não-implementação da aquisição desse direito, pois a Administração Pública somente pode indeferir o pedido. *Assim, vinculação ou atribuição vinculada é atuação da Administração Pública em que a lei não lhe permite qualquer margem de liberdade para decidir ou agir diante de uma situação concreta.* [21]

O certo é que onde há previsão legal para a prática de determinado ato, não há arbítrio para o administrador. Não lhe cabe analisar conveniência ou a pertinência de sua efetivação. Ao contrário, está obrigado a emitir o ato, sob pena de ser responsabilizado, podendo o particular recorrer à função judiciária do Estado, a fim de impingir o agente praticá-lo.

[...] a *licença* para edificar ilustra a hipótese. A lei prevê os requisitos objetivos que alguém deve preencher se desejar construir em dado imóvel. Desde que o particular deseje e apresente planta obediente aos requisitos legais, solicitando alvará de licença para edificação, a administração só pode deferir o pedido. Se não fizer, terá descumprido a lei e praticado ato ilegítimo suscetível de correção judicial.[22]

Da mesma forma, se observados os ditames legais para a prática de determinado ato, não pode, a rigor, o agente ser responsabilizado pela conduta, já que pautada na norma jurídica. Há um julgado do Superior Tribunal de Justiça que bem exemplifica tal situação, vejamos:

[...]O Supremo Tribunal Federal reconheceu, no verbete cristalizado em sua Súmula nº 46, que a desanexação de serventias acumuladas não viola direito adquirido dos titulares em permanecer, vitaliciamente, no exercício das funções em que foram efetivados.

Se o Conselho de Magistratura, ao determinar o desmembramento dos ofícios, deu exato cumprimento a repositório normativo estadual recepcionado pelo novo ordenamento jurídico, praticou ato administrativo vinculado, o que afasta a tese de ilegalidade por desvio de poder ou ausência de motivação.[\[23\]](#)

No caso de desvio de conduta do agente público diante da não observância do que prescreve a lei para o cumprimento ou não cumprimento de determinado ato administrativo em que a Administração Pública encontra-se vinculada, existem mecanismos como a ação civil pública, a ação popular, o *habeas data*, e, particularmente, o *writ of mandamus*, que representa remédio constitucional extremamente eficiente para corrigir ou coibir (mandado de segurança preventivo) situações em que o administrador público opte por agir contra a lei e/ou usando de flagrante arbitrariamente, impedindo o cidadão de exercer direito líquido e certo seu.

Aliás, quanto à possibilidade da função judiciária do Estado analisar o cumprimento ou não dos atos administrativos revestidos de característica vinculada, não há celeuma alguma, vide:

[...] estando estreitamente confinados pela lei ou regulamento, permitem ao Judiciário revê-los em todos os seus aspectos, porque em qualquer deles poderá revelar-se a infringência dos preceitos legais ou regulamentares que condicionam a sua prática.[\[24\]](#)

No que concerne aos elementos que compõem o ato administrativo, pode-se afirmar que sua vinculação estará intrínseca à sua competência, forma e finalidade, além de, naturalmente, outros que a lei porventura determinar. [\[25\]](#)

É competente a prática de determinado ato a autoridade à quem a lei conferir legitimidade. Isso decorre do fato de que, sendo a administração pública um “organismo” complexo e diversificado, as funções devem ser fracionadas para que atinja um bom funcionamento da máquina estatal.

A exteriorização da vontade do administrador manifesta-se pela forma em que o ato deve ser praticado. Trata-se de um requisito de validade que, não sendo observado, “vicia substancialmente o ato, tornando-o passível de invalidação, desde que necessária à sua perfeição e eficácia.”^[26]

A finalidade do ato administrativo deve estar sempre atrelada ao interesse público. Não se pode aceitar que o agente privilegie causas particulares quando deve gerir em prol de toda a comunidade.

Exemplo de desvio de finalidade é aquele em que o Estado desapropria um imóvel de propriedade de desafeto do Chefe do Executivo com o fim predeterminado de prejudicá-lo. Ou aqueles em que se concedem vantagens apenas a servidores apaniguados. O agente, nesse caso, afasta-se do objetivo que deve guiar a atividade administrativa, vale dizer, o interesse público.^[27]

Por derradeiro, podemos destacar que ato administrativo vinculado é aquele em que o administrador não possui liberdade para exercer juízo de valor quanto à sua prática. Não age por conveniência e oportunidade, sujeitando-se exclusivamente ao comando legal.

3.3 ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Etimologicamente, temos que o vocábulo discricionariedade guarda estreita similitude com o termo “sem restrição”, inclusive com acepção despótica. Contudo, em se tratando de atividade administrativa, não se pode afirmar que ao agente público é permitido atuar de forma irrestrita, ao seu bel prazer, já que, conforme já ressaltamos alhures, suas ações devem objetivar o bem comum e está submetida a comandos normativos.

De qualquer forma, é certo que, ao contrário dos atos vinculados, os discricionários permitem ao administrador analisar a pertinência e o momento adequado à prática de determinada atividade administrativa.

Para esses casos, a lei confere ao administrador algum grau de liberdade que lhe permite, ao praticar um ato, exercer um juízo de valor quanto à sua conveniência e oportunidade. Ou seja, caberá à administração julgar, diante da situação que se lhe apresentar, o grau de pertinência que o ato demanda, bem como o momento mais adequado para atingir sua efetividade.

Como exemplo da discricionariedade administrativa, tem-se o deferimento ou não de licença para a capacitação ao servidor público federal (art. 87 da Lei nº 8.112/90). O servidor pode, após cada quinquênio de efetivo exercício, afastar-se das suas atribuições, com a respectiva remuneração, por até três meses, para participar de curso de capacitação profissional, no interesse da administração. Caberá a autoridade competente decidir se é conveniente ou oportuno, permitir que o servidor usufrua dessa licença.[\[28\]](#)

É conveniente o ato quando ele se volta ao atendimento de interesses da coletividade e oportuno quando é emanado no momento mais apropriado à satisfação dos anseios dos cidadãos. Não vislumbrando o administrador público essas condicionantes, não está obrigado à prática do ato. É o que ocorre, por exemplo, quando o agente da função judiciária se depara com pedido de dispensa de recolhimento de preparo recursal, a saber:

A dispensa do depósito prévio para a interposição de recurso voluntário dirigido ao Conselho de Contribuintes, prevista na legislação tributária estadual, é ato administrativo discricionário, pois a concessão ou não do benefício depende do arbítrio da autoridade impetrada. Assim, a alegação de estar a contribuinte em situação econômica delicada não lhe confere instantaneamente o direito de ser dispensada do depósito recursal, pois essa circunstância não vincula a decisão administrativa. [\[29\]](#)

Contudo, não se deve confundir discricionariedade com arbitrariedade. Esta última tem há ver com arbítrio, independência de vontade que não respeita leis ou regras, o que discrepa por completo da destinação que deve ser dispensada aos atos da administração pública. Ou seja, com o perdão da redundância, os atos administrativos, mesmo os discricionários, voltam-se contra a vontade e capricho do agente que o pratica, ao mesmíssimo tempo em que se apazíguam com objeto finalístico que o fomenta, a satisfação do bem coletivo.

Esses atos decorrem do exercício da atribuição discricionária ou, como prefere boa parte da doutrina especializada, do desempenho do poder discricionário, em que a Administração Pública age com certa dose de liberdade na solução do caso concreto. Apesar disso, alerte-se que não há ato inteiramente discricionário, dado que todo ato administrativo está vinculado, amarrado à lei, pelo menos no que respeita ao fim (este sempre há de ser público) e à competência (o sujeito competente para praticá-lo é o indicado em lei). São dessa espécie de ato a autorização para retirar água de um rio público e a permissão para o uso de um bem público.^[30]

Conforme bem ressalta Jean Rivero, uma vez que a lei concede ao agente o chamado “poder discricionário”, este não pode ser hierarquizado, de sorte que um poder não é mais discricionário que outro. Será discricionário se a lei assim permitir, não será se a lei vedar. “Mas no seio de um acto pode haver mais ou menos discricionariedade, consoante a lei deixe mais ou menos elementos da decisão à livre apreciação da Administração.”^[31]

O que deve ser ressaltado, por oportuno, é o fato de que o ato administrativo discricionário, como todo ato emanado pela administração pública, goza de natureza hierárquica superior em relação aos administrados, por sua índole coercitiva de supremacia. Mas essa discricionariedade, tida como poder-dever da administração, repise-se, não pode ser confundida com arbitrariedade, já que os atos administrativos fundam-se no bem comum.

Igualmente não está correta a suposição de que, ao agir com discricionariedade, o agente estará indo contra um dos mais importantes pilares

do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade, simplesmente pelo fato de que tal competência discricionária é atribuída pela própria lei.

Sem dúvida que tal assertiva equivocada decorre da rançosa concepção destacada em sede preambular, de que o que é discricionário deva ser autoritário e indiferente à lei. Ocorre que, ao praticar um ato discricionário, o administrador o estará fazendo em uma amplitude e abrangência que a própria lei não veda, mas, por assim dizer, lhe confere legitimidade de agir.

Não se atribui à Administração, no caso, competência para proceder a essa escolha discricionariamente. A Administração só atua discricionariamente – isto é, formulando juízos de oportunidade – quando a norma jurídica determine que assim proceda.^[32]

Com digressão filosófica deveras eloquente, podemos vislumbrar que um ato discricionário, para servir efetivamente aos seus propósitos, necessita da presença de agente dotado de mínimo grau de escrúpulo social e político.

Na Administração Pública, em que a liberdade (discricionabilidade) do administrador está limitada pelas normas, pelos esquemas orçamentários, pela burocracia e outras restrições de natureza institucional, o enfoque organizacional é predominante. Cabe ao administrador empregar os recursos que lhe são postos à disposição, ou que consiga por sua iniciativa, de forma racional e dentro das restrições, com vistas a realizar quantitativa, qualitativa e oportunamente sua competência.[...] O enfoque deve ser tanto no correto emprego dos meios e na competência quanto nos objetivos (resultado), os dois fatores orientando-se mutuamente.^[33]

Um evento recente pode ilustrar bem o fato de que, mesmo sendo discricionário, o ato administrativo encontrará óbices normativos relevantes que impedirão sua consecução, veja:

É de sabença de todos que o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, disciplinou “o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário.”^[34]

Assim sendo, em que pese o caráter discricionário que possui o administrador para prover cargos em comissão, eis que esse juízo, a princípio, submete-se “exclusivamente à conveniência e oportunidade da autoridade pública competente, de livre nomeação e exoneração, considerada a relação de confiança entre o nomeado e o seu superior hierárquico”^[35], tal entendimento deverá ser relativizado ante a edição da aludida Resolução nº 07, do CNJ.

Em suma, após o advento da Resolução nº 07, do Conselho Nacional de Justiça, temos que o agente do Poder Judiciário continuará exercendo a discricionariedade quanto ao provimento de cargos comissionados, contudo não poderá fazê-lo, se o pretendente do cargo for uma pessoa com grau de parentesco e/ou afinidade ao qual a referida norma cuidou de vedar.

No que tange aos elementos do ato administrativo, assim como afirmamos que sua vinculação confina-se à sua competência, finalidade e forma, a peculiaridade discricionária da manifestação administrativa concerne, geralmente, ao motivo e ao objeto do ato praticado.

Por motivo entendem-se as razões de fato e fundamentos jurídicos que geram no o animus para praticar determinado ato. “É a situação de direito ou de fato que autoriza a realização do ato administrativo.”^[36] “Não se confundem motivo e motivação do ato. Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram.”^[37]

Já o objeto ou conteúdo do ato administrativo tem que ser algo lícito, por óbvio, e é, em última análise “aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. [...] é o próprio ato, em sua essência.”^[38]

Visando uma contextualização mais abrangente desse nebuloso tema, e, ainda, por refletir alto grau de “adogmatismo”, não poderíamos deixar de registrar

a definição de Germana de Oliveira Moraes acerca do que venha a ser o ato administrativo, a saber:

Discricionariedade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios não positivados de conveniência e de oportunidade.^[39]

Poderíamos, então, resumir o conceito de discricionariedade administrativa nos termos aduzidos por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem tal prerrogativa conferida ao agente público se traduz em faculdade conferida pela lei ao administrador “para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.” ^[40]

Observe-se que de acordo com essa coerente definição, a referida doutrinadora enfatiza que as soluções devem ser válidas perante o direito e não simplesmente à lei. Ou seja, em outras palavras podemos dizer que os atos praticados pelos agentes públicos submetem-se a todo o ordenamento jurídico, compreendido, nos termos da citada doutrina, como Direito.

Note-se que, conforme já alertamos no decorrer do estudo, as alterações substantivas e objetivas precipitam-se no momento em que a ciência do Direito, particularmente no que tange ao seu ramo administrativo, deixa de atender aos fins com os quais se identifica.

Desse modo, justifica-se a inovação paradigmática que a abordagem do ato administrativo deve se submeter a todo o plexo normativo, incluindo-se a jurisprudência como fonte formal do ordenamento, ainda que praticado de forma discricionária.

Quanto a isto, mais adiante nos aprofundaremos, quando analisaremos os princípios da legalidade e da juridicidade, que devem nortear a administração pública.

4 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Uma vez que a lei confere ao agente público alguma margem de liberdade para agir, o mérito administrativo apenas pode estar relacionado com o exercício dessa discricionariedade. Não há, pois, como cogitar a existência de mérito administrativo nos atos vinculados que, como já dissemos, estando presentes certos requisitos determinantes, não permitem ao administrador, alternativa diversa daquela prevista no ordenamento.

Com efeito, nos atos vinculados, onde não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato que condicionam o *processus* administrativo, não há falar em *mérito*, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais.^[41] (o itálico consta do original)

Da mesma forma não podemos concluir que o mérito administrativo seja sinônimo de discricionariedade administrativa, apesar da presença do mérito estar, em regra, restrita aos elementos motivo e objeto do ato administrativo.

A diferença que entendemos existir nos referenciados conceitos decorre do fato de que a competência discricionária é uma prerrogativa que a lei confere ao administrador de atuar com maior “mobilidade” ao gerir o interesse público, enquanto que o mérito, propriamente dito, é o exercício de ponderação de valores que levam ao agente a praticá-los. “Ambos se relacionam com a legitimidade: a discricionariedade a definirá nos seus aspectos residuais e o mérito a conterà.”^[42]

Pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação de conveniência e oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. Registre-se que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes vinculados em

qualquer hipótese. Mas lhe é lícito valorar os fatores que integram o motivo e que constituem o objeto, com a condição, é claro, de se preordenar o ato ao interesse público.^[43]

Então, se por um lado, o administrador está atrelado a requisitos e pressupostos que condicionam suas ações, por outro, enquanto e quando houver discricionariedade, poderá o agente exercer o chamado juízo de mérito administrativo.

Dentro dessa margem de liberdade conferida ao administrador, a qual denominamos mérito, inserem-se todas as nuances valorativas que o impulsionam a prática dos atos discricionários no momento em que julgar mais apropriado, sem perder de vista que ao exercer essa autonomia discricionária, o mérito “não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar [...] o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo.”^[44]

Observe-se, mais uma vez, que estamos abordando o conceito de lei em sentido amplo. Ou seja, não basta que a decisão administrativa encontre respaldo em lei, mas, terá que buscar, sobretudo, albergue em bases principiológicas que orientam a administração pública a perseguir a justiça dos seus atos, como consectários de seus fins.

O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.^[45]

Interessante observar que, enquanto nos atos vinculados o administrador age de acordo com os ditames normativos porque há essa previsão legal determinando expressamente a atuação do Estado, nos atos discricionários, apesar de o agente público atuar com certa liberdade, esta também é, de alguma maneira, vinculada, não à legalidade estrita, mas a comandos normativos gerais, como por exemplo, os princípios gerais de direito.

O que limita a discricionariedade, no caso dos conceitos indeterminados, são determinados princípios, como os da moralidade administrativa (no qual se infere o da boa-fé), o da razoabilidade, o do interesse público e, em regra, os princípios gerais de direito.[...]

Esse tipo de limitação normalmente se aplica quando a lei designa os motivos ou os fins empregando noções vagas, imprecisas, plurissignificativas. Nesses casos, a discricionariedade administrativa que, prevista em abstrato na norma legal, pode parecer muito ampla, reduz-se diante do caso concreto pela utilização dos mencionados princípios.[\[46\]](#)

Isso ocorre porque, como vimos, os atos administrativos, tanto os vinculados quanto os discricionários, visam, em última análise, o interesse público, a coletividade como a finalidade premente dos seus atos.

Assim sendo, se a lei estrita não alcança todas as possibilidades em que os atos administrativos devam ser vinculados, quando houver discricionariedade, o administrador deverá fazer uso de seu arbítrio com vistas a uma integração de todo o mecanismo político. Ou seja, mesmo os atos discricionários acabam por estar também vinculados, não à lei estrita, mas à finalidade de bem comum, que poderíamos denominar de “legalidade ampla”.

Ora, esse sentido político decorre da função de atender ao interesse público, para o desempenho da qual a Administração deve preencher uma definição específica incompletamente feita na lei. Trata-se, portanto, de uma integração administrativa da legitimidade.[\[47\]](#)

Com efeito, cumpre registrar que há respeitável doutrina que defende a existência do mérito não apenas nos atos discricionários da administração, mas também nos atos vinculados, já que, mesmo nesses últimos, ao administrador será conferido o poder-dever de, na gestão da coisa pública, atuar com ponderação em busca da finalidade perseguida.

A referência ao mérito do ato administrativo é ordinariamente feita de modo tal que, muitas vezes, somos legados a supor, da leitura do contexto no qual empregada a expressão, que somente os atos administrativos discricionários comportam mérito. Nada mais equivocado.

[...] é certo que o ato da autoridade pública, seja discricionária, seja vinculado, que não atenda ao fim a ser alcançado, estará sendo praticado em desconformidade com a norma jurídica que a ela atribui poderes (deveres-poderes).

[...] Parece-me evidente, destarte, que tanto os atos praticados no exercício de competência discricionária, quanto aqueles praticados no exercício de competência vinculada, comportam um momento de mérito.[\[48\]](#)

Embora haja divergência doutrinária acerca da existência ou não do vício de mérito, cumpre-nos o registro de que, para alguns, tal vício decorre do “exercício vicioso da discricionariedade, comprometendo o mérito”[\[49\]](#), enquanto que para outros “não existe um vício de mérito do ato administrativo que não se reduza a um vício de legalidade. [...] toda vez que se puder demonstrar que o ato é inconveniente e inoportuno, haverá ilegalidade e, portanto, invalidade.” [\[50\]](#) Ou seja, para essa parte da doutrina, o conceito de vício de mérito não é mais do que mera redundância, já que, em verdade, trata-se de vício de legalidade.

5 OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA

A doutrina pátria é escassa quanto ao conteúdo da abordagem específica dos critérios de oportunidade e conveniência dos quais se utiliza a administração pública para integrar sua ação política.

Ocorre que muitos estudiosos da matéria criam certa celeuma ao abordar mérito administrativo, discricionariedade administrativa e oportunidade e conveniência como se fossem sinônimas umas das outras. “Convencionou-se apelidar os vários aspectos definitórios pelo legislador ao administrador, de maneira sintética, por oportunidade e conveniência da ação administrativa.”[\[51\]](#)

É bem verdade que, no fundo, tais conceitos não se dissociam por completo. Mas também não podemos concebê-las como se estivessemos abordando os mesmos institutos sob o mesmo ângulo de análise. Tal assertiva, embora possa transmitir alguma conotação de ambiguidade, na verdade se revela extremamente coerente, senão vejamos:

Mérito administrativo é o juízo valorativo exercido pelo administrador público ao analisar, diante do caso que se lhe apresente, a pertinência do ato a ser praticado. Essa valorização é característica peculiar à discricionariedade administrativa que, por sua vez, e, determinada por previsão legal, repousa exclusivamente nos elementos motivo e objeto do ato administrativo.

Muito embora possamos estar seguros quanto à assertiva acima expressa, podemos identificar, quanto a isto, uma corrente doutrinária que mantém o entendimento divergente daquela que vislumbra a incidência da discricionariedade do ato administrativo como sendo no seu motivo e no seu objeto.

Estamos a abordar a segura doutrina de Seabra Fagundes, para quem a correlação de oportunidade e conveniência pertence apenas ao elemento motivo. Segundo o autor, a norma positiva confere ao agente administrativo liberdade para apreciar o motivo ou o objeto "do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência).^[52]

Mas o mesmo autor, em seguida, mantém a discricionariedade afeta ao outro elemento que abordamos como tendo esta característica, qual seja, o objeto ou conteúdo do ato: "No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com o objetivo variável."^[53]

Ou seja, oportunidade e conveniência são opções administrativas criteriosas manifestadas pelo "ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção" ^[54] e que se relacionam diretamente com os pressupostos de fato e de direito e com os resultados jurídicos colimados.

O ato administrativo diz-se oportuno quando existam e bastem os pressupostos de fato e de direito de sua edição. Presumem-se, em consequência, que atende às finalidades para as quais é praticado.^[55]

[...]

O ato administrativo diz-se conveniente quando a escolha do seu conteúdo jurídico leva à produção de um resultado que, em tese, atende à finalidade para a qual é praticado.^[56]

Em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, o acórdão do recurso especial nº 671357/PR, de relatoria do Ministro José Delgado, reverenciou os modos ou critérios de oportunidade e conveniência com os quais o agente público da função judiciária fez uso de sua competência discricionária e proferiu decisão acerca dos chamados incidentes de uniformização de jurisprudência, nestes termos:

[...]Cuida-se de recurso especial interposto pelas alíneas "a" e "c" da permissão constitucional contra acórdão assim ementado: "JUROS DE MORA. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CORREÇÃO MONETÁRIA EMPREGADA NO CÁLCULO ORIGINAL. PRECLUSÃO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA. 1. Segundo os precedentes desta Corte, o incidente de uniformização de jurisprudência em nosso sistema constitui-se mera faculdade do Julgador estando a instauração do procedimento sujeita aos critérios de oportunidade e conveniência.^[57]

O ato administrativo, pois, será propriamente oportuno quando os efeitos de sua edição se converterem em situações adequadas e favoráveis, enquanto que o ato conveniente, terá que exprimir conotação de utilidade ou vantagem. Ressaltando-se que, em ambos os casos, por óbvio, os benefícios perseguidos pela ação discricionária do agente terá como propósito nuclear o interesse público.

6 MOTIVO E OBJETO

Diante da estreita e insofismável relação que os critérios de oportunidade e conveniência guardam com os elementos do ato administrativo "motivo" e "objeto", respectivamente, vislumbramos a necessidade de abordá-los nesta pesquisa, ainda que sob o viés de um despretenso escorço.

6.1 MOTIVO

Também nesse ponto encontramos considerável celeuma doutrinária, haja vista as inúmeras classificações que são adotadas em relação ao motivo e ao objeto do ato administrativo. Ocorre que, em relação aos “componentes” do ato administrativos, “os autores não estão acordes acerca do número e da identificação desses requisitos, sem levar em conta que ora são chamados de elementos e ora de pressupostos.” [58]

Para Diógenes Gasparini e para Edimur Ferreira de Faria, por exemplo, motivo e objeto são requisitos do ato administrativo, enquanto para José dos Santos Carvalho Filho, Alexandre de Moraes e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que adotam o entendimento difundido por Hely Lopes Meirelles, entendem que o motivo e o objeto sejam elementos do ato. Já o lastro doutrinário capitaneado por Celso Antônio Bandeira de Mello, confere ao objeto e ao motivo do ato emanado pelo poder público o status de pressupostos de existência e validade, respectivamente.

Sem embargo de qualquer preferência técnico didática das variantes descritas, e, principalmente pelo escopo objetivo do presente estudo, não nos aventuraremos na seara das referidas classificações, muito embora, para se evitar certa redundância, será necessário o uso dos vários vocábulos supracitados.

A par dessas considerações, o que nos parece de maior relevância no momento é a constatação amplamente dominante, senão unânime, de que a competência discricionária do administrador público concentra-se efetivamente no motivo e no objeto do ato administrativo.

Como motivo, em sentido amplo, devemos entender a circunstância de fato ou de direito que, ocorrendo, autorizará ao agente público agir de acordo com as necessidades do evento posto. Ou seja, a praticar um ato administrativo.

Consustancia situações do mundo real que devem ser levadas em consideração para o agir da Administração Pública competente. São ações ou omissões dos agentes públicos ou dos administrados ou, ainda, necessidades do próprio Poder Público que impelem a Administração Pública à expedição do ato administrativo. Com efeito, a construção irregular (situação real) pode ensejar a edição de um ato

administrativo (embargo) que imponha a imediata paralisação da atividade de construir.^[59]

Concordamos com os ensinamentos propostos por Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que o referido evento se dá no mundo empírico, externo ao ato em si. Alias, essa situação fática irá ocorrer, necessariamente, antes da prática do ato, já que é o motivo que irá, por certo, provocá-lo.

Nesse ponto cumpre-nos observar que Celso Antônio diferencia motivo de móvel, onde o motivo seja o pressuposto objetivo (externo) do ato, e o móvel "é a representação subjetiva, psicológica, interna do agente e correspondente àquilo que suscita a vontade do agente (intenção)." ^[60]

Ocorre que, enquanto Celso Antônio apresenta essa distinção de móvel como vontade do agente, grande parte da doutrina aborda como sendo simplesmente motivo do ato, e que só apresenta relevo no exercício dos atos administrativos de competência discricionária. "Não se confundem motivo e móvel. Aquele, o motivo, indica uma situação de fato ou de direito, objetiva. Este, o móvel, expressa o propósito, a intenção do agente do ato." ^[61]

O motivo que ensejará a prática do ato administrativo pode ou não estar previsto em lei. Nesse caso, o administrador estará vinculado à ocorrência do fato consignado na norma. Ao contrário, se o motivo não estiver expresso em lei, poderá o agente avaliar e escolher uma determinada situação fática para a prática do ato.

Assim, o motivo do ato administrativo está apoiado em dois pressupostos, o fático e o legal.

Ressalte-se que o motivo como elemento integrante para a perfeição do ato poderá estar ou não previsto em lei. Se estiver previsto em lei, a prática do ato administrativo dependerá da efetiva ocorrência dos pressupostos fáticos e legais. Se não houver expressa previsão legal, o motivo será deixado a critério do administrador. No primeiro caso, será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto a sua existência e valoração. ^[62]

Maria Sylvia Zanella di Pietro assevera, com propriedade, que não é só quando a lei for omissa em relação ao motivo do ato administrativo que o agente poderá agir de forma discricionária, mas, também, “quando a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos que deixam à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios de valor” [63] que são inerentes à gestão pública.

Ainda com relação ao motivo do ato administrativo é interessante registrar que a ausência ou a inverdade na exposição dos motivos que colimaram para a prática administrativa é mácula de nulidade do ato. Essa necessidade de que o motivo realmente exista e seja fidedigno, por assim dizer, é o que a doutrina denomina como sendo a teoria dos motivos determinantes.

Desenvolvida no Direito francês, a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato. [64]

Pela teoria dos motivos determinantes, estando o motivo do ato administrativo previsto em lei ou não, a sua presença se revela fundamental para que o agir da administração seja válida e surta seus efeitos pretendidos. No caso do motivo de estar previsto em lei, não há margem de digressões eloquentes por parte do agente público que, por disposição legal, a ele estará vinculado. Se, ao contrário, a lei não explicitar o motivo, de qualquer forma o administrador restará vinculado ao resultado do ato por ele praticado, só que, desta feita, pelo motivo que ele próprio justificou.

6.2 OBJETO

Assim como acontece em relação ao motivo do ato administrativo, também quanto ao objeto subsiste certa celeuma doutrinária. Contudo, neste caso, a confusão se acentua, posto que, além de encontrarmos o objeto, ora como elemento, ora como requisito, ele também é abordado como sinônimo de conteúdo do ato administrativo. “Para alguns autores, o objeto do ato

administrativo é sinônimo de conteúdo. Para outros, os dois termos são distintos por configurarem realidades diferentes.”[\[65\]](#)

Objeto ou conteúdo é aquilo que o ato determina, ou seja, o que o ato cria, modifica, resguarda ou extingue na ordem jurídica.

Objeto é, pois, o efeito jurídico produzido pelo ato. Conforme o seu teor poderá ser um ato de demissão, de desapropriação, etc.

Da mesma forma, como no direito privado, o objeto ou conteúdo deve ser certo, lícito e materialmente possível, e, modernamente, o objeto do ato administrativo deve ser também moral.[\[66\]](#)

Entrementes, mais uma vez nos curvamos à polida doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, já que nela encontramos uma abordagem que julgamos mais técnica a respeito do objeto por dissociá-lo, coerentemente, do que seja conteúdo do ato administrativo. Muito embora, e, com a mesma ressalva de “anti-redundância” que consignamos no que concerne ao motivo do ato administrativo, permitimo-nos, eventualmente, fazer menção ao objeto relacionando-o com o conteúdo do ato.

Segundo a doutrina em relevo, o “conteúdo – normalmente designado como objeto, por muitos doutrinadores – é aquilo que o ato dispõe. Isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica.”[\[67\]](#) Enquanto que o objeto propriamente dito vem a ser “aquilo” sobre o qual o conteúdo do ato dispõe.

Seguindo o entendimento manifestado por Celso Antônio, Diógenes Gasparini também desvincula os conceitos de conteúdo e objeto do ato administrativo, sendo aquele, o que o ato prescreve, e este, a “coisa” sobre a qual se prescreve.

Conteúdo [...]. É também chamado de objeto, expressão que não é do nosso agrado dado ter outra significação. Assim, o conteúdo pode ser a aquisição, o resguardo, a

transferência, a modificação, a extinção, a declaração de direitos, ou a imposição de obrigações aos administrados ou ao próprio Estado. O conteúdo do ato administrativo, vê-se, é aquilo para que o ato se preordena ou a que se destina. Em última análise, é a modificação do ordenamento jurídico.

[...]

Objeto é alguma coisa sobre a qual incide o conteúdo do ato administrativo. Assim, um ato administrativo que abona as faltas dos servidores, verificadas em razão da greve nos serviços metroviários, tem por objeto as faltas ocorridas. Com outro exemplo aclara-se melhor o que se está afirmando: num ato administrativo de permissão de uso de bem público imóvel o objeto é o bem.[\[68\]](#)

Em rude síntese, mas perspicaz, podemos dizer que conteúdo é o que o ato faz, é o decidir, enquanto que o objeto é sobre o que se decide.

7 PRINCÍPIOS DO ARTIGO 37, *CAPUT*, DA CF/88

7.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

O problema do apego a dogmas parece ser crônico e intransponível, mas na verdade não é o que aparenta ser.

Se observarmos ao longo da história da humanidade as lutas e conquistas sociopolíticas do indivíduo, hoje considerado cidadão, constataremos algumas mudanças ocorrerem, pelo menos no campo teórico. Muito embora também seja verdade que não veremos nessas mudanças uma transposição pacífica de eventos históricos.

Toda a história do progresso humano foi uma série de transições através das quais costumes e instituições, umas após outras, foram deixando de ser consideradas necessárias à existência social e passaram para a categoria de injustiças universalmente condenadas.[\[69\]](#)

No mundo do direito, desde a transposição do estado déspota, passando pelo liberalismo, até adentrarmos ao que chamamos de estado de direito, não foi diferente. A alteração da concepção do indivíduo súdito para o cidadão se deu também sob o flagelo da luta, que permeia toda história da humanidade.

Mais especificamente no caso do presente estudo, a aceitação de uma nova concepção interpretativa de normas e princípios que regulam e tutelam direitos e garantias fundamentais e redistribuem ou reorganizam as funções do Estado enfrenta resistência considerável no meio jurídico.

Mas para superar os enfrentamentos que o tema suscita, o que devemos ter em mente é a verificação de uma interpretação teleológica da norma constitucional. Devemos nos ater ao fim a que ela se propôs, pois, muitas vezes, a literalidade de uma lei pode acabar com sua essência, tornando-a inócua, quando não, injusta.

Não por acaso, os princípios conquistaram a hegemonia anteriormente atribuída às leis e estão aí dispostos a harmonizar e pacificar interesses, bastando, para isso, que seja sobrepesado o bom-senso, a coerência, a razoabilidade, em detrimento da forma excessiva, de uma mecânica legislativa insipiente e ultrapassada.

Como lecionam Sérgio Ferraz e Adilson Dallari: "...os princípios são vetores interpretativos; servem para orientar a correta interpretação das normas isoladas. É pacífico na doutrina que as normas jurídicas podem comportar uma pluralidade de interpretações; os princípios servem exatamente para indicar; entre as interpretações possíveis diante do caso concreto, qual deve ser obrigatoriamente adotada pelo aplicador da norma em face dos valores consagrados pelo sistema jurídico.^[70]

Uma vez que a temática afeta aos princípios se demonstra extremamente ampla e complexa, tomaremos, por prudência, o cuidado de nos atermos apenas às bases principiológicas de capital relevância ao deslinde desta pesquisa, quais sejam, os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e

legalidade, com ênfase a este último, bem como seu desdobramento em princípio da juridicidade.

Tal providência nos é motivada, diante da expressa previsão aos princípios sobreditos, consignada no caput, do artigo 37, da Constituição Federal, ao dispor sobre a Administração Pública.

Pelo princípio da impessoalidade devemos entender que o agente público imbuído na administração pública deve pautar-se em conferir a todos os administrados tratamento equânime, parcial.

Desse princípio decorrem outros dois subprincípios, se é que assim podemos classificá-los. São eles o princípio da isonomia e o princípio da finalidade.

Ambos guardam perfeita sintonia entre si, já que o princípio da isonomia determina que a Administração deve observar a igualdade de tratamento dispensado “[...] aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica [...]” [71], enquanto que o princípio da finalidade, de identidade ímpar com o Direito Administrativo, refere-se ao fato de que a conduta do Administrador deve visar sempre o bem comum, o interesse público.

[...] para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicando alguns para favorecimento de outros.[...] o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória.[72]

Nada mais coerente, em se tratando de Administração pública, afinal, “[...] o administrador é um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal [...]”, atuando pelos administrados, gerindo coisa alheia, posto que a todos pertence.

Já o princípio da moralidade consagra a ideia de que o administrador não deve estar submetido apenas aos limites da lei estrita, mas também aos conceitos éticos e morais, tendo cuidado, a Constituição Federal de 1988, no inciso LXXIII, do artigo 5º, de prever expressamente, a possibilidade de se interpor ação popular “[...] para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa etc.” [73].

Sem dúvida que o referido princípio suscita eloquentes discussões, mormente se cogitarmos a abordagem filosófica de que a moral, como regra de conduta, é volúvel de acordo com a época e o contexto social em análise. Mas, evitando adentrar nesta seara, bastamo-nos a aceitá-la como expediente de conduta ilibada e ordeira, baseadas na lealdade e na boa-fé do administrador para com os administrados.

Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. [74]

Tal princípio, infelizmente, encontra-se em voga em nossos dias, sobre tudo diante dos desmandos e ingerências administrativas que a cada dia são mais e mais evidentes, haja vista o espaço que ocupam nos noticiários televisivos e escritos do país.

Também pelo princípio da moralidade, tem-se que o administrador não está apenas vinculado à lei pura, “[...] deverá ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo da Administração [...]” [75]

No que concerne ao princípio da publicidade destacamos que seu o conteúdo permeia a razoável indicação de que ao agente público não é permitido agir de forma encoberta, de forma que todos os seus atos devem ser de conhecimento dos cidadãos.

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.^[76]

Tal compreensão se demonstra necessária quando o que se pretende é evitar, ou, pelo menos, atenuar a possibilidade do administrador, gerindo a coisa pública, praticar às escondidas, atos condizentes com a função que ocupa. Tal regra, “[...]somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar, prevalecendo esse em detrimento do princípio da publicidade,[...]”^[77]

Não é admissível, portanto, o sigilo da atuação administrativa, a não ser para resguardar a segurança da sociedade e do Estado, como também para preservar a dignidade da pessoa humana, se por exemplo a publicidade, de qualquer sorte, ameaçar ou prejudicar a eficácia do direito, entrar em conflito com o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem das pessoas[...].^[78]

Da mesma forma, o princípio da publicidade encontra resguardo constitucional no art. 5º, XXXIII, da Carta Republicana, e tem como escopo garantir ao administrado a lisura dos atos administrativos, o direito à informação e a transparência da gestão administrativa.

Outro princípio do texto constitucional destacado no título deste capítulo, ou seja, no art. 37, caput, da Constituição, é o da eficiência.

Originalmente, o texto constitucional do aludido artigo não previa de forma expressa o princípio da eficiência, sendo que a doutrina e a jurisprudência já o vislumbravam de forma implícita.

Na doutrina, Sérgio de Andréa Ferreira já apontava a existência do princípio da eficiência em relação à

Administração Pública, pois a Constituição Federal prevê que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (CF, artigo 64, II).[\[79\]](#)

Entretantes, tal princípio culminou por ser acrescentado ao mencionado art. 37, *caput*, da Carta Magna, pela edição da Emenda Constitucional nº 19/98. Com isso, vigora, agora de forma textual, o princípio da eficiência que, como visto, já era prestigiado, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Na verdade, nem haveria a necessidade de previsão literal do sobredito princípio na Constituição, já que, o mínimo que se pode esperar da Administração é exatamente eficiência no trato da coisa pública. Mas, como vivemos em uma cultura que tende a desfigura mesmo os comandos normativos positivados, que dirá os que se acham implícitos.

Mas o que é eficiência? No dicionário Aurélio [...], eficiência é "ação, força, virtude de produzir um efeito; eficácia". Ao que nos parece, pretendeu o "legislador" da Emenda 19 simplesmente dizer que a Administração deveria "agir" com eficácia. Todavia, o que poderemos afirmar é que sempre a Administração deveria agir eficazmente. É isso o esperado dos administradores. [\[80\]](#)

De qualquer forma, o fato de a Emenda Constitucional nº 19/98 ter inserido ao texto constitucional o princípio da eficiência se traduz em mais um mecanismo posto a serviço da coletividade, posto que o Judiciário pode, à luz do referenciado vetor normativo, exercer com maior respaldo o controle dos atos emanados da Administração Pública.

Mas, conforme alhures delineado, a aplicação do princípio da eficiência, bem como a de todos os outros que citamos, reflete uma ameaça ao "imutabilismo" que digladiava com todas as suas forças para que os dogmas não sejam rompidos e os paradigmas não sejam alcançados.

Falamos daquela feição doutrinária extremamente conservadora que é reticente em aceitar o controle jurisdicional dos atos da administração à luz desses comandos normativos. Ou, quando muito, o admitem com robustas ressalvas.

O controle Jurisdicional, entretanto, sofre limitações e só pode incidir quando se tratar de comprovada ilegalidade. Como tem consagrado corretamente a doutrina, "o Poder Judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entende ser de maior grau de eficiência", nem invalidar atos administrativos invocando exclusivamente o princípio da eficiência." [81]

Mais adiante tentaremos desmistificar essa tendência defendida por parte da doutrina que, diga-se, não é pequena, ao contrário, mas com a qual, desde já consignamos não concordar.

Finalmente, quanto ao princípio da legalidade, temos que este vetor interpretativo deva ser analisado com maior acuidade.

O gene embrionário do que viria a ser o princípio da legalidade nos reporta aos movimentos estruturais do Estado Liberal, em que se privilegiou a soberania popular e criou-se a separação de poderes com vistas a coibir o absolutismo monárquico até então proeminente.

O Estado Absoluto começa a ruir no momento em que se inicia um processo em que se privilegia a lei, ou, a função legislativa, como elemento controlador da intervenção despótica no cotidiano popular. Ou seja, nesse momento, se primou pela proteção da liberdade dos cidadãos contra os desmandos dos soberanos, pela lei.

Passando do Estado Liberal para o Estado Social, novas alterações foram necessárias à adequação das funções estatais. "A assunção pelo Estado de novos encargos passou a justificar o aumento da competência normativa e a ampliação da área de autonomia do Poder Executivo[...]" [82]. É que, para que o chamado Estado Providência conseguisse atuar foi preciso que o Poder Legislativo editasse leis conferindo ao Executivo uma maior autonomia.

A expansão da atuação do Estado, de perigoso atentado à Liberdade no Estado Liberal, passou a ser a redenção das maiorias no Estado Social. Até que ponto o Estado Social também é opressor ou excessivamente oneroso e ineficiente – eis a grande questão. Os pressupostos de um e de outro modelo de Estado não poderiam ser os mesmos – e não são – os mecanismos de controle do poder, também não.^[83]

Realmente, o descaso e o desrespeito do Poder Executivo com os direitos e garantias fundamentais acabaram por provocar a sujeição de seus atos, assim como os da função legislativa, não mais à lei estrita, mas à constituição, ao Estado de Direito.

Nesse contexto, exsurge a necessidade de uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário e a conotação que se tinha de proteção da liberdade pela lei é superada pela necessidade de se proteger a liberdade da lei, subjugando-a à carta magna.^[84] “O princípio da legalidade assume, então, uma feição muito particular. Não é ela concebida como regra de conteúdo da atividade administrativa, mas sim como regra do seu limite, inserida na dialética da autoridade e da liberdade.”^[85]

Analisaremos, a seguir, de forma mais detida, conforme já alertamos, o princípio da legalidade como ele é admitido e estudado nos nossos dias, e, posteriormente, abordaremos o princípio da juridicidade, o qual se revelará a pedra de toque da pesquisa que nos propomos.

7.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, segundo ostenta Celso Antônio Bandeira de Mello, é o “princípio basilar do regime jurídico-administrativo”, por ser específico do Estado de Direito, donde, por sua vez, se originou o Direito Administrativo como nós o concebemos.^[86]

Na Carta Política de 1988, o princípio da legalidade encontra previsão expressa no artigo 5º, II, no sentido de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Por consectário lógico, o que se

depreende do referido enunciado é que, ao particular, pelo menos, é permitido fazer ou abster-se de fazer tudo aquilo que a lei não veda.

No que concerne à administração pública, todavia, o mesmo não se pode concluir, já que, sendo a lei emanada pelo próprio Estado, não seria lícito aos seus agentes, em qualquer nível hierárquico que o represente, agir de outra forma que não de acordo com o que a própria lei determina.

O administrador, ao atuar, apenas aplica a lei, apenas realiza concretamente uma vontade geral, sem que a sua própria interfira no processo. A atividade pública não é propriedade de quem a exerce, significando apenas o exercício de dever-poder, indissolavelmente ligado a finalidade estranha do agente. Ademais, ninguém exercerá atividade pública que não emane da lei.^[87]

Se tal situação não for observada, o ato administrativo decorrente da inobservância legislativa deverá ser invalidado por vício de ilegalidade.

A observância da legalidade é fundamental na realização administrativa pelo Estado. [...] a posição do particular em face da lei é distinta da posição do agente público. Ao primeiro é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. O agente público deve praticar ato se determinado ou permitido por lei no sentido lato. Atos praticados sem a observância dessa regra são inválidos, não podendo, por conseguinte, produzir efeitos válidos.^[88]

Essa obrigatoriedade de que a atuação estatal seja fundada em lei decorre, como visto na contextualização do tema, da necessidade em se coibir vontades e caprichos particulares de quem detenha o poder de governar, já que o que deve estar fulcrado no âmago do ato administrativo não é a vontade do agente ou de um particular, mas sim, as diretrizes que persigam o bem coletivo. "O princípio da legalidade surge como conquista do Estado de Direito, a fim de que os cidadãos não sejam obrigados a se submeter ao abuso de poder."^[89]

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente

obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.[\[90\]](#)

Além do aludido artigo 5º, inciso II, outro dispositivo da Constituição Federal de 1988 extremamente importante para o contexto jurídico-administrativo menciona o princípio da legalidade. Cuida-se do artigo 37, *caput*, o qual dispõe que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverá obedecer, dentre outros, ao princípio da legalidade.[\[91\]](#)

Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado Moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar lei (legislação) e de executar a lei (administração e jurisdição). Essa última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legiferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei.[\[92\]](#)

Hodiernamente, exatamente pela tendência principiológica do Direito, o sentido de que a administração está adstrita aos limites impostos pela lei deve ser entendida de forma mais ampla e abrangente, conforme veremos a seguir.

7.3 PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Em meados do século XX, a hegemonia da submissão exclusiva às leis sucumbe ante a constitucionalização dos princípios com consequências significativas para o sistema. “Como fruto da constante e renovada relação dialética entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o ‘direito por regras’ do Estado

de Direito cedeu lugar, no constitucionalismo contemporâneo, ao 'direito por princípios'." [93]

Essa nova consciência principiológica do direito, então, transborda o âmbito de sujeição do administrador público para contornos muito mais abrangentes que aquele em que se afirma que ao agente público só é permitido fazer ou deixar de fazer o que dispuser a lei. Longe disso, agora a atuação estatal submete-se à todo um sistema de normas, incluindo-se leis, regulamentos, decretos, resoluções e princípios gerais e particularizados, insertos na Constituição Republicana de 1988.

A coleção de normas sancionadas pelo Estado não se esgota, portanto, no direito positivo, embora seja este seu sistema central de referência, integrando-se, também, na ordem jurídica, os princípios gerais e especiais do Direito e de seus ramos, os preceitos ou regras, oriundos de fontes jurídicas secundárias, institucionais ou costumeiras, cuja eficácia seja reconhecida, tais como as normas setoriais de todo gênero: as admitidas, as reconhecidas, as recepcionadas e as deslegalizadas.[94]

Ora, o direito não é e nem deve ser algo estanque, hermético, inerte, tendo a função social que tem e sendo a ciência humana que é. Ao contrário, deve ser analisado como um todo, levando-se em conta todas as suas possibilidades interpretativas. O que justifica cada vez mais a afirmativa de que "a Administração não age apenas de acordo com a lei; subordina-se ao que se pode chamar de bloco de legalidade." [95]

O que se depreende dessa abordagem do ordenamento jurídico de forma sistêmica, enfatizando-se os princípios, por óbvio, é uma nova realidade também em relação ao enfoque que se deverá dispensar ao entendimento do que seja ato vinculado e ato discricionário.

[...]o conceito de vinculação ultrapassou os limites da legalidade, no sentido de conformidade com as regras jurídicas, para abranger também a compatibilidade com a principiológica constitucional, para além do princípio da legalidade, pois assevera que o administrador jamais desfruta de liberdade legítima e lícita para agir em

desvinculação com os princípios constitucionais do sistema.[\[96\]](#)

Desse modo, a coletividade tende a ficar menos exposta aos desmandos de governantes que, mesmo do Estado de Direito contemporâneo, insistem em percorrer os meandros lacunosos e deficientes das leis, mas encontram nos princípios o elo integrativo complementar do ordenamento jurídico, o que reduz sobremaneira o risco de uma prática administrativa promíscua.

Não há dúvida de que, tendo à disposição toda uma completude normativa, nela compreendidas as nuances ordenadoras já enfatizadas, a função judiciária é incitada ao exercício de um controle mais eficaz dos atos administrativos, do que se permanecesse relegado apenas ao limite da letra da lei propriamente dita.

Em que pese a atual contextualização normativa provocada pela novel abordagem principiológica do direito, a maioria da doutrina continua a nomear o princípio da legalidade como tal, ressalvando, entretanto, que sua amplitude não mais permanece como antes.

[...] o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira acanhada, de maneira pobre. E assim seria se o administrador, para prover, para praticar determinado ato administrativo, tivesse sempre que encontrar arrimo expresso em norma específica que dispusesse exatamente para aquele caso concreto.[...] o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei[...][\[97\]](#)

Contudo, uma vez que o princípio da legalidade efetivamente ganha novos e robustos delineamentos, tornando-se mais amplo e abrangente, entendemos que não mais faz sentido reduzir, ainda que apenas por sua nomenclatura, o princípio que irá basilar toda a vinculação administrativa, a uma conotação que carrega o selo pejorativo do legalismo estrito.

Ao ordenar ou regular a atuação administrativa, a legalidade não mais guarda total identidade com o Direito, pois este passa a abranger, além das leis – das regras jurídicas, os princípios gerais de Direito, de modo que a atuação do

Poder Executivo deve conformidade não mais apenas à lei, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios jurídicos, com a superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade.^[98]

Pelo princípio da juridicidade, então, temos que a administração pública resta submissa não mais apenas à lei, como sempre se convencionou dizer, mas à todo o plexo normativo que compõe o Direito.

8 CONTROLE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO JUDICIÁRIO

Após termos analisado o cerne do ato administrativo em seu mérito e em seus elementos motivo e objeto, que possibilitam ao administrador público atuar com certa margem de liberdade, a chamada discricionariedade administrativa, conjeturamos a subjetividade valorativa existente no momento em que o agente, ao decidir segundo a oportunidade e conveniência deve sempre ter como norte, o bem comum.

Então, como houve a necessidade de se abordar o que entendemos ser o substrato mediador da atuação discricionária do administrador público, falamos do que entendemos ser o princípio da juridicidade como base principiológica disciplinadora da atuação estatal. "A constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, [...] ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade." ^[99]

Nesse momento, culminamos por adentrar o capítulo que espelha o ponto nevrálgico deste estudo, qual seja, a possibilidade da Função Judiciária controlar a atividade pública administrativa.

Conforme já divagamos a respeito, o chamado Poder do Estado subdivide-se nas funções Administrativa, Legislativa e Judiciária. Assim sendo, cada uma dessas funções, no exercício do seu mister constitucional, atua para o equilíbrio da máquina estatal de forma integrada e harmônica.

A cada função corresponde uma espécie de ato (de norma) estatal: a lei (função legislativa), o ato administrativo (função administrativa) e a sentença (função jurisdicional). A lei se submete à Constituição. O ato administrativo e a

sentença são inferiores à lei. A sentença pode anular (isto é, desfazer os efeitos, tirar do mundo jurídico) o ato administrativo ilegal.[\[100\]](#)

Ocorre que, assim como a constante evolução social, as relações dessas funções estatais evoluíram e transmutaram-se, discrepando, em parte, daquele modo inicialmente concebido por Montesquieu. “[...] Sabe-se que o Estado Democrático de Direito possui características substancialmente distintas da concepção liberal de proteção da burguesia em face da concentração do poder estatal.”[\[101\]](#)

Ao Judiciário, sobretudo, coube o múnus de zelar para que os direitos fundamentais constitucionalizados e a amplitude substancial conferida aos princípios fossem efetivados e respeitados pelas funções administrativas do Estado, incluindo-se nelas, as do próprio poder judicante.

Para o cumprimento desse mister, é indispensável vislumbrar, no princípio da separação de funções, não um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, devendo o Judiciário, portanto, nesse novo momento, atuar diretamente na prevenção da supremacia da Constituição.[\[102\]](#)

Não encontram óbices os argumentos de que, se o administrador público tiver de agir de acordo com sua competência vinculada diante de determinada situação que se lhe apresente, e, ou não o faz, ou toma medidas em desacordo com o que a norma prescreve para o ato, tal manifestação ou omissão administrativa pode e deve ser revista pelo Judiciário. “Em relação aos atos administrativos vinculados, em face de a lei determinar todos os seus elementos, o controle jurisdicional é pleno, pois inexistente vontade subjetiva da Administração em sua edição.” [\[103\]](#)

Divergências precipitam-se no momento em que trazemos à baila questões instigantes como as que suscitam a possibilidade da Função Judiciária exercer o controle de atos praticados sob a prerrogativa da competência discricionária conferida à Administração.

Esse mérito corresponde exatamente ao espaço do poder de escolha conferido ao agente. O entendimento dominante é de que neste conteúdo o Judiciário não pode adentrar. Do contrário, estaria ele substituindo o Poder Executivo, quanto à verificação da conveniência e da oportunidade na concretização de sua atividade discricionária. Essa substituição seria inconstitucional, por ferir norma expressa tangente às competências dos três Poderes.[\[104\]](#)

É bem verdade que, a princípio, tal possibilidade pode traduzir um certo desconforto organizacional, já que, inadvertidamente, poderíamos concluir que o exame de atos de competência discricionária por parte do Judiciário implicaria numa ingerência deste Poder no âmbito da competência das demais Funções estatais. Mas, na realidade, não é isso que ocorre.

Em primeiro lugar é necessário que tomemos por zelo observar que o Poder estatal é um só, decorrente da supremacia da Constituição e não três como enganosamente se costuma conceber.

De qualquer modo, independentemente dos preciosismos interpretativos, é pacífico o entendimento de que o poder do Estado é uno e indivisível, o qual se desdobra em várias funções, sendo três as principais – legislativa, executiva e judiciária –, que possuem destinação a organismos diferentes, com os mesmos tomando os nomes das respectivas funções.[\[105\]](#)

Diz-se que essas funções são proeminentes e não exclusivas, pois atualmente existem instituições as quais não se sabe bem ao certo em qual das funções originais se enquadrariam, como por exemplo, o Ministério Público, o Tribunal de Contas, etc., ou se seria o caso de se estabelecer novas possibilidades de estruturação dessas Funções. “No Estado moderno, as atividades estatais foram tomadas por uma extrema complexidade, com a ação do Estado, em face dessa nova realidade, passando a ocorrer de forma estruturada.”[\[106\]](#)

Tomando-se como representação essa ideia sistêmica de conjunto em que o Poder é um só e que na verdade é exercido através de três funções, a possibilidade

de uma dessas funções observar se os atos praticados pelas demais não se configuram ou não ilegais adquire, por certo, uma forte conotação de razoabilidade. "A teoria sistêmica preconiza a visão de conjunto, partindo do pressuposto de que cada uma das funções estatais é constituída da mesma matéria essencial das outras, apenas que, em cada uma, despontam aspectos particularizantes."[\[107\]](#)

Superado, então, o dogma do sistema de tripartição de poderes originário, pela concepção de poder uno, passemos à análise que nos interessa nesse contexto, qual seja, a possibilidade de a função judiciária exercer o controle dos atos administrativos, mais precisamente quanto ao seu mérito.

Durante muito tempo, como vimos, entendeu-se que o controle dos atos de competência discricionária da administração pública limitava-se ao cotejo do referido ato à lei estrita, expressamente ligada ao caso e circunstância do ato praticado, não podendo a função Judiciária imiscuir-se no juízo de conveniência e oportunidade da decisão administrativa. Sob este aspecto, defendia-se que "ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade."[\[108\]](#)

[...] não pode o Poder Judiciário invadir o mérito do ato administrativo discricionário. O legislador concedeu a competência para decidir qual a melhor solução perante o caso concreto para o administrador público. A apreciação subjetiva, ou seja, o juízo de conveniência e oportunidade é de competência exclusiva do administrador público, não cabendo ao juiz tal decisão.[\[109\]](#)

Essa realidade não nos é estranha, pois os Tribunais Superiores ainda permanecem reticentes em acatar e propalar a possibilidade de se estender o campo de abrangência do controle jurisdicional para fora da legalidade pura, concebida na lei propriamente dita.

É o que ocorre, por exemplo, quando são trazidas à apreciação do Judiciário, matérias que envolvem a análise de questões e notas decorrentes de concurso público, vide:

[...]O Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência uniforme no sentido de que, em concurso público, não cabe ao Poder Judiciário examinar o critério de formulação e avaliação das provas e notas atribuídas aos candidatos, ficando sua competência limitada ao exame da legalidade do procedimento administrativo. Aliás, raciocínio diverso culminará, na maioria das vezes, na incursão do mérito administrativo, o que é defeso ao Poder Judiciário. Precedentes.[...] [\[110\]](#)

Mas, em contrapartida, os movimentos que extrapolam os limites dogmáticos dessa legalidade estanke partem de não menos consistentes doutrinadores que, já há algum tempo, vêm apregoando uma realidade nova e paradigmática para o tema, com base no fundamento de que não se pode aferir a ilegalidade ou a antijuridicidade, como queiram, de determinado ato administrativo, sem que seja necessária a análise dos elementos discricionários da referida ação pública.

Isso ocorre porque “o conceito de lesividade, conceito pragmático ou indeterminado, só poderá ser aferível, no caso concreto, mediante exame amplo do ato emanado, envolvendo também o comumente denominado de mérito.”[\[111\]](#)

Com toda a razão e propriedade, então, inicia-se a avolumar um movimento em prol da dilatação conceptiva de legalidade apenas na lei, haja vista, conforme mencionamos alhures, o grau de importância que se tem atribuído aos chamados princípios gerais de Direito, deixando claro que este não se esgota na lei, mormente se vislumbrarmos que o Estado está a gerir interesses coletivos.

[...] a sujeição do Estado à lei, enquanto administra interesses públicos, é muito mais ampla e, também, complexa, pois, além obrigatória da observância da vinculação legal, se deve considerar se o eventual uso da discricionariedade se conteve nos limites de possibilidade e de razoabilidade, critérios referidos a todo o ordenamento jurídico, que, no seu conjunto – de princípios, preceitos e costumes –, é o reflexo do interesse público, cujo

atendimento é a única finalidade e justificação do Estado.[\[112\]](#)

Assim entendidos, os princípios gerais de Direito, aliados às demais normas em espécie, inclusive, como visto, as costumeiras, formam um arcabouço mais amplo e consistente e propicia uma situação menos utópica em relação à garantia dos chamados direitos e garantias fundamentais.

O administrador, portanto, não estando vinculado apenas à lei em si, terá que, ao tomar as medidas administrativas que julgar pertinentes, dentro do campo de discricionariedade que lhe for conferido, levar em consideração, por exemplo, aqueles princípios expressos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que assim descreve:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência[...] [\[113\]](#)

Diante de tantas possibilidades que a aplicação de tais princípios viabilizam, e diante de tamanha índole subjetiva que esses preceitos abarcam, seria extremamente temeroso, para não dizer irresponsável, que o ato administrativo discricionário fosse contemplado com o salvo-conduto de controle apenas pela vacilante legalidade estrita. Sobretudo atualmente, quando observamos a proliferação de governos parciais e “particularizantes”, onde, em prol de uma administração “sadia”, praticam-se verdadeiros absurdos políticos sob o albergue inescrupuloso da lei fria.

Muito embora, conforme já ressaltamos, trata-se de um ranço legalista que parecia estar entranhado de tal forma que não se possibilitava a sua dissociação do organismo estatal, podemos observar algumas luzes que tencionam contra as obscuras e inescrupulosas gestões públicas que, em vez de perseguirem apenas o eleitorado, deveriam se voltar para o cidadão. Até porque, devemos observar que diferentemente do controle de legalidade, “o controle de mérito, [...], busca verificar o resultado da ação administrativa na consecução dos fins do estado, avaliando a eficiência, a eficácia e a economicidade dos atos praticados [...]”.[\[114\]](#)

Evidentemente que, quando o ato emanado pelo poder público sob sua competência discricionária, estiver em consonância com os anseios da coletividade, ou seja, de acordo com o que preconizam os referenciados princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da publicidade, não há que se falar em controle jurisdicional de tais atos, pois, neste caso, além de não existir vício quanto à juridicidade do ato, o juiz estaria realmente invadindo competência da função executiva, o que não nos interessa em absoluto.

O que estamos propondo é a possibilidade da função Judiciária analisar os atos administrativos emanados sob a égide da sua competência discricionária, quando estes se encontrarem desvinculados da finalidade de interesse coletivo que ora ressaltamos.

Nesse particular, a própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso, XXXV, cuidou para legitimar a atuação do Judiciário, quando forem violados ou ameaçados os direitos dos cidadãos, vilipendiados por uma administração que se demonstre incompetente, irresponsável ou mal intencionada.

Se a atividade administrativa, em exame, não feriu nem ameaçou o interesse juridicamente protegido – interesse legítimo ou direito subjetivo – inexistirá, em princípio, possibilidade de provocação de controle externo; se, ao contrário, qualquer que seja a atividade administrativa, ocorrer violação ou ameaça de interesse juridicamente protegido, será sempre invocável o controle externo, pelo acionamento dos órgãos constitucionalmente competentes para a tutela do que denomina a Carta Magna de lesão de direito, no art. 5º, XXXV, que, segundo a dicção do mesmo dispositivo, constituem o Poder Judiciário.[\[115\]](#)

Portanto, não há que se falar em interferência entre os poderes quando o Judiciário, ao decidir determinada situação que lhe foi trazida, posto que só poderia agir por provocação, o faz indo de encontro ao ato emanado pela administração eivado de vício de ilegalidade, já que é a própria Constituição Federal que lhe confere legitimidade para tanto.

Como ao controle judiciário é atribuída, constitucionalmente, a decisão final sobre a lesão de direito

e, mesmo à sua ameaça (art. 5º, XXXV), cabe-lhe, no Estado, empregar sua imperatividade como *last enforcing power*, ou seja, ministrando a *decisão constrictiva final*, que pode obrigar qualquer pessoa, física ou jurídica, inclusive os próprios entes estatais e seus órgãos e agentes, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa exigida em lei. (o itálico consta do original) [\[116\]](#)

Ocorre que, o que percebemos é que aqueles que insistem em não aceitar que o controle do Judiciário incida também sobre os atos emanados pela competência discricionária da administração, não conseguem se aperceber que, mesmo os atos ditos discricionários estão, de certa forma, vinculados aos referenciados princípios gerais de direito.

A concepção clássica de discricionariedade – traduzível na impossibilidade de controle judicial, concebida à época em que o Direito se identificava com a legalidade – “direito por regras”, precisa ser repensada e definida, de maneira a adequá-la a nova compreensão contemporânea do “direito por princípios”, o que implica também a redefinição de categorias afins, como o mérito administrativo. [\[117\]](#)

Ora, não seria razoável se admitir que um determinado agente público, ao proferir um ato que, a rigor, encontra respaldo em lei estrita, atentasse frontalmente contra a moralidade administrativa.

Tomemos como exemplo uma situação hipotética de certa cidade do interior em que as escolas públicas encontrem-se destruídas, sem material didático básico para os alunos e com parques salários dos professores em atraso. Diante desse quadro, o prefeito envia projeto de lei para a câmara municipal a fim de que seja aprovada verba suplementar para a compra de computadores para a rede de ensino municipal.

A câmara, concordando com o projeto, aprova-o, e, com base na lei que a casa legislativa cuidou para editar, o governante do município providencia a compra dos equipamentos eletrônicos que não tem nem lugar para serem instalados.

Devemos ressaltar que, apenas para que surta o efeito prático ilustrativo que pretendemos com o desenvolvimento da situação fático hipotética sobredita, abstenhamo-nos de perseguir detalhes que inviabilizariam seu exame, como, por exemplo, a aplicação da Lei de Responsabilidades Fiscais, que, como sabemos, possui restrições acerca da aprovação de verba extra.

Isto posto, e, retornando ao exemplo proposto, observe-se que, em que pese o fato do prefeito ter, em tese, comprado os computadores com espeque em lei municipal, a medida adotada não se revela razoável.

Portanto, o ato emanado pelo administrador cidadão, apesar de encontrar respaldo em lei, é legal, mas, por outro lado, discrepa totalmente de princípios insertos no já citado *caput*, do artigo 37, da Carta Republicana, como por exemplo, o da moralidade e o da eficiência, sem falar no tão propalado princípio geral da razoabilidade.

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o “mérito” do ato administrativo, isto é, o campo de “liberdade” conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita “liberdade” é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.[\[118\]](#)

Agora vejamos uma situação, contudo, verídica, que foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 429.570), decorrente de ação civil pública interposta pelo Ministério Público contra o Município de Goiânia/GO.

Naquele município, estava ocorrendo grave dano ambiental gerado por uma erosão de grandes proporções que, por sua vez, representava perigo para as comunidades que viviam nas proximidades, inclusive com o acúmulo de lixo e sujeira.

O Ministério Público ajuizou competente ação civil pública visando compelir a administração a tomar medidas corretivas a fim de atenuar o dano provocado pelo evento em referência.

O Tribunal de Justiça do estado de Goiás julgou o caso no sentido de que não poderia obrigar a administração pública a agir, pois trata-se de situação em que se manifesta a competência discricionária do Executivo local, sendo vedada a determinação judicial.

Interposto recurso especial, cuja relatoria coube à Ministra Eliana Calmon, reformou-se o acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás/GO, por entender a corte superior que, neste caso, “a questão não é puramente a da natureza do ato administrativo, mas de responsabilidade civil do Estado, por ato ou omissão, dos quais decorrem danos ao meio ambiente.”[\[119\]](#)

No voto condutor do acórdão referente ao recurso especial em comento, julgado em 11 de novembro de 2003, restou assentado esse novo paradigma de que o Judiciário “não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.”[\[120\]](#)

Para que não sobrevivam dúvidas de que já há, em nossas cortes superiores, uma transformação da rota paradigmática no sentido em que ora apontamos, vejamos como foi publicada a decisão:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido. (negrito e sublinhado nosso)[121]

Por último, cuidamos por reservar lugar de destaque para o derradeiro pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, tido como o nosso tribunal constitucional, a quem cabe a palavra última acerca da constitucionalidade das leis, discriminando parâmetros que vão desde a sua interpretação, até ao momento de sua aplicação.

Trata-se do recurso de agravo regimental no recurso extraordinário nº 410.715-5 proveniente do estado de São Paulo, de relatoria do Ministro Celso de Mello, pelo qual, em que magistral decisão, a Corte Suprema entendeu por bem restabelecer os efeitos da sentença proferida em primeiro grau de jurisdição, mas que fora cassada pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, para que uma criança fosse matriculada em creche do município de Santo André/SP, conforme garante a Constituição Federal em seu artigo 208, inciso IV.

A decisão do colegiado excelso consignou com destaque, o fato de que, realmente, em princípio, não cabe à função Judiciária a atividade precípua de cuidar para que políticas públicas constitucionalmente previstas sejam implementadas. Tal encargo compete privativamente ao Executivo e ao Legislativo, por óbvio.

No entanto, diante da inércia daqueles braços estatais, o Judiciário pode e deve observar para que sejam compelidos a fazer.

No caso concreto, o STF entendeu que na se trata de ato discricionário do Executivo municipal aceitar ou não a matrícula da criança por falta de vaga. Mas sim, de obrigação determinada pela Carta Magna.

Eis os pontos mais importantes do referenciado acórdão, que negou provimento ao recurso interposto pela municipalidade a fim de que o STF revisse o entendimento adotado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

[...]

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

[...]

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam

estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.[...][122]

Finalmente, devemos asseverar que, um aspecto de extrema importância que costuma passar despercebido quando se tange na possibilidade de se controlar os atos administrativos discricionários é que, ao praticar um ato, o administrador público deverá justificá-lo com uma finalidade, a qual, como vimos, só pode ser a do bem comum.

Sob esse prisma, a questão do mérito sempre estará atrelada à circunstância da finalidade do ato administrativo discricionário ou vinculado. Ou seja, “o ato da autoridade pública, seja discricionário, seja vinculado, que não atenda ao fim a ser alcançado, será praticado em desconformidade com a norma jurídica que a ela atribui poderes (deveres/poderes).”[123]

Isso ocorre porque, conforme tratamos de enfatizar ao longo deste estudo, e, exatamente pelo princípio da inafastabilidade de apreciação pelo Judiciário de ameaça ou lesão a Direito, inserto no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, entendemos que, em verdade, não existem atos totalmente discricionários, em que o agente público poderá emanar providências totalmente descompromissadas. “O princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional constitui o fundamento da possibilidade de controle jurisdicional dos atos [...] exteriorizados em função da atividade administrativa não vinculada.”[124]

[...] Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da

administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.[...][125]

A sociedade atual já não comporta mais tanto os devaneios administrativos eloquentes de outrora, quanto à hermenêutica jurídica obtusa e limitada à legalidade estrita.

Disso decorre que, na prática, não se consegue garantir plenamente a efetividade dos tão aclamados direitos fundamentais se não nos desvencilharmos dos vícios dogmáticos que resistem ao novo. Não se consegue garantir o direito de ninguém, sem que se faça uma análise conjuntural e ampla das normas e princípios que regulam nossa sociedade. Aliás, conforme demonstramos:

[...]as Cortes Superiores fazem reiterado uso dos princípios e da razoabilidade para o exercício do controle, inclusive dos atos discricionários da Administração, vele dizer, controle judicial sobre o mérito do ato administrativo, observados certos limites e as peculiaridades do caso concreto.[126]

Por tudo isso, o controle jurisdicional do mérito do ato administrativo exercido em discrepância com o ordenamento jurídico todo, se demonstra um instrumento extremamente prático de efetivação dos sobreditos direitos fundamentais.

09 JURISPRUDÊNCIA

Em que pese a resistência ainda apresentada pela jurisprudência majoritária acerca da possibilidade de controle jurisdicional do mérito administrativo, as Cortes Superiores tem se posicionado em casos específicos em sentido mais complacente, conforme se pode defluir dos seguintes julgados exemplificativos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SÚMULA 7/STJ.

POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. NÃO INFRINGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA.

1. Trata-se de ação em que o recorrente alega que o acórdão do Tribunal Regional violou o princípio da separação dos poderes ao emitir juízo de valor no mérito administrativo da sanção imposta pelo Conselho Regional de Medicina.

2. A instância de origem decidiu a questão com fundamento no suporte fático-probatório dos autos, cujo reexame é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". 3. A jurisprudência do STJ entende que o Poder Judiciário no exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, além de aferir a legalidade dos aspectos formais do procedimento, pode anular ou reformar sanções aplicáveis à conduta do servidor quando contrárias aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada foi afastada no exame do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, tendo em conta a aplicação das vedações previstas nos citados verbetes sumulares.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1762260/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 11/03/2019)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MILITAR. DETERMINAÇÃO DE PRISÃO PARA AVERIGUAÇÃO DE CONDUTA SUSPEITA. EXÍGUA FRAÇÃO DE TEMPO. ABUSO DE AUTORIDADE.

PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, EM FACE DA PARCA OFENSIVIDADE DA INFRAÇÃO, RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos cinge-se à defesa dos parâmetros da legalidade, permitindo-se a reavaliação do mérito administrativo tão somente nas hipóteses de comprovada violação dos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de invasão à competência reservada ao Poder Executivo.

2. No caso dos autos, consta do acórdão proferido pela Corte de origem, que a proporcionalidade e razoabilidade, efetivamente, foram violadas com a decisão emanada pelo Ministério da Justiça, sendo perfeitamente possível ao Judiciário verificar sua extensão e mesmo sua adequação. Assim, não merece reparos o referido entendimento.

3. Agravo Regimental da União a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 373.721/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 02/04/2018)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ATO VINCULADO. APLICAÇÃO. ADVOCACIA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DAS CONDUTAS UTILIZADAS COMO FUNDAMENTO DO ATO DEMISSÓRIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PENA ANULADA.

1. A aplicação de penalidades, ainda que na esfera administrativa, deve observar os princípios da

proporcionalidade e da individualização da pena, isto é, a fixação da punição deve ater-se às circunstâncias objetivas do fato (natureza da infração e o dano que dela provir à Administração), e subjetivas do infrator (atenuantes e antecedentes funcionais). A sanção não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato.

2. A motivação da punição é indispensável para a sua validade, pois é ela que permite a averiguação da conformidade da sanção com a falta imputada ao servidor. Sendo assim, a afronta ao princípio da proporcionalidade da pena no procedimento administrativo, isto é, quando a sanção imposta não guarda observância com as conclusões da Comissão Processante, torna ilegal a reprimenda aplicada, sujeitando-se, portanto, à revisão pelo Poder Judiciário, o qual possui competência para realizar o controle de legalidade e legitimidade dos atos administrativos.

3. A configuração da advocacia administrativa pressupõe que o servidor, usando das prerrogativas e facilidades resultantes de sua condição de funcionário público, patrocine, como procurador ou intermediário, interesses alheios perante a Administração.

4. O art. 9º da Lei n.º 8.429/92 define que "constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade" nas entidades nela mencionadas.

5. Hipótese em que o Recorrente teria protocolado, para terceiros, uma única vez, um pedido de transferência de um único veículo na CIRETRAN, sem notícia de que estivesse auferindo alguma vantagem por isso ou se utilizando do cargo que ocupava para obter algum benefício.

6. Recurso provido para conceder a segurança.

(RMS 20.665/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 30/11/2009)

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MULTA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE REEXAME DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO E DA LEGISLAÇÃO LOCAL PERTINENTE. SÚMULAS 279 E 280/STF. CARÁTER PROTETÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que o Poder Judiciário, em respeito ao princípio constitucional da separação dos Poderes, só pode adentrar no mérito de decisão administrativa quando esta restar eivada de ilegalidade ou de abuso de poder.

2. Hipótese em que para dissentir da conclusão do Tribunal de origem seriam imprescindíveis uma nova análise dos fatos e das provas constantes dos autos, bem como o exame da legislação local aplicável. Nessas condições, incidem as Súmulas 279 e 280/STF.

3. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

4. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 1008992 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERRA INDÍGENA DO RIO AMÔNEA. REGIÃO DO ALTO JURUÁ. ÍNDIOS ASHANINKAS. INVASÃO CONSTANTE DE

BRASILEIROS E PERUANOS PARA A EXTRAÇÃO CRIMINOSA DE MADEIRA DA FLORESTA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE INSTALAÇÃO DE POSTOS PERMANENTES DA POLÍCIA FEDERAL, DA FUNAI E DO IBAMA NAS PROXIMIDADES DA TERRA INDÍGENA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. OMISSÃO ESTATAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO JUÍZO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO NESTA SEDE RECURSAL. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(ARE 947270 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/03/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 26-03-2019 PUBLIC 27-03-2019)

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR. CONTRATO ADMINISTRATIVO. TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA. AUSÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU A SUSPENSÃO DE LIMINAR. CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES AGRAVO. REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

I – Decisão agravada que indeferiu o pedido de contracautela diante da ausência de comprovação da alegada lesão à ordem e à economia públicas.

II – O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que não viola o princípio da separação dos poderes o exame, pelo Poder Judiciário, do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo. Precedentes.

III – A contratação administrativa para a mera alocação de mão de obra, inclusive para o desempenho de atividades finalísticas da administração pública, pode ser danosa ao interesse público, ferindo os comandos constitucionais inseridos no caput e no inciso II do art. 37. Risco de dano inverso. Precedente.

IV – Alegações suscitadas na peça recursal que ultrapassam os estreitos limites da presente via processual e concernem somente ao mérito, cuja análise deve ser realizada na origem, não se relacionando com os pressupostos da suspensão de liminar.

V – Agravo regimental ao qual se nega provimento. (SL 885 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 02-12-2015 PUBLIC 03-12-2015)

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que expusemos, gostaríamos de exacerbar a necessidade de se manter o movimento evolutivo da ciência do Direito acompanhando o processo de mutação social que é infinito e irreversível.

Para isso, é de suma importância que adotemos uma postura menos conservadora e que deixemos o ostracismo do acomodamento enfraquecer a fim de nos amoldarmos e aceitarmos os eventos evolutivos que a ciência do Direito carece.

Dogmas institucionalizados deverão ser ultrapassados ao mesmo tempo em que novos paradigmas surgem na dinâmica evolutiva do processo. Devemos entender que esse é a ordem natural e que impedirmos isso é que não se revela razoável.

Nossa contribuição ao sobredito discurso, materializa-se na forma desta pesquisa que, conforme enfatizamos em sede preambular, tem como escopo a abordagem de uma questão que encontra forte resistência no meio jurídico

acadêmico e profissional. Mas, em contrapartida, podemos observar o início de uma abordagem científica do Direito que não comporta retrocessos.

É o caso da possibilidade de se vislumbrar no Judiciário legitimidade para imiscuir-se no âmago do ato administrativo discricionário e analisar se o seu mérito, guarda consonância com os preceitos normativos preestabelecidos, mormente, a base principiológica da Carta Magna.

Cuidamos, pois, de demonstrar, em despreziosa síntese, a importância do Ato Administrativo e como a sua prática desmedida pode resultar em substanciais prejuízos cujas consequências são revertidas contra toda a sociedade, indistintamente.

Dispensamos particular atenção aos chamados atos administrativos discricionários, porque neles residem os critérios de oportunidade e conveniência que fomentam o mérito administrativo. Ou seja, onde o administrador público deve exercer seu juízo de valor, tal a subjetividade de sua natureza.

Contudo, não perdemos de vista o fato de que o ato administrativo, ainda que praticado diante da competência discricionária que a lei confere ao administrador, não está o agente totalmente livre para tomar medidas arbitrárias, posto que, em vez de estar limitado e submisso apenas à lei pura, como se defendia outrora, hoje, devemos ter a consciência de que o ato emanado pela administração é resguardado por todo um plexo normativo, que entendemos ser o Direito como um todo, enfim, um arcabouço coativo que identificamos como sendo o ordenamento jurídico em toda a sua completude.

Ressalvamos, entretanto, a hegemonia da novel concepção principiológica que fundamenta a hermenêutica constitucional hodierna, mormente àqueles insertos no *caput*, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, enfatizando, dentre eles, os princípios da legalidade e o que se inicia a denominar de princípio da juridicidade, exatamente por exprimir, este último, uma maior amplitude de abrangência, e, conseqüentemente, maior efetividade para que a função Judiciária garanta o fiel cumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais.

Nesse sentido, abordamos a possibilidade da Função Judiciária, parte integrante do poder estatal que é único e decorre da supremacia da Constituição,

ser legitimada a exercer o controle, desde que provocada para tanto, dos atos administrativos praticados sob competência discricionária.

Então, em resposta ao problema proposto quando da elaboração do projeto de pesquisa, entendemos que é possível o controle jurisdicional do mérito administrativo, tendo em vista que os comandos normativos lastreados pelos princípios constitucionais culminam por vincular até mesmo os atos administrativos tidos, a princípio, como discricionários.

11 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Os pensadores**. Nova Cultural. São Paulo. 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Saraiva. São Paulo. 1996.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 15 ed. Rio de Janeiro: Campus. 1992

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. Malheiros. São Paulo. 2000.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Fórum. Belo Horizonte. 2005.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13 ed. Lumenjuris. Rio de Janeiro. 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13 ed. atlas. São Paulo. 2001.

_____. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. Atlas. São Paulo. 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4 ed. Saraiva. São Paulo. 1967.

_____. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6 ed. Saraiva. São Paulo. 1984.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 5. ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Malheiros. São Paulo. 2003.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. RT. São Paulo. 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10 ed. Saraiva. 2005. São Paulo

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. RT. 1990. São Paulo.

_____. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: RT. 1988

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP & A Editora, 2003.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: RT, 2003, p. 265-266.

_____. **O direito administrativo moderno**. 6ª ed. São Paulo: RT editora. 2002

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23 ed. Malheiros. São Paulo. 1998.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 31 ed. Malheiros. São Paulo. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. Malheiros. São Paulo. 2005

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. Malheiros. 2001. São Paulo.

_____. **Elementos de direito administrativo**. 2 ed. RT. São Paulo. 1991.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. RT. São Paulo. 2003.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional administrativo**. Atlas. São Paulo. 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da administração pública**. 2. ed. Dialética. São Paulo. 2004.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Fórum. Belo Horizonte. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2005.

_____. **Legitimidade e discricionariedade. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2001.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. RT. São Paulo. 2004.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. Belo Horizonte: Fórum. 2005

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Livraria Almedina. Coimbra. 1981.

SUNFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. RT. São Paulo. 1990.

_____. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. 5 tiragem. Malheiros. São Paulo. 2004.

_____. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed. 3. Tiragem. Malheiros. São Paulo. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2 ed. RT. São Paulo. 1991.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Editora Fórum. 2005. Belo Horizonte.

[Http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22ato+administrativo+vinculado%22&b=ACOR](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22ato+administrativo+vinculado%22&b=ACOR) (acessado em 09/06/2006)

[Http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22ato+administrativo+discricion%E1rio%22&b=ACOR](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22ato+administrativo+discricion%E1rio%22&b=ACOR) (acessado em 09/06/2006)

http://www.cnj.gov.br/atos/Resolucao_7.pdf (acessado em 09/06/2006)

http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=MS+9181&b=ACOR (acessado em 09/06/2006)

http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22oportunidade+e+conveni%EAncia%22&b=ACOR (acessado em 21/06/06, às 11:25 h)

<https://www.planalto.gov.br/> (acessado em 24/06/2006)

NOTAS:

[1] HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP & A Editora, 2003.

[2] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: RT, 2003, p. 265-266.

[3] ARISTÓTELES. **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural. 2000. p. 223

[4] PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT. 2004. p. 43

[5] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo moderno**. 6ª ed. São Paulo: RT. 2002. p. 28

[6] FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT. 2005. p. 35-36

[7] SUNFELD. Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. 5 tiragem. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 35

[8] Ibid, p. 47-50

[9] PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT. 2004. p. 50-51

[10] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros. 2000. P. 586

[11] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: RT. 2003. p. 122

[12] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo moderno**. 6ª ed. São Paulo: RT. 2002. p. 162-163

[13] SUNFELD. Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. 5 tiragem. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 159 e 162-163.

[14] MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 150

[15] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 181

[16] MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 149

[17] CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris. 2005. p. 80

[18] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: RT. 1991. p. 91

[19] CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris. 2005. p. 91

[20] BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum. 2005. p. 120

[21] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 95-95

[22] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: RT. 1991. p. 115-116

[23] RMS - 8831/RS – Rel. Min. Vicente Leal – Sexta Turma – Data do julgamento: 01/06/1999 – Data da publicação/fonte: DJ de 23/08/1999, p. 151. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22ato+administrativo+vinculado%22&b=ACOR>. Acesso em 09 junho 2006.

[24] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31 ed. Malheiros. São Paulo. 2005. p. 167

[25] Ibid. p. 118

[26] Ibid. p. 153

[27] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris. 2005. p. 96-97

[28] BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum. 2005. p. 121

[29] RMS 16874/RJ – Rel.(a) Min.(a) Denise Arruda – Primeira Turma – Data do Julgamento: 07/04/2005 – Data da publicação/fonte: DJ de 02/05/2005, p. 153. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RMS+16874&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>>. Acesso em 09 junho 2006.

[30] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 96

[31] RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Livraria Almedina. Coimbra: 1981. p. 95

[32] GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: RT. 1988. p. 177

[33] MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum. 2005. p. 402/403

[34] Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/atos/Resolucao_7.pdf>. Acesso em 09 junho 2006.

[35] MS 9181/DF – Re. Min. Jorge Scartezini – Terceira seção – Data do julgamento: 16/11/2003 – Data da publicação/fonte: DJ: 08/03/2004, p. 168. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=MS+9181+&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 09 junho 2006.

[36] MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 153

[37] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 202

[38] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: RT. 1991. p. 94

[39] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da administração pública**. 2. ed. Dialética. São Paulo: 2004. p. 48

[40] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 67

[41] MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 136

[42] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 47

[43] CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris. 2005. p. 100

[44] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 82

[45] MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 136

[46] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 136

[47] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 46

[48] GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: RT. 1988. p. 179-180

[49] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 47

[50] SUNFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: RT. 1990. p. 34-35

[51] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 48

[52] FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6 ed. Saraiva. São Paulo. 1984. p. 65

[53] Ibid. p. 65

[54] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. Malheiros. 2005. São Paulo. p. 398

[55] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4. ed. Forense. 2001. Rio de Janeiro. p. 59

[56] Ibid. p. 71

[57] Resp 671.357/PR – Rel. Min. José Delgado – Primeira Turma - Data do Julgamento: 05/04/2005 – Data da Publicação/fonte: DJ de 23/05/2005, p. 166. Disponível em:
<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=671357&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 21 junho 2006.

[58] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 61

[59] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 64-65

[60] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. Malheiros. 2005. São Paulo. p. 369

[61] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 66

[62] MORAES, Alexandre. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas. 2002. p. 129

[63] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 84

[64] CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris. 2005. p. 94

[65] FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2004. p. 177

[66] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 93

[67] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 364

[68] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 67

[69] MILL, Jonh Stuart, Apud BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 15 ed. Rio de Janeiro: Campus. 1992. p. 177

[70] Apud PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. Belo Horizonte: Fórum. 2005. p. 66

[71] CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13 ed. Lumenjuris. Rio de Janeiro. 2005. p. 13

[72] Idem. p. 13

[73] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Malheiros. 2003. São Paulo.p. 56

[74] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 109

[75] MORAES, Alexandre. **Direito constitucional administrativo**. Atlas. 2002. São Paulo.p.101

[76] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 104

[77] MORAES, Alexandre. **Direito constitucional administrativo**. Atlas. 2002. São Paulo.p.104

[78] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética. 2004. p. 113-114

[79] MORAES, Alexandre. **Direito constitucional administrativo**. Atlas. 2002. São Paulo.p.105

[80] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Malheiros. 2003. São Paulo. p. 63

[81] Carvalho Filho. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Lumenjuris. Rio de Janeiro. 2005. p. 18

[82] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Malheiros. 2003. São Paulo. p. 28

[83] PALU. Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT. 2004. p. 61

[84] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética. 2004. p. 28

[85] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: RT. 1990. p. 37

[86] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 90-91

[87] SUNFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 29

[88] FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2004. p. 33

[89] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 42

[90] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 92

[91] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 24 junho 2006.

[92] Carvalho Filho. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Lumenjuris. Rio de Janeiro. 2005. p. 13

[93] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética. 2004. p. 25

[94] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. P. 11

[95] SUNFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 32

[96] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética. 2004. p. 42

[97] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 42

[98] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética. 2004. p. 29

[99] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética. 2004. p. 29

[100] SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 42

[101] FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT. 2005. p. 37

[102] Ibid. p. 45

[103] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas. 2002. p. 136

[104] FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2004. p. 195

[105] MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: RT. 2003. p. 33

[106] Ibid. P. 32

[107] MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum. 2005. p. 146

[108] FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 148.

[109] BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum. 2005. p. 188

[110] AgRg no RMS 20772/RS – Rel. Min. Gilson Dipp - Quinta Turma - Data do julgamento: 18/05/2006 – Data da publicação/fonte: DJ de 12.06.2006. p. 505. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22m%E9rito+administrativo%22+&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 27 junho 2006.

[111] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 213

[112] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. P. 562

[113] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 24 junho 2006.

[114] MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: RT. 2003. p. 147

[115] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. P. 563

[116] Idem. P. 233

[117] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética. 2004. p. 41-42

[118] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 100

[119] Resp 429.570/GO – Rel.(a) Min.(a) Eliana Calmon – Segunda Turma – Data do julgamento: 11/11/2003 – Data da publicação/fonte: DJ de 22/03/2004, p. 277. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=429570&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em 27 junho 2006.

[120] Idem.

[121] Resp 429.570/GO – Rel.(a) Min.(a) Eliana Calmon – Segunda Turma – Data do julgamento: 11/11/2003 – Data da publicação/fonte: DJ de 22/03/2004, p. 277. Disponível em:<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=429570&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em 27 junho 2006.

[122] RE-AgR 410.715/SP – Rel. Min. Celso de Mello – Segunda Turma - Data do julgamento: 22/11/2005 – Data da publicação/fonte: DJ de 03-02-2006, p. 076. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=410715&d=SJUR>>. Acesso em 27 junho 2006.

[123] GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: RT. 1988. p. 180

[124] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética. 2004. p. 107

[125] REsp 575998/MG – Rel. Ministro Luiz Fux - Primeira Turma – Data do julgamento: 07/10/2004 – Data da publicação/fonte: DJ 16.11.2004 p. 191. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=429570&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 28 junho 2006.

[126] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. Belo Horizonte: Fórum. 2005. p. 59

ESTUDO DIAGNÓSTICO DO SISTEMA CARCERÁRIO DA UNIDADE PRISIONAL FEMININA EM REGIME FECHADO DE PALMAS

SAMARA DE JESUS BISPO SILVA:
Graduanda do Curso de Direito da
Faculdade Serra do Carmo.

SIBELE LETÍCIA RODRIGUES DE OLIVEIRA BIAZOTTO^[1]

Resumo: Este trabalho versa sobre estudo diagnóstico do sistema carcerário da Unidade Prisional Feminina em regime fechado em Palmas mediante uma reflexão sobre a realidade da instituição. Atualmente estão cumprindo pena na UPF de Palmas 56 mulheres. Para mensurar os dados encontrados, organizou-se primeiramente a revisão bibliográfica de livros, sites, jurisprudência e artigos; posteriormente, realizou-se o campo empírico com coleta de dados por meio de uma abordagem quantitativa. Os resultados apontam a necessidade de novos olhares para a legitimação do sistema prisional feminino em Palmas/TO.

Palavras-Chave: Sistema Carcerário; Prisão Feminina; UPF Palmas/TO.

Abstract: This work is about a diagnostic study of the prison system of the Prison Women's Unit in a closed regime in Palmas through a reflection on the reality of this place. Currently they are fulfilling their sentences of the UPF of Palmas 56 women. In order to measure the data found, a bibliographic review of books, websites, jurisprudence and articles was organized, and the empirical field with data collection was carried out through a quantitative approach. Finally, the results point to the need for new perspectives for the legitimization of the prison system in Palmas.

Keywords: Prison System; Women's Prison; UPF Palmas / TO.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Mulheres no Sistema Prisional Brasileiro; 3. O perfil da mulher encarcerada na UPF – Palmas/TO; 4. Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma reflexão acerca do sistema carcerário da unidade prisional feminina em regime fechado de Palmas/TO, com o intuito de proporcionar o olhar crítico sobre essa realidade.

Quando se discute o crime, logo os olhares se direcionam ao público masculino em detrimento ao feminino, o que faz com que se deixe de levar em conta uma realidade que precisa ser estudada. Assim, importante analisar como é a vida dessas mulheres que, por algum motivo, acabaram cometendo delitos que as levaram ao sistema prisional.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN^[2], órgão do Ministério da Justiça, a população carcerária feminina cresceu 698% no Brasil em 16 anos. Do total de mulheres presas, 60% estão encarceradas por crimes relacionados ao tráfico, principalmente no que tange ao transporte e guarda de drogas. Desse total, 77% das presas afirmam que entraram no mundo do crime por influência ou indução do marido, namorado ou companheiro.

Esses dados apresentados em nível nacional são generalizados, no entanto existe em todas as unidades federativas reflexo do crescimento dessa população feminina nos presídios.

É relevante para a sociedade e a comunidade acadêmica terem conhecimento da difícil realidade dentro das unidades prisionais, assim como o poder público deve refletir sobre as consequências da falta de investimentos na melhoria desse sistema para promover ações voltadas para a não reincidência no crime.

Diante do exposto, esta pesquisa realizou estudo diagnóstico a respeito do sistema carcerário da Unidade de Prisão Feminina em Regime Fechado de Palmas – Tocantins (UPF). A Unidade fica localizada no bairro Taquaralto, em uma casa adaptada, com dois salões nomeados de “Latão” e uma ala chamada Carandiru, para onde se destinam presas provisórias ou aquelas reeducandas que tiveram mau comportamento. A casa contém vagas para aproximadamente 22 (vinte e duas) pessoas, mas atualmente (abril/2019) encontra-se com superlotação: 56 (cinquenta e seis) mulheres.

Neste estudo, buscou-se analisar o perfil dessas mulheres encarceradas por meio de metodologia baseada na abordagem quantitativa, que viabilizou a coleta de dados para obter informações para análise e discussão dos elementos disponibilizados pelas reeducandas que deram entrada na unidade nos últimos anos. Nesse sentido, extraíram-se especificamente dados referentes ao seu perfil no que tange à faixa etária, ao nível socioeconômico, ao grau de escolaridade, aos tipos penais que as levaram ao cárcere, ao estado civil, com quem ficaram os filhos e profissão.

Para tanto, primeiramente levantou-se o campo epistemológico de todas as referências que destacam o objeto de estudo, sendo eles: artigos, livros, sites e fontes oficiais, principalmente em pesquisas divulgadas no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPE, Departamento Penitenciário Nacional e Mapa da Violência – DEPEN.

Seguidamente, o campo empírico é apresentado com os dados coletados por intermédio do Termo de Cooperação da Faculdade Serra do Carmo – FASEC e a Secretaria de Cidadania e Justiça – SECIJU. Com esses dados, foi possível realizar a pesquisa exploratória na Unidade de Prisão Feminina (UPF), por meio de entrevista com cada reeducanda, a fim de levantar o perfil das mulheres encarceradas.

Ressalta-se que é de grande relevância social adentrar nessas unidades prisionais para tornar público esse sistema invisível para as autoridades competentes (Estado) e para a sociedade.

A pesquisa está organizada em três seções. A primeira constitui-se nesta introdução, em que se delineiam objetivos, problemas, hipóteses, metodologia e organização do trabalho. A segunda seção traz referências da realidade das mulheres e o sistema presidiário feminino do Brasil e expõe os tipos penais que mais encarceram as mulheres e os motivos que as levaram a cometer tais crimes. A terceira, traz a análise dos dados e os resultados do foco deste trabalho, em que se levantou o perfil geral das reeducandas da UPF de Palmas/TO, com o fim de mostrar um pouco de sua realidade. Por fim, tem-se a conclusão e as referências utilizadas na pesquisa.

2 MULHERES NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Para falar sobre qualquer tema relacionado à mulher, faz-se necessário primeiramente compreender que há, na sociedade, relações de poder, dependência e sujeição, com base no gênero. A suposta supremacia do gênero masculino sobre o feminino sempre fez parte da cultura brasileira, que ainda é patriarcal.

Desse modo, Pinsky (2009, p.162) assevera que o gênero é automaticamente relacionado à “cultura e demonstra a construção que a sociedade faz das diferenças sexuais acerca daquilo que é masculino e daquilo que é feminino”. Diante desse aparente consenso a respeito do conceito de gênero, esse termo passou a ser empregado de diferentes maneiras pelos historiadores.

Uma simples retrospectiva histórica demonstra que a mulher na Antiguidade greco-romana era tratada como propriedade do seu senhor, não possuía direito algum, submissão reconhecida socialmente e exaltada. “Na Idade Média, continuava o pensamento de que a mulher era inferior ao homem, e mais, também poderia ser considerada como um demônio que o levava à perdição, conforme dogmas religiosos” (FRANCO JÚNIOR, 2001, p. 104).

A história apresenta uma relação entre os gêneros marcada por inúmeros discursos de legitimação, os quais exaltam a superioridade masculina e, ao mesmo tempo, fazem exclusão das mulheres da condição de titulares de direitos e de sujeitos ativos na sociedade.

O Brasil é um país democrático de direito, que, por meio da Constituição Federal de 1988, preconiza direitos fundamentais igualitários, como o direito à vida, educação, saúde, liberdade de crenças e expressão, segurança, liberdade, justiça, ao lazer, trabalho. Todos devem ser difundidos sem distinção de raça, gênero ou classe social.

Todavia essas conquistas referentes aos direitos humanos foram acontecendo na sociedade através dos tempos e, no que tange ao universo feminino, ocorreu mediante muita luta, sofrimento e desprezo por sua condição. Situação ainda comum em vários setores da sociedade, inclusive na área criminal.

Conforme França, (2014, p. 3), em relação à área criminal, a partir da década de 70, significativo estudo traz que a delinquência feminina passou a ter maior importância, “posto que o descaso com a condição de mulheres encarceradas era evidente e indicava a necessidade de mudanças no tratamento desse segmento que aumentava de forma assustadora”.

A contextualização histórica aporta que a busca incessante pela igualdade de direitos foi determinante, tanto nas esferas dos direitos fundamentais, sociais

como no direito penal, não só para proteger a mulher, mas também no sentido de reconhecer suas peculiaridades e necessidades.

Diante do exposto, é necessário conhecer o perfil da mulher presidiária no Brasil para propor ações condizentes com suas demandas específicas. Isso porque, em relação à criminalidade feminina, também persiste sua invisibilidade para o sistema, visto que o sistema penal, as leis e a execução penal foram pensados para um parâmetro andrógono.

É como se “as causas e consequências da criminalidade femininas fossem as mesmas do gênero masculino, visto que a mulher possui uma trajetória histórica de submissão aos homens no seio da sociedade” (ZANINELLI, 2015, p. 62).

Em diálogo com Zaninelli (2015), Santa Rita (2006, p. 41) aponta que há muitas interpretações para “justificar a menor participação criminal da mulher, como por exemplo, a socialização, a maior capacidade regenerativa, o menor uso de violência física”, a astúcia feminina e também o fato de a mulher estar mais inserida no mundo privado e doméstico, no qual predomina o sistema de controle informal.

Importante frisar que a mulher tem uma luta diária para ter a sua independência, e a exclusão devido à situação econômica, social, até mesmo devido à raça e nível de escolaridade acaba favorecendo que algumas mulheres entrem para a criminalidade.

Sobre isso, Pires (1985, p. 58) assevera que,

[...] embora a criminalidade não possa ser explicada pelo aumento da pobreza, é certo que amplas camadas voltadas para o crime jamais utilizariam esta forma de sobrevivência, se a sociedade fornecesse oportunidades mínimas para seu sustento.

No mesmo sentido, Salmasso (2004, p. 17) menciona que

A pobreza não é a única causa da criminalidade, apesar da forte associação entre a marginalidade e a criminalidade – facilmente derrubada mediante uma reflexão mais profunda

– a criminalidade é um fenômeno que perpassa por toda a sociedade, seus segmentos, classes, faixas etárias etc.

Diante das citações dos autores, observa-se que, apesar de todos estarem expostos à criminalidade, a mulher está mais vulnerável na atualidade, pois grande parte das que se envolvem com delitos tem baixa renda, escolaridade e não conseguem se inserir no mercado de trabalho formal.

Ainda nesse diálogo epistemológico, Vergara (1998, p. 18) aponta que

A criminalidade também pode ser associada ao grau de integração social, pois a integração grupal, a estabilidade comportamental do mesmo, os controles informais à conduta, a pouca incidência de modificações estruturais violentas, bem como de seus componentes, ou ainda, a estabilidade generalizada dos membros em relação aos processos culturais e modos de ser sociais, contribuem de forma direta no cenário criminal.

Mediante esse contexto, percebe-se que a criminalidade feminina vem crescendo aceleradamente no País devido ao significativo papel que a mulher está desempenhando na sociedade, pois muitas assumem alguns papéis que antes eram realizados por homens, como o próprio sustento familiar.

A criminalidade feminina deve manter uma estreita relação com o enfoque social, ou seja, deve se observar, em primeiro plano, em qual meio social essas mulheres estão inseridas (área de trabalho, ambiente doméstico etc.); e, em um segundo plano, relevar “as condições biológicas e psicológicas que podem ou não contribuir para a incidência e o grau dessa criminalidade” (SALMASSO, 2004, p. 18).

Diante do aumento da criminalidade feminina, constata-se que ainda há pouco debate sobre o gênero feminino no sistema penal, sendo raras vezes formuladas políticas penais pensadas para as presas. Quando há, quase sempre são desenvolvidas ações destinadas às grávidas e lactantes, porém poucos são os projetos destinados a todo esse segmento como forma de atenção às suas especificidades e prevenção especial para que esse ciclo possa ser rompido.

O que mais ocorre nesses presídios femininos brasileiros são situações tristes, como exemplo que aconteceu em 2015^[3] em uma unidade prisional do Rio de Janeiro: uma reeducanda com nove meses de gravidez estava isolada em uma cela e teve seu bebê no local sem assistência alguma. Assim como é comum elas darem à luz algemadas.

Partindo desse ponto, o Senado Federal instituiu a Lei n. 13.434/2017, que legitimou no parágrafo único do art. 292: “é vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato” (BRASIL, 2017).

Em seu relatório sobre o projeto, a senadora Ângela Portela^[4] destacou:

As mulheres em trabalho de parto detêm o direito constitucional de não sofrer qualquer tipo de violência, garantindo, portanto, sob todos os ângulos, sua dignidade. Nesse sentido, o uso de qualquer contenção, incluindo as algemas, antes, durante ou depois do parto da mulher presa, deve ser considerado como um grave constrangimento, além de uma violência institucional de natureza arbitrária.

Essa situação de mudar a realidade atual e todo o sistema prisional do Brasil é uma questão de direitos e não pode ser ignorada pelo Estado e pela sociedade brasileira, ainda mais quando o País possui a quinta maior população feminina encarcerada do mundo, segundo dados apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (BRASIL, 2018).

Pelos índices apresentados quanto ao encarceramento feminino, pode-se constatar que continuará a aumentar, caso não sejam propostas mudanças de atendimento a esse público, pois a miséria em que essas mulheres vivem e sua exclusão social não apontam para outro caminho senão esse.

Diante desse cenário, importante destacar alguns fatores de distinção entre homens e mulheres encarcerados.

As Regras de Bangkok determinam que as especificidades de gênero precisam ser devidamente observadas pelos gestores e membros do sistema de justiça.

Eles, por sua vez, devem priorizar todas as medidas alternativas à prisão nesses casos, e entender que um passo importante nesse processo é a compreensão de quem são essas mulheres, suas especificidades de gênero, por que elas estão no sistema de justiça e de que forma o cárcere incide sobre elas (BRASIL, 2016).

Diante do exposto, Fonseca, Braga e Silva (2017, p. 7) evidenciam que

A violência, a tortura psicológica e o descaso a que essas mulheres estão submetidas dentro do sistema de justiça fere esse princípio fundamental, inerente a todos os cidadãos e cidadãs. Também sinaliza os rastros de uma sociedade classista e racista, permeada por rituais históricos de violência e humilhação dessa parcela da população.

Além disso, existem fatores que diferenciam a mulher presa do homem preso, que são as questões voltadas à sensibilidade, às emoções, assim como questões fisiológicas, de maternidade e menstruação, sendo ela mais vulnerável ao cárcere. Esse lado emocional está atrelado a sua natureza fisiológica materna, que a entristece geralmente pela ausência dos filhos e familiares, e a distância dos filhos ocasionada pela prisão. Esse é um dos fatores que faz com que as mulheres prefiram permanecer em estabelecimentos que permitam o acesso da família.

Essa narrativa fica clara quando Queiroz (2015), na obra “Presos que menstruam”, explicita vários casos de mulheres que foram presas e que necessitam do atendimento de seus direitos. Muitas entram no universo do crime devido ao lado emocional prevalecer e por serem levadas a sanar alguma situação familiar ou amorosa.

O sistema carcerário no Brasil está longe de responder às finalidades da pena, quais sejam de retribuir, prevenir e ressocializar. Nota-se que somente há a retribuição, mas não se estabelecem políticas que trabalhem a prevenção especial e a ressocialização para que os índices de reincidência diminuam. Isso ocorre no

cárcere de homens e mulheres, no entanto as mulheres estão mais vulneráveis no que se refere ao sistema prisional Brasileiro.

Para entender melhor o universo das mulheres encarceradas, conhecer as circunstâncias de suas condutas criminosas é fundamental.

O cometimento de delitos normalmente era associado ao comportamento eminentemente masculino, mas essa situação se modificou nas últimas décadas.

E, para a verificabilidade dos fatores que levaram as mulheres a se envolverem com infrações penais, faz-se necessário analisar os fatores que contribuíram para a sua entrada no mundo do crime, o ambiente que as circundavam antes de serem presas.

Conforme Ishiy (2014, p. 41), a criminalidade é um fenômeno complexo que agrega uma série de variáveis que influenciam o seu funcionamento, sendo praticamente “impossível determinar um conceito de caráter universal que englobe tanto os diferentes aspectos e perspectivas de análise do desvio, quanto as dimensões estruturais, conjunturais e subjetivas do indivíduo”.

A realidade dos presídios femininos espalhados pelo Brasil divulgada rotineiramente pelas mídias mostram que os principais motivos que levam as mulheres ao cárcere são as relações íntimas afetivas, seja para dar alguma prova de amor ao parceiro, pai, tio, ou para a sobrevivência familiar (FONSECA; BRAGA; SILVA, 2017).

No entanto o cárcere feminino é basicamente esquecido no universo prisional. Prova disso está nos dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, que divulgou um processo de super encarceramento entre 2010 e 2015, em torno de um aumento da população prisional feminina de 567% (BRASIL, 2018). Mas não há investimento em unidades prisionais para as mulheres na mesma velocidade de seu encarceramento em massa.

Nessa estatística criminal, Soares (2002, p. 2) aponta que:

[...] mais de 95% das mulheres encarceradas foram vítimas de violência em algumas dessas situações: na infância, por parte de seus responsáveis; na vida adulta, por parte dos

maridos; e quando presas por parte de policiais civis, militares ou federais.

Não obstante Soares dialoga com Espinoza (2004, p. 42) sobre o crime de maior incidência entre as mulheres presas – tráfico de entorpecentes. De fato, isso pode ser constatado em todos estados brasileiros.

A prisão de mulheres devido ao tráfico está ligada a vários fatores, mas chama a atenção de estarem normalmente em posições subalternas ou periféricas na estrutura do tráfico, tendo poucos recursos para negociar sua liberdade quando capturadas pela polícia.

Um dos fatores de destaque é o envolvimento com traficantes como usuárias para obter drogas, o que pode resultar em relacionamento afetivo e, aos poucos, são conduzidas para o universo do tráfico.

Elas atuam como coadjuvante, enquanto os protagonistas continuam sendo os homens, tendo em vista que a maioria que recebe grandes quantias em dinheiro sempre são os homens. Para as mulheres ficam os riscos do negócio.

Esse perfil é corroborado por pesquisas que indicam a mulher encarcerada brasileira como jovem, não branca, condenação direta ou indiretamente por tráfico de drogas, que não ocupa lugar de liderança na cadeia criminosa do tráfico, conforme Relatório Final da Secretaria de Políticas Para as Mulheres do Ministério da Justiça (BRASIL, 2018).

Assim, Soares (2002, p. 3) frisa que a maioria das condenações femininas são por “ilicitudes referentes a uso, tráfico de drogas ou formação de quadrilha ficando à frente de crimes violentos como: homicídio, infanticídio, lesão corporal, roubo, latrocínio, sequestro, extorsão, entre outros”.

O perfil da mulher encarcerada em Palmas, Tocantins, não está destoante do restante do Brasil, conforme se pode observar na seção seguinte.

3 O PERFIL DA MULHER ENCARCERADA NA UPF – PALMAS/TO

De acordo com o resultado da pesquisa na Unidade Prisional Feminina de Palmas/TO, foi constatado que o perfil das mulheres que entram no mundo do

crime é generalizado, como: mães, sem estudo formal ou com pouco estudo na escola elementar, pertencente à camada financeiramente hipossuficiente e que, na época do crime, encontrava-se desempregada ou subempregada.

Percebe-se que essas mulheres têm em comum falta de estrutura familiar e problemas interligados com a fome, o analfabetismo, a corrupção e a extrema desigualdade social.

Para compreender o perfil das 56 (cinquenta e seis) apenadas, foi feita uma abordagem quantitativa, mediante alguns questionamentos voltados ao estado civil, à faixa etária, à escolaridade, à renda familiar e com quem deixaram seus filhos após o encarceramento.

No que tange ao estado civil, as respostas evidenciaram que, das presas que estão cumprindo suas penas em regime fechado na UPF de Palmas, 30 (trinta) são solteiras, 10 (dez) são casadas, 10 (dez) têm união estável, 5 (cinco) disseram outros e 1 (uma) é viúva. A grande maioria declarou ser solteira, o que representa 51% da população carcerária.

Sobre a faixa etária, 20 (vinte) tem entre 18 a 22 anos, 14 (quatorze) de 22 a 30 anos, 13 (treze) de 31 a 40 anos, 4 (quatro) de 40 a 50 anos e 5 (cinco) de 52 a 60 anos. Diante dos dados, observa-se que a idade apresenta um quadro jovial de presas com idade entre 18 a 22, representando 36%.

Além do estado civil e da faixa etária, fez-se necessário analisar a escolaridade das presas para saber o nível educacional. Assim, teve-se como resposta a esse quesito que 2 (duas) têm o Ensino Superior Completo, 13 (treze) o Ensino Médio Completo, 24 (vinte e quatro) têm Ensino Médio Incompleto, 14 (quatorze) Ensino Fundamental Completo do 6º ao 9º ano, 2 (duas) têm Ensino Fundamental do 1º ao 5º ano e 1 (uma) é analfabeta. No quesito escolar, 43% das encarceradas afirmam ter o Ensino Médio incompleto.

Ao averiguar-se existe alguma renda na família, observou-se que 25 (vinte e cinco) possuem uma renda de R\$ 1.000,00 a R\$ 2.000,00, 16 (dezesesseis) de R\$ 500,00 a R\$ 1.000,00 e 15 (quinze) até R\$ 500,00. Quanto à renda, 45% enfatizaram o valor de R\$ 1.000,00 a R\$ 2.000,00. Percebe-se que, apesar de estarem reclusas, a família sobrevive com as rendas mencionadas por elas.

Outro ponto importante para ser analisado consistiu em saber se as presas têm filhos. 100 % das presas declararam que sim. Dessas, os filhos estão com idades entre 1 a 45 anos de idade, conforme as afirmativas: 20 (vinte) têm de 1 a 6 anos, 4 (quatro) de 7 a 12 anos, 15 (quinze) de 13a 18 anos, 6 (seis) de 19 a 25 anos, 9 (nove) de 26 a 35 anos e 2 (duas) de 36 a 45 anos. As presas que correspondem a 42% têm os filhos na faixa etária de 1 a 6 anos.

Assim, contextualizou-se que muitas dessas mulheres são mães, e depois da privação da liberdade ocorreu a necessidade de deixarem os filhos sob a responsabilidade de outra pessoa.

Nesse sentido perguntou-se a quem elas tinham delegado a responsabilidade de cuidar dos filhos, e as respostas foram: 29 (vinte e nove) deixaram os filhos com as avós, 8 (oito) com amigos, 9 (nove) com os pais, 10 (onze) com os tios. As avós geralmente são os parentes mais próximos que ficam com a responsabilidade dos cuidados dos netos na fase em que as mães estão presas, ficando perceptível quando 52% expuseram essa resposta.

Houve também necessidade de se analisar o tipo penal que determinou a privação da liberdade das mulheres da UPF de Palmas. As informações demonstraram que o índice de maior de crimes efetivados pelas mulheres são: 41 (quarenta e um) por tráfico, 9 (nove) por homicídios, 3 (três) por roubo e 3 (três) por furto. O tráfico foi o crime com maior porcentagem entre as reeducandas, o que corresponde a 66%.

Assim como os homens, as mulheres também praticam inúmeros crimes, entretanto os dados apontam uma grande prevalência relacionada ao tráfico de drogas.

Diante dos dados analisados do perfil das presas que cumprem suas condenações na UPF de Palmas/TO, conclui-se que são mulheres jovens, solteiras, que têm uma escolaridade com o Ensino Médio Incompleto, com renda familiar entre R\$ 1.000,00 a R\$ 2.000,00, no qual os filhos estão com as avós.

As afirmações atinentes nessa coleta de dados nos apresentam mulheres com um perfil de vulnerabilidade socioeconômica, o que pode ter sido

determinante para que elas entrassem no mundo do crime e fossem reclusas na Unidade Prisional de Palmas.

Ademais, essa hipótese se encontra pautada na relação existencial do capitalismo com a sobrevivência na sociedade, pois existe preconceito e discriminação com mulheres de baixo nível de escolaridade em comparação com aquelas que tiveram educação e acesso à cultura. Esses fatores acabam se tornando molas propulsoras para a entrada no mundo da criminalidade e efetivação de delitos relacionados com o tráfico de drogas.

Diante desse cenário, faz-se necessária nova configuração do sistema de justiça criminal, com olhar voltado ao universo prisional feminino, em que sejam garantidos seus direitos e observadas suas peculiaridades. Para tanto, precisa haver uma modernização nas políticas públicas para os presídios femininos. Trata-se de um desafio para a proteção dos direitos humanos dessas mulheres que estão no atual cenário penitenciário penal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da realidade mostrada pela parte epistemológica deste trabalho, podemos concluir que o sistema prisional feminino no Brasil infelizmente é falho.

A realidade demonstra que as mulheres nesse universo prisional voltado somente para o gênero masculino não têm o atendimento mínimo de suas necessidades singulares, ou seja, o sistema esquece de que as presas precisam de itens essenciais para a própria dignidade do gênero.

O quadro prisional da UPF – Palmas/TO apresenta mulheres jovens, que são mães, solteiras em sua maioria, e foram condenadas por envolvimento com tráfico de drogas (ou entorpecentes). Devido à privação de liberdade, deixaram seus filhos com avós, e que, apesar do estado em que se encontram, algumas deram continuidade nos estudos ofertados pela própria unidade prisional, visto que, os dados da coleta apontaram que ainda existem mulheres com ensino médio incompleto, ensino fundamental do 6º ao 9º ano, ensino fundamental de 1º ao 5º ano e analfabeta.

Para receber essas mulheres privadas de liberdade, existe a sua espera um sistema encarcerador punitivo e mesclado por uma série de problemas

operacionais, legais e extralegais para efetivação do processo de aprisionamento. Muitas vezes ocorre violação processual, que se soma às violações físicas, legais e morais constantes do sistema prisional, em que a violência e o descaso parecem ser inerentes à estrutura ou à ação dos seus operadores. Além das consequências físicas e psicológicas do encarceramento, as consequências extramuros da prisão dessas mulheres são catastróficas.

Apesar de estarem privadas de liberdade, são pessoas que necessitam ver seus direitos preconizados nas leis efetivados, principalmente os que levariam ao cumprimento das finalidades de pena de prevenção especial e ressocialização, como estudo e trabalho.

Assim, conclui-se que ainda há muito a ser feito pelo Estado nesse segmento social para que haja a reinserção das mulheres aprisionadas após o cumprimento de sua pena, e mais ainda para que não adentrem no sistema carcerário e diminua a reincidência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.434 de 12 de abril de 2017**. Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Brasília. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm>. Acesso em: 07 de maio de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Sócio educativas, Conselho Nacional de Justiça. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. **Dados Consolidados. Sistema Nacional de Informação Penitenciária** – InfoPen. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça, 2018. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/pages/mjd57>>. Acessado em 23 fevereiro 2019.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações penitenciárias**. INFOPEN Mulheres. 2. ed. Organização: Thandara Santos; Colaboração: Marlene Inês da Rosa, *et al.* Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2018.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCrim, 2004.

FONSECA, Anderson Lobo da. BRAGA, Felipe Eduardo Lázaro. SILVA, Mariana Lins de Carli. *et al.* **Mulheres em prisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória para mulheres**. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC. São Paulo. 2017.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero. **Revista Ártemis**, Vol. XVIII nº 1; jul-dez, 2014.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A Idade média: nascimento do ocidente**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Brasiliense, 2001.

ISHIY, Karla Tayumi. **A desconstrução da criminalidade feminina**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2014.

PIRES, C. **A violência no Brasil**. São Paulo: Moderna, 1985.

PINSKY, Carla Bassanezi. Estudos de Gênero e História Social. **Revista Estudos Femininos**, Florianópolis, v. 17, n. 1, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2009000100009&lng=en&nrm=iso. Acessado em 15 maio. 2019.

POLLAK, Otto. **The criminality of women**. Nova York: Perpetua Books, 1961.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SALMASSO, Rita de Cássia. Criminalidade e condição feminina: estudo de caso das mulheres criminosas e presidiárias de Marília – SP. **Revista de Iniciação Científica da FFC**, v. 4, n. 3, 2004.

SANTA RITA, Rosângela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades:** em questão o princípio da dignidade humana. 180fls. Dissertação (Mestrado em Política social) – Universidade de Brasília. Brasília, 2006.

SOARES, Bárbara Musumeci. **Retrato das mulheres presas no Estado do Rio de Janeiro.** CESeC – Centro de Estudos de Segurança e Cidadania – Rio de Janeiro, Boletim Segurança e Cidadania, ano 1, nº 1, julho de 2002. Disponível em: <http://www.cesec.ucam.edu.br>. Acesso em 17 março2019.

VERGARA, F. **O Perfil sociodemográfico da mulher criminosa em Marília** (1990 - 1997). 1998. Monografia (Bacharelado em Ciências Sociais) - Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, Marília, 1998.

ZANINELLI, Giovana. **Mulheres Encarceradas:** Dignidade da pessoa humana, gênero, legislação e políticas públicas. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho. 2015.

NOTAS:

[1] Professora de Direito Penal, advogada criminalista. Orientadora do Trabalho de Conclusão do Curso da Faculdade Serra do Carmo. E-mail: slbiazotto@gmail.com

[2] Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 21 abr. 2019.

[3]Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/10/presa-que-teve-filha-em-cela-surtou-por-nao-tomar-remedio-diz-familia.html>>. Acesso em: 4 maio2019.

[4] Disponível em: <<https://camilavazvaz.jusbrasil.com.br/noticias/344268350/ccj-aprova-proibicao-de-algemas-nas-presas-em-trabalho-de-parto>>. Acesso em: 4 maio2019.

A FUNCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE PALMAS/TO

MARIA CLARA SILVA LINS: Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

RAMILLA MARIANE SILVA CAVALCANTE ^[1]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo a reflexão acerca da finalidade e aplicabilidade do regime disciplinar administrativo no âmbito do município de Palmas. O estudo demonstra os reais deveres, obrigações e proibições de cada servidor, além de como a administração pode agir diante do descumprimento de alguma norma disciplinar. A pesquisa permite, de maneira sucinta, expor os procedimentos administrativos utilizados, sendo eles o processo administrativo disciplinar e a sindicância, além de como se dá a aplicação das sanções disciplinares. Apresenta-se como justificativa da pesquisa a importância desse instituto tanto para os cidadãos quanto para os agentes públicos, tendo em vista os grandes problemas que enfrentamos no Brasil serem desdobramentos do mau uso da administração pública, como a corrupção e o abuso de poder. Para a construção dessa pesquisa foi utilizado o método dedutivo, a pesquisa foi exploratória e qualitativa e a coleta de dados se deu por meio de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Disciplinar Administrativo; Processo Administrativo; Sindicância.

ABSTRACT: *This article aims to reflect on the purpose and applicability of the administrative disciplinary regime in the municipality of Palmas. The study demonstrates the actual duties, obligations and prohibitions of each server, as well as how management can act in the face of noncompliance with some disciplinary norm. The research allows, in a succinct way, to expose the administrative procedures used, being they the disciplinary administrative proceeding and the inquiry, as well as the application of disciplinary sanctions. The importance of this institute is presented as a justification for the research, both for citizens and for public agents, in view of the great problems that we face in Brazil as a result of misuse of public administration, such as corruption and abuse of power. For the construction of this research was used the deductive method, the research was*

exploratory and qualitative and the data collection was done through a bibliographical research.

KEYWORDS: *Administrative Disciplinary Regime, Administrative Procedure, Inquiry.*

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública se perfaz através do servidor ou agente público, este deve reger-se por uma lei específica que limita suas ações, a qual determina deveres, obrigações, proibições e as sanções administrativas que devem ser aplicadas no seu descumprimento, caracterizando o regime disciplinar. No âmbito municipal de Palmas, o regime disciplinar administrativo se baseia na Lei Complementar nº 008/1999 – Estatuto dos Servidores Municipais de Palmas.

Muito se discute sobre as regalias do servidor público, mas a maioria das pessoas, inclusive os próprios servidores, desconhecem as leis disciplinares. Isso é um problema que pode causar prejuízos tanto para a administração quanto para o cidadão que a procura. Todo cidadão já teve ou terá contato com um agente público no decorrer de sua vida, dessa forma, é de suma importância para a sociedade entender a importância do regime disciplinar, tendo em vista que sua função é, primordialmente, coibir possíveis ilícitos administrativos que inclusive são problemas recorrentes no Brasil, tais como corrupção, abuso de poder, entre outros.

Além disso, outra função específica do regime disciplinar é punir os servidores que agirem em desconformidade com a lei, porém garantindo-lhes os meios legais de defesa, respeitando os princípios Constitucionais. Daí a importância do presente estudo, pois a problemática além de atingir os servidores públicos, atinge também a sociedade.

Diante disso, o presente trabalho tem como finalidade explicar o Regime Disciplinar Administrativo que se aplica aos servidores municipais de Palmas – TO pela Lei Complementar nº 008/99 – Estatuto do Servidor de Palmas, além de expor qual a função e como se dá o processo administrativo disciplinar à luz da Lei Municipal.

Este trabalho está dividido, além de introdução, considerações finais e referências, em três tópicos principais que se subdividem. O primeiro tópico abordará os princípios norteadores mais relevantes para o processo administrativo disciplinar municipal. O segundo tratará do Regime Disciplinar em si, o qual será destrinchado em sub-tópicos, os quais tratarão dos procedimentos, além dos deveres, das proibições e das sanções disciplinares previstas na Lei Complementar nº 008/99. Por fim, o último tópico trará à baila um breve comparativo entre a Lei Complementar nº 008/99 e a Lei Federal nº 8.112/90, bem como pretende identificar as dificuldades enfrentadas pela Corregedoria Municipal de Palmas frente às lacunas da Lei Municipal e apresentar mecanismos para melhoria do desempenho nas atividades disciplinares.

2 PRINCÍPIOS APLICADOS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DO MUNICÍPIO DE PALMAS/TO

2.1 Princípio do devido processo legal

Conforme preceitua o art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. No que tange ao regime disciplinar administrativo, o servidor jamais poderá sofrer sanções sem a observância do devido processo legal, ou seja, sem antes passar por um processo com todas as etapas previstas em lei e dotado de todas as garantias constitucionais, como podemos observar no art. 21 inc. II, da LC 008/99, o qual exterioriza: “O servidor municipal, efetivo estável ou o estabilizado somente perderá o cargo em virtude de: II - processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa; [...]”

Esse princípio garante a execução dos direitos constitucionais do indiciado, como o direito à liberdade e igualdade, uma vez que regula a tramitação correta do processo e caso houver qualquer vício durante o mesmo, poderá ser considerado nulo todo ele.

2.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa está diretamente ligado ao princípio do devido processo legal, podemos inclusive dizer que um é desdobramento do outro. Está expresso no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 com o seguinte teor: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e

aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº. 008/99 traz esse princípio à baila pelo art. 172, §1º, que determina: “O processo administrativo disciplinar será contraditório, assegurado ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.” (PALMAS, 1999)

Implica dizer que este princípio possibilita ao servidor indiciado o direito à defesa antes de ser julgado e poderá utilizar de amplos meios para fazê-la, como acesso integral ao processo, documentos e quaisquer outros meios de provas.

2.3 Princípio da razoável duração do processo

Na expressão “razoável duração do processo” há uma alusão ao que preconiza esse princípio, a Emenda Constitucional nº 45 de 08.12.2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, estabelecendo a todos, no âmbito judicial e administrativo, que lhes são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Esse princípio está diretamente ligado ao princípio da eficiência que vincula a administração pública, conforme art. 37 da CRFB, concernente à questão processual administrativa, garantindo a todos que o processo tenha uma duração razoável para ser concluído, bem como seja pautado na celeridade, assim afastando a possibilidade do processo se arrastar de forma que se torne ineficaz.

No tocante à LC 008/99 – Estatuto dos Servidores Municipais de Palmas, esse princípio corresponde ao Art. 173, da mesma lei: “O prazo para a realização do processo administrativo disciplinar será de sessenta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, prorrogável por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.”.

3 REGIME DISCIPLINAR ADMINISTRATIVO DO MUNICÍPIO DE PALMAS

O regime disciplinar administrativo visa apurar condutas ilícitas praticadas por servidores públicos, estabelecendo um conjunto de deveres, proibições e aplicação de sanções em caso de cometimento de ilícitos administrativos, conforme conceitua Carvalho (2017, p. 875):

Regulamenta as penalidades que podem ser aplicadas aos servidores públicos que desrespeitam regras legalmente previstas para o exercício das funções, exigindo-se, em todos os casos, a realização de processo administrativo, em que estejam respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa.

O regime disciplinar do município de Palmas é tratado no Capítulo III da Lei Complementar nº 008/99, na seção I que se inicia no art. 145 e vai ao art. 153, nele versa das responsabilidades do servidor. Em síntese, adverte que o servidor possui responsabilidade objetiva referente aos seus atos, ou seja, há responsabilidade independentemente de ser um ato omissivo ou comissivo, se houver dolo ou culpa ou mesmo se resultar em prejuízo para a Fazenda Pública ou a terceiros.

O servidor pode responder cumulativamente nas esferas civil, penal e administrativa por uma única infração, bem como poderá ser absolvido em um julgamento e punido nos outros, tendo em vista a interdependência entre as esferas. Porém, no caso do servidor absolvido na esfera penal por inexistência do fato ou negativa de autoria, ele deverá necessariamente ser absolvido nas esferas civil e administrativa. Essa condição está descrita na LC 008/99, nos art. 151 e 152, *in verbis*:

Art. 151. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Art. 152. A absolvição criminal somente afasta a responsabilidade civil ou administrativa se negar a existência do fato ou afastar do acusado a respectiva autoria.

Observa-se portanto, que os artigos supramencionados não preceituam o afastamento da responsabilidade administrativa no caso de absolvição na esfera penal por faltas de provas, sendo permitido o arquivamento exclusivamente nos casos que a absolvição criminal negue a existência do fato ou autoria.

3.1 Leis

Como mencionado anteriormente, o Município de Palmas segue a Lei Complementar nº 008/99. No entanto, diante de algumas obscuridades

presentes nessa Lei, se utiliza por analogia a Lei nº 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais.

3.2 Dos deveres e das proibições dos servidores públicos

Os deveres e proibições impostos ao servidor público municipal de Palmas estão elencados no art. 131 e art. 132, respectivamente, esses não se diferem muito dos deveres e proibições existentes na lei federal. Os deveres dos servidores estão previstos no art. 131 da Lei Complementar nº 008/1999, conforme transcrição da referida norma:

- I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
- I - ser leal às instituições a que servir;
- III - observar as normas legais e regulamentares;
- IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;
- V - atender com presteza:
 - a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;
 - b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;
 - c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública;
- VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;
- VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;
- VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;
- IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;
- X - ser assíduo e pontual ao serviço;
- XI - tratar com urbanidade as pessoas;
- XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representado ampla defesa.

Ainda, no tocante às proibições, estão elencadas dos incisos I a XIX do art. 132:

Art. 132. Ao servidor público não será permitido:

I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

III - recusar fé a documentos públicos;

IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;

V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;

VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;

VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;

VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de terceiro, em detrimento da dignidade da função pública;

X - participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil, ou exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, quotista ou comanditário;

XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;

XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;

XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro;

XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;

XV - proceder com desídia;

XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais e previdenciários quando solicitado.

O descumprimento dos deveres e proibições geram infrações administrativas que são coibidas por sanções previstas em Lei, como veremos no tópico seguinte.

3.3 Infrações e sanções administrativas

A Lei Complementar nº 008/99 prevê, em seu art. 154 as penalidades aplicáveis aos servidores municipais de Palmas que transgredirem os seus deveres funcionais, são elas: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo de provimento em comissão, destituição de função comissionada.

No que se referem à aplicação das penas, as mesmas serão aplicadas pelas autoridades competentes que estão previstas no art. 154, Parágrafo Único da Lei Complementar nº 008/99:

Parágrafo único. As penas disciplinares serão aplicadas:

a) pelos Chefes dos Poderes do Município, as de demissões, destituição de cargo em comissão e de função de confiança, e as de cassação de aposentadoria e disponibilidade;

b) pelo Secretário de Município ou autoridade equivalente, a de suspensão;

c) pelo chefe da repartição e outras autoridades, na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência.

As infrações disciplinares se configuram a partir da não observância dos deveres e proibições impostas, em consequência geram penalidades disciplinares ao servidor. Aqui trataremos das sanções administrativas mais utilizadas no âmbito administrativo: a advertência, a suspensão e a demissão.

3.3.1 Advertência

A advertência é a penalidade mais leve prevista no regime disciplinar, a qual compete ao chefe da repartição aplicá-la conforme determina o art. 154 da LC 008/99. Como é uma penalidade mais branda, ela será aplicada, aos servidores municipais de Palmas, em infrações de menor potencial, quando houver a inobservância do seu dever funcional e outras infrações que não configurem uma pena mais gravosa que estão disciplinadas no art. 156 do estatuto.

Podemos citar, como exemplo, o servidor que se ausenta do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato, isso configura uma infração de leve potencial que se comprovada deverá ser respondida com a pena de advertência.

No tocante à prescrição nos casos punidos com advertência, a ação prescreverá em 180 dias contados do momento em que a administração tomou conhecimento do fato, passado esse prazo, não poderá penalizar o servidor.

3.3.2 Suspensão

A suspensão será aplicada quando houverem reiteradas infrações punidas com advertência ou por violação de outras proibições, contanto que não tipifiquem infração sujeita à penalidade de demissão. Compete ao Secretário de Município ou autoridade equivalente a sua aplicação, cujo prazo de duração não pode ser superior a noventa dias e a aplicação da punição de suspensão prescreverá em dois anos a partir do conhecimento do fato.

3.3.3 Demissão

As condutas funcionais apenadas com demissão são as mais delicadas no regime disciplinar administrativo municipal de Palmas e estão previstas no art. 159 da LC 008/99:

Art. 159. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

- I - crime contra a Administração Pública;
- II - abandono de cargo;
- III - inassiduidade habitual;
- IV - improbidade administrativa;
- V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
- VI - insubordinação grave em serviço;
- VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de terceiro;
- VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;
- IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
- X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio estadual ou nacional;
- XI - corrupção, ativa ou passiva;
- XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
- XIII - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de terceiro, em detrimento da dignidade da função pública;
- XIV - participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil, ou exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, quotista ou comanditário;
- XV - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de cônjuge, ou companheiro, e de parentes até o segundo grau;
- XVI - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
- XVII - aceitar comissão, emprego ou pensão de Município estrangeiro;
- XVIII - praticar usura sob qualquer de suas formas;
- XIX - proceder com desídia;
- XX - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

XXI - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;

XXII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

XXIII - destruir, subtrair ou queimar documentos do serviço público, acondicionados em qualquer meio.

Conforme pesquisa feita pessoalmente na Corregedoria Geral do Município de Palmas, as infrações funcionais, que ensejam demissão, mais frequentes são: abandono de cargo, que é a infração que se configura pelas faltas injustificadas superiores a trinta dias consecutivos; inassiduidade habitual que corresponde a sessenta faltas injustificadas, intercaladamente, durante o período de doze meses; e o acúmulo ilegal de cargos, que destoa do preconizado no art. 37, inciso XVI da CF/88.

No tocante à prescrição da mesma, observa-se que o prazo é de 05 (cinco) anos, contados a partir do conhecimento do fato infracional pela Administração, conforme consta no art. 139, inciso I da LC 008/99.

3.4 Dos procedimentos

Para apurar os fatos cometidos pelo servidor municipal de Palmas considerando os princípios constitucionais, são utilizados dois procedimentos disciplinares na Lei Complementar nº 008/99, a sindicância e o processo disciplinar administrativo - PAD em si. Conforme a referida lei, as sindicâncias, por se tratarem de procedimentos mais simples poderão ser processadas diretamente nos respectivos órgãos de lotação do servidor indiciado.

Já os processos administrativos disciplinares, deverão ser processados nas unidades permanentes de corregedoria, ou nos órgãos de lotação do servidor, porém somente se houver comissão especialmente designada para o feito.

O servidor que estiver respondendo à sindicância ou a PAD por infração cuja penalidade resulte em demissão ou na obrigação de indenizar por danos ao erário, não poderá ser exonerado nem aposentado a pedido no decurso do processo.

Indiciado o servidor por falta disciplinar, fica a critério dele, constituir defesa técnica, não sendo obrigatória a presença de advogado no processo administrativo. Consoante a Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não viola os princípios constitucionais.

3.4.1 Sindicância

Para Carvalho Filho (2017, p. 552), a Sindicância é o meio sumário de que se utiliza a Administração Pública, no Brasil, para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável.

Como mencionado anteriormente, a sindicância é um procedimento mais simplificado, devendo ser encerrado no prazo máximo de trinta dias prorrogáveis por igual período, conforme art. 160 §4º da LC 008/99. Pode ser meramente investigativa, quando é utilizada para apurar a materialidade ou autoria da infração administrativa, a qual se dispensa o contraditório e a ampla defesa, uma vez que resultará em penalidade administrativa. Ainda poderá ter cunho contraditório ou acusatório, resultando em três possibilidades: o arquivamento do processo, a aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até noventa dias, ou a instauração de processo administrativo disciplinar.

Embora seja um procedimento mais célere e simplificado, a sindicância deverá ser conduzida por comissão composta de três servidores, designados pela autoridade competente, titulares de cargos de provimento efetivo, não podendo integra-la parentes do servidor investigado ou quaisquer terceiro que venha a ter interesse no caso.

Finalizada a sindicância, se dela ensejar penalidade de demissão, cassação de aposentadoria, destituição de cargo em comissão ou de função comissionada, ou ainda em obrigação de indenizar ao erário público, deverá a autoridade competente remeter os autos à Comissão Processante designada na própria pasta, ou na ausência desta, à Corregedoria Geral, para obrigatoriamente instaurar o processo administrativo disciplinar (PAD) em sede de rito ordinário.

É válido ressaltar que assim como a instauração de PAD não é desdobramento obrigatório da sindicância, ela também não é considerada pré-requisito para a instauração do PAD, sendo nesse caso a sindicância dispensável.

3.4.2 Processo Administrativo Disciplinar

Segundo Meirelles (1998, p. 376) o processo administrativo disciplinar (PAD), é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração.

Nesse sentido, observa-se que o PAD deve ser utilizado para apurar os ilícitos que ensejarem penalidades mais severas, como por exemplo, a demissão. O processo disciplinar se desenvolve em três fases: instauração, com a publicação do ato que constitui a comissão; inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório e por fim o julgamento.

A instauração, que compreende a primeira fase do processo, é a apresentação escrita dos fatos e indicação do direito que ensejam o processo. Na segunda fase tem-se a instrução sumária, que compreende indicição, defesa e relatório. Nesse sentido Meirelles (2016, p. 825) aduz:

A instrução é a fase de elucidação dos fatos, com a produção de provas da acusação no processo punitivo, ou de complementação das iniciais no processo de controle e de outorga, provas, essas, que vão desde o depoimento da parte, as inquirições de testemunhas, as inspeções pessoais, as perícias técnicas, até ajuntada de documentos pertinentes. Nos processos punitivos as providências instrutórias competem à autoridade ou comissão processante e nos demais cabem aos próprios interessados na decisão de seu objeto, mediante apresentação direta das provas ou solicitação de sua produção na folha regulamentar. Os defeitos da instrução, tal seja sua influência na apuração da verdade, podem conduzir à invalidação do processo ou do julgamento.

Em respeito aos princípios constitucionais, a defesa, é parte obrigatória no processo administrativo, sendo cabível ao servidor indiciado, solicitar a sua oitiva,

bem como arrolar testemunhas e juntar aos autos todas as provas documentais que lhe são de direito.

No que tange a ultima parte da fase instrutória, o relatório é fundamental pois é a síntese do apurado em todo o processo, é geralmente elaborado pela comissão processante.

No que se refere à apreciação das provas, dos fatos apurados, do direito debatido e proposta conclusiva para decisão da autoridade julgadora competente, Meirelles (2016, p.825) aduz:

É peça informativa e opinativa, sem efeito vinculante para a Administração ou para os interessados no processo. Daí por que pode a autoridade julgadora divergir das conclusões e sugestões do relatório, sem qualquer ofensa ao interesse público ou ao direito das partes, desde que fundamente sua decisão em elementos existentes no processo ou na insuficiência de provas para uma decisão punitiva ou, mesmo, deferitória ou indeferitória da pretensão postulada.

Compreende dizer, que a Comissão Processante emite um relatório meramente opinativo, não cabendo a ela a aplicação da sanção. Finalizado o relatório, o mesmo é encaminhado primeiramente ao Corregedor Geral, cabendo a ele emitir parecer opinativo conforme o relatório da comissão, ou poderá ainda discordar do mesmo. Posteriormente, os autos deverão ser remetidos ao Secretário da pasta que solicitou a abertura do processo, nos casos de suspensão e advertência, e nos casos de demissão, à autoridade máxima municipal.

Ou seja, o julgamento é a decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo. Nesse sentido, Meirelles (2016, p. 826) preconiza que:

Essa decisão normalmente baseia-se nas conclusões do relatório, mas pode desprezá-las ou contrariá-las, por interpretação diversa das normas legais aplicáveis ao caso, ou por chegar o julgador a conclusões fáticas diferentes das da comissão processante ou de quem individualmente realizou o processo.

O PAD deverá ser finalizado no prazo de 60 dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, podendo se estender por igual período caso haja necessidade.

É oportuno ressaltar que tanto no entendimento doutrinário quanto da Lei Complementar nº 008/99 em seu art. 139, §3º e 4º, a instauração do PAD interrompe o prazo prescricional para aplicação da penalidade administrativa.

Entretanto, verifica-se que há uma obscuridade quanto ao prazo, uma vez que a Lei Complementar nº 008/99 não determina especificamente o período, apenas cita que ficará interrompida a prescrição até a decisão final proferida por autoridade competente.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que o prazo fica interrompido pelo período de 140 (cento e quarenta) dias, depois dos quais se reinicia normalmente a contagem, consoante julgamento proferido no MS 12.735/DF:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DEMISSÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. 1. A teor do art. 142, § 1.º, da Lei n.º 8.112/90, a prescrição da pretensão punitiva administrativa começa a fluir a partir da data em que o ato ilícito se torna conhecido, sendo certo, também, que, à luz do disposto no § 3.º do mesmo artigo, a instauração do processo administrativo disciplinar constitui fato interruptivo da contagem do prazo prescricional. 2. Desse modo, interrompida a contagem da prescrição com a instauração do Processo Administrativo Disciplinar em 15/10/2001, volta o referido prazo a correr por inteiro em 07/03/2002, isto é, após o transcurso de 140 (cento e quarenta) dias (prazo máximo para a conclusão do PAD – art. 152, caput, c.c. o art. 169, § 2.º, ambos da Lei 8.112/90). [...] (STJ, 2010, online)

Nesse ínterim, observa-se que a referida jurisprudência é de grande relevância para o afastamento da obscuridade presente na Lei Complementar 008/99, quanto ao prazo de prescrição após a instauração do PAD.

4. BREVE COMPARATIVO ENTRE A LEI FEDERAL Nº 8.112/90 E A LC 008/99 DO MUNICÍPIO DE PALMAS

4.1 Semelhanças e diferenças

Assim como a Lei nº 8.112/1990 rege o estatuto dos servidores públicos federal, a Lei Complementar nº 008/1999 rege o estatuto dos servidores do Município de Palmas, são muitas as semelhanças entre ambas, diferenciando-se em poucos itens.

Como semelhanças pode-se observar que ambas as leis têm praticamente a mesma estrutura, ambas estabelecem os deveres e as proibições dos servidores públicos, bem como as penalidades em caso de cometimento de infração administrativa, e como meio de averiguar tais condutas praticadas por servidores públicos, são realizados os procedimentos de sindicância e processo administrativo disciplinar.

Entre os deveres genéricos, pode-se citar o dever de exercer o cargo com zelo e dedicação; lealdade às instituições; respeito às normas; economia e conservação do patrimônio público; assiduidade e pontualidade; conduta condizente com a moralidade administrativa atender com presteza e cordialidade o público em geral; etc.

Quanto às penalidades disciplinares ambas serão as mesmas, sendo elas: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

No que se refere às diferenças, observa-se a aplicação das penalidades. Na esfera federal as sanções administrativas atinentes à demissão, destituição de cargo em comissão e de função de confiança, e a de cassação de aposentadoria e disponibilidade serão aplicadas pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da

República. Serão aplicadas pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior às mencionadas anteriormente quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias. Nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias, serão aplicadas pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, e por fim quando se tratar de destituição de cargo em comissão aplicar-se-á pela autoridade que houver feito a nomeação.

Já na esfera municipal de Palmas as penas disciplinares concernentes a demissão, destituição de cargo em comissão e de função de confiança, e a de cassação de aposentadoria e disponibilidade, serão aplicadas pelos Chefes dos Poderes do Município. A de suspensão pelo Secretário de Município ou autoridade equivalente. Por fim, nos casos de advertência, serão aplicadas pelo chefe da repartição e outras autoridades.

No que tange aos prazos de conclusão do processo administrativo a Lei nº 8.112/99 prevê que o prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias.

Diferentemente, a Lei Complementar nº 008/99, determina que o prazo para a conclusão do processo disciplinar não poderá exceder sessenta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, porém admite a sua prorrogação por igual prazo.

Outro ponto diferencial entre as leis é o prazo máximo de aplicação da sanção de suspensão. Na lei 8.112/90 a sindicância constitui um procedimento sumário instaurado para apurar infrações que comportem a pena máxima de suspensão por até trinta dias. Já na Lei Complementar nº 008/99, determina que a aplicação da sanção de suspensão não poderá exceder noventa dias.

4.2 Sugestões para a esfera municipal com base na esfera federal

Observa-se que para os processos disciplinares serem realizados com eficiência e celeridade, a utilização de alguns recursos é imprescindível. Nesse sentido, em observância aos procedimentos utilizados no regime disciplinar do município de Palmas, surge a necessidade de trazer algumas sugestões ao presente artigo, baseadas em recursos já utilizados em âmbito federal, visando a

modernização e celeridade para o desenvolvimento dos processos que chegam à Corregedoria Geral do Município de Palmas.

4.2.1 A inclusão de Processo digital

Atualmente no município de Palmas, os processos administrativos disciplinares ainda são todos físicos. No que se refere ao processo digital a Lei nº 11.419 de 19/12/2006 prevê que:

Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.

A partir desta lei, restou autorizado que todos os atos processuais fossem documentados em sua forma digital, contando com o seu registro em ata assinada eletronicamente pelo juiz, pelo escrivão, bem como pelos advogados das partes.

4.2.2 A inclusão de audiências por videoconferência

No que se refere à possibilidade de realização de audiência por videoconferência no âmbito federal, a normativa nº 12 de 1º de novembro de 2011, regulamenta a adoção de videoconferência na instrução de processos e procedimentos disciplinares no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal. De acordo com a Cartilha de Orientações da CGU (Brasília, 2012) a adoção de mecanismos que contribuem para a celeridade dos trâmites processuais, assegura-se, ao final, conforme previsto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, a razoável duração do processo.

Percebe-se que audiências realizadas mediante sistema de videoconferência possibilitam uma maior efetividade de vários princípios que norteiam a atuação disciplinar, como o exercício da ampla defesa, podendo citar o caso de audiências para oitiva de testemunhas que residem em outros municípios. Esse mecanismo permite ainda maior celeridade, economicidade e eficiência dos atos processuais,

uma vez que há uma economia significativa de tempo e de recursos relacionados às diligências dentro do processo.

4.2.3 Citação via e-mail ou via whatsapp

No que tange às citações, a Corregedoria-Geral (CGJ) do Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM) regulamentou por meio do Provimento nº 327/2018-CGJ, a utilização do ambiente eletrônico para as comunicações oficiais, transmissão de informações e atos processuais do órgão. E o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou por unanimidade a utilização do aplicativo WhatsApp como ferramenta para intimações em todo o Judiciário. A decisão foi tomada durante o julgamento virtual do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 0003251-94.2016.2.00.0000, ao contestar a decisão da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO), que proibira a utilização do aplicativo no âmbito do Juizado Civil e Criminal da Comarca de Piracanjuba/GO.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa oportunizou um breve conhecimento acerca dos princípios e procedimentos utilizados no Regime Disciplinar Administrativo de Palmas – TO. Adentra-se, portanto que o regime disciplinar do servidor público palmense caracteriza-se pelo complexo de deveres, proibições, responsabilidades, meios de apuração de ilícitos administrativos e sanções disciplinares, que são decorrentes do exercício do poder disciplinar do Estado.

Como mencionado anteriormente, as práticas de infrações por parte dos servidores poderão gerar responsabilização na esfera penal, civil e administrativa, bem como poderão resultar na instauração de procedimentos administrativos, como a sindicância ou o processo administrativo disciplinar - PAD.

Como apontado anteriormente, a sindicância poderá ser investigativa, quando há dúvidas sobre a autoria e materialidade da infração, não podendo dela ensejar qualquer tipo de punição administrativa. E ainda a sindicância poderá ser acusatória, da qual poderá resultar no arquivamento do processo, na aplicação de advertência ou suspensão, ou na abertura do PAD.

Concernente ao PAD, o mesmo deverá ser contraditório e assegurar ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito. Pautado no princípio da publicidade, o PAD deverá ser processado por comissão permanente designada em documento público oficial, bem como se dará ciência

ao indiciado e ao seu defensor de todas as ocorrências e atos do processo administrativo disciplinar, inclusive do relatório final.

Conclui-se que todos os procedimentos utilizados na esfera administrativa são pautados em princípios básicos constitucionais e administrativos, e que para que o objetivo do direito administrativo disciplinar possa ser atingido, a administração pública deve adotar, no desenvolvimento de suas atividades administrativas, uma desejável disciplina, resultante das regras jurídicas estabelecidas, que descrevem condutas e impõem sanções. A fim de evitar que haja novas infrações e conseqüentemente prejuízos a terceiros ou a própria administração pública.

Atualmente, existem muitas falhas no regime disciplinar administrativo de Palmas, no entanto, esse é um problema que está presente em todas as esferas públicas nacionais, seja federal, estadual ou municipal. Nosso país está assolado por problemas como a corrupção, a improbidade administrativa e o abuso de poder, que são provenientes de infrações cometidas por servidores públicos. Logo, o poder disciplinar da Administração Pública é extremamente importante no combate a esses problemas, uma vez que seu principal objetivo é punir o servidor transgressor e coibir condutas impróprias.

Nesse sentido, o presente trabalho trouxe sugestões de melhorias na sistemática administrativa municipal de Palmas, visando à manutenção do poder disciplinar e a efetividade dos princípios constitucionais que a norteiam, como os princípios da eficiência, eficácia, da celeridade processual e da economicidade. Foram apontadas como sugestões, a digitalização dos processos físicos, a possibilidade de realizar audiências via videoconferência e a citação por meios de comunicação como Whatsapp e e-mail.

Contudo, no tocante ao principal objetivo do poder disciplinar o qual é coibir as condutas ilícitas praticadas dentro da administração pública, as sugestões apresentadas no presente trabalho apesar de auxiliarem na manutenção do poder disciplinar, de nada valerão se não houver uma efetiva evolução na conscientização de cada cidadão e servidor público quanto aos seus atos e valores. De fato, se cada indivíduo presar por sua integridade e honestidade, poderemos afastar as condutas negativas, não só na esfera administrativa, mas em todas elas.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.112 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre regime jurídico dos servidores públicos civis da união, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm >. Acesso em: 10 de mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm > Acesso em: 10 de mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm > Acesso em: 10 de mai. 2019.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CGU. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. CGU/Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União Corregedoria-Geral da União, Brasília, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23.^a edição, atualizada São Paulo, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42.^a edição, atualizada São Paulo, 2016.

PALMAS. **Lei nº 008 de 16 de novembro 1999**. Banco de Leis do Município de Palmas. Disponível em < <https://legislativo.palmas.to.gov.br/> > acesso em 04/02/2019.

PALMAS. **Lei Ordinária nº 1156 de 16 de setembro 2002**. Banco de Leis do Município de Palmas. Disponível em: <<https://legislativo.palmas.to.gov.br/>> acesso em 04/02/2019.

STJ. **MS: 12735 DF 2007/0072038-4**. JusBrasil, 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16828494/mandado-de-seguranca-ms-12735-df-2007-0072038-4-stj/relatorio-e-voto-16828496>. Acesso em: 20 de abr. 2019.

Nota:

[1] Ramilla Mariane Silva Cavalcante. Graduada em Direito pela UFT, pós-graduada em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela UFT e Grandes Transformações do Direito Processual pela UNISUL. Atualmente é advogada inscrita na OAB - TO, com atuação predominante em Direito Administrativo e Direito Cível, com ênfase em Família e Sucessões, e professora nas instituições Faculdade de Palmas/FAPAL e Faculdade Serra do Carmo/FASEC, disciplina Direito Processual Civil.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DOS PACIENTES DIAGNOSTICADOS COM CÂNCER NO BRASIL

DANIELA GONÇALVES HERMENEGILDO:
Bacharela em Direito pela Faculdade Francisco
Maeda (FAFRAM)

RENATA ROMANI DE CASTRO

(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo monográfico viabilizará o atual cenário das políticas públicas em face dos cidadãos hipossuficientes, especificamente aos portadores de câncer, comparando a situação da saúde pública com a legislação constitucional, mais precisamente no art. 196 da Constituição Federal e, as infraconstitucionais. Por mais que o legislador constituinte crie normas regulamentadoras para saúde pública, há o que se falar em omissões e irregularidades destes direitos, e a expectativa em alcançar uma saúde de qualidade é em regra fracassada, principalmente ao se tratar da inércia do Sistema Único de Saúde em proporcionar medicamentos, procedimentos terapêuticos e serviços satisfatórios. A Constituição Federal em defesa dos portadores de câncer prevê tratamentos diferenciados, seja pelos medicamentos de alto custo ou pela celeridade nos tratamentos terapêuticos, a Lei 12.732/2012, por exemplo, foi um benefício oferecido aos portadores diagnosticados com carcinoma malignos. O câncer é uma doença de origem desconhecida e silenciosa, no qual o paciente passa a ter os primeiros sintomas (dores, febres, cansaço, mal estar entre outros) quando a anomalia já se encontra em grau avançado e, por diversas vezes os tratamentos são fracassados e insuficientes para proteger a vida do indivíduo. É por esse motivo que a discussão sobre o câncer atualmente ganhou grandes relevâncias, pois a doença pode atingir qualquer pessoa, tão pouco se importando com sua condição física ou financeira, impondo risco à saúde de todos os cidadãos. O presente trabalho é resultado de uma pesquisa bibliográfica, principalmente em doutrinas jurídicas, pesquisas de estatísticas, sites históricos e da análise jurisprudencial.

Palavras-chave: Constituição Federal. Câncer. Judicialização da saúde. Lei 12.732/2012

ABSTRACT: This article aims to make possible the present situation of the public politics before weak citizens, and especially to people with cancer, looking for to comparing the public health situation with a constitutional legislation, more precisely in Section 196 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the infra constitutional. Although the constituent legislator establishes regulatory rules to the public health, there are, also, the omission and irregularities of these rights, and the expectation to achieve a quality health is an unsuccessful standard, mostly talking about the inertia of the Brazil's public healthcare system to provide satisfactory medicines, therapeutic procedures and services. The Constitution of the Federative Republic of Brazil, in support of cancer patient, provides different treatments, either by the high-cost medicines or by the speed in therapeutic treatments, Law 12.732 / 2012, for example, it was a benefit offered to patients diagnosed with malignant carcinoma. Cancer is a disease of unknown and silent origin, in which the patient begins to have the first symptoms (pain, fever, tiredness, indisposition and others ones), when the anomaly is already at a high level and, on several occasions the treatments are unsuccessful and insufficient to protect the life of the individual. This is the reason that the discussion about cancer, nowadays, has achieved great importance because the disease can reach anyone, it does not matter the physical and financial condition, which is a risk to the health of all citizens. This article is a result of a bibliographic research, mostly in legal doctrines, statistical researches, historical websites and jurisprudential analysis

Keywords: Constitution of the Federative Republic of Brazil. Cancer. Health Judicialization Judicial Activism. Law 12.732 / 2012.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL. 2.1 Direitos Fundamentais. 2.2 Direitos Fundamentais como compromisso do Estado Democrático de Direito. 2.3 Gerações dos Direitos Fundamentais. 2.3.1 Direito Fundamental de Primeira Geração. 2.3.2 Direito Fundamental de Segunda Geração. 2.3.3 Direito Fundamental de Terceira Geração. 2.3.4 Direito Fundamental de Quarta Geração. 2.3.5 Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais à saúde. 2.4 Direitos Sociais. 3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 3.1 O dever constitucional do Estado em assegurar a saúde (art.196 CF). 3.2 Princípios Constitucionais do direito à saúde. 3.2.1 Princípio da Dignidade Humana. 3.2.2 Princípio à vida. 3.2.3 Proibição do Retrocesso Social. 3.2.4 Princípio da Informação. 3.3 Sistema Único de Saúde. 4 A PROTEÇÃO ESPECIAL DOS

PORTADORES DE CÂNCER. 4.1 Do Câncer. 4.2 A Lei nº 12.732/2012 – Proteção ao tratamento do câncer com neoplasia maligna. 4.3 O ativismo judicial para a efetividade da proteção legal (Lei 12.732/2012). 4.4 Instrumento Processuais (ações constitucionais – coletivo e individual). 4.5 Posicionamento Jurisprudencial. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre o câncer é cada vez mais frequente na sociedade brasileira, pois atualmente, demonstra a principal causa de morte na sociedade, impondo risco à saúde de todos os cidadãos, pois sua incidência poderá atingir qualquer indivíduo tão pouco importando com sua condição econômica ou física. A pessoa diagnosticada com câncer, em primeiro momento, se depara com um grande problema e a tendência de não pensar em seus direitos é frequente, devido o mal estar que o paciente passa com a descoberta. O câncer além de proporcionar um inquestionável transtorno emocional e psicológico, expõe o direito fundamental à vida a grandes lesões e riscos, inclusive ao óbito.

Frente ao tema delineado, isto é, os direitos fundamentais dos portadores de câncer, o presente trabalho investigará a eficiência e a aplicabilidade das normas expressamente previstas pelo legislador constituinte perante o direito à saúde, em especial a rede pública, o qual o Estado por meio de política pública é responsável por aplicar assistências básicas a todos os cidadãos. A política pública atualmente é administrada pelo Sistema Único de Saúde, conhecida pelas suas siglas SUS, que objetiva a igualdade de tratamentos, o acesso universal e a gratuidade das ações de saúde.

Ainda que existam leis para o bem estar social dos indivíduos, o atual cenário da política pública por diversas vezes não garante a dignidade da pessoa humana, incorrendo a vícios insanáveis para os direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente à sua saúde. Para rever estes direitos, o indivíduo por meio da ação judicial encaminhará ao Poder Judiciário o conhecimento do problema, para que este decida da melhor maneira e aplique o direito que antes foi violado ou aplicado irregularmente. Logo, a necessidade de ingressar com as ações judiciais para

assegurar os direitos constitucionais acabam por demandar tempo que para a saúde pode ser extremamente prejudicial.

A presente pesquisa divide-se em três capítulos. O primeiro condiz à base do respectivo tema, abordará sobre os direitos fundamentais, sua conceituação, bem como a historicidade entre as constituições brasileiras até a formação do Estado Democrático de Direito em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal. Ainda compreenderá as principais características dos direitos fundamentais, suas dimensões, explicando desde a primeira até a quarta. Por fim, tratará sobre os direitos sociais, em especial o direito à saúde, previstos no artigo 6º da Constituição Federal, como direitos essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana em uma sociedade.

No segundo capítulo, analisar-se-á eficiência do direito fundamental à saúde, mediante políticas públicas e, o princípio da solidariedade em responsabilizar pela aplicabilidade deste direito social, com indicações de entendimentos jurisprudenciais. Posteriormente, serão examinados princípios constitucionais que guardam conexões com o respectivo tema deste trabalho, pois na ausência de uma lei, os princípios constitucionais serão utilizados como norteadores para justiça. Por último, abordará a discussão sobre o Sistema Único de Saúde, pois suas características formais não condizem com o trágico cenário da saúde pública.

O último capítulo condiz à problemática desta monografia, ou seja, a proteção especial dos portadores de câncer, inclusive a Lei n. 12.732/2012. O intuito do legislador em criar a norma citada, foi na celeridade dos tratamentos dos pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, diante das medidas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde no prazo de até em 60 (sessenta) dias. A ausência ou irregularidade desses direitos, o indivíduo poderá valer-se da máquina judiciária para demandar suas necessidades, por meio dos remédios constitucionais.

O intuito desta monografia é despertar a discussão sobre a fragilidade da saúde pública, diante ao grande volume de demandas judiciais proposta por pacientes portadores de câncer que atacam a precariedade de serviços e ações da atual política pública, questão a qual será também a problemática deste trabalho.

Desta maneira, a metodologia utilizada para este estudo, valerá da pesquisa bibliográfica, principalmente em doutrinas jurídicas, pesquisa de estatísticas por

Organizações de Saúde, sites históricos, artigos científicos, bem como análise jurisprudencial a fim de demonstrar casos concretos sobre o respectivo tema deste trabalho.

2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A busca pela saúde humana passou por diversas transformações sociais e políticas ao longo dos anos. Compreendemos neste sentido, que as práticas terapêuticas do curandeirismo ou pelos boticários já eram os primeiros procedimentos medicinais vigentes no período colonial brasileiro. Por muitos anos foram os únicos meios de acesso à saúde para sociedade, até serem substituídos por outros procedimentos sanitários no decorrer dos anos, como por exemplo, a vacinação como um meio de profilaxia (BRAGA, 2015).

Somente em 1988 pela promulgação da Constituição Federal, foi que a saúde caracterizou-se como um direito social fundamental ao ser humano. A preocupação neste período deixou de ser apenas pelos fatores biológicos do ser humano, isto é, na ausência de uma anomalia, e passou a desenvolver todas as medidas necessárias para promover um ambiente socialmente equilibrado e digno para sociedade.

Nesse sentido, é evidente que aplicação deste direito exigiu-se aos entes políticos (União, Estados e Municípios) um dever jurídico de proporcionar todas as medidas eficazes para impedir todos os fatores lesivos à saúde mental, física e social do cidadão, seja por meio de políticas econômicas ou sociais. Não o bastante, o texto constitucional estabeleceu como princípios essenciais para o direito à saúde a universalidade dos atendimentos, em que todos tenham acesso aos serviços e ações de saúde, e a igualdade de tratamento entre os detentores deste direito.

Assim como determina o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, s.p.):

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.

Os direitos fundamentais em contrapartida são os mecanismos garantidores para os cidadãos satisfazerem-se de todos os seus valores éticos, morais e sociais, necessários para conviver dignamente em uma sociedade. A saúde por sua vez, é inerente a vida humana e por esse motivo deve ser institucionalizada nas normas constitucionais brasileiras, no capítulo da “Ordem Social”, nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal.

Finalmente, o legislador consagrou a saúde como um bem jurídico fundamental, seja para dar continuidade a existência humana ou para estabelecer condições mínimas de sobrevivência á todos os cidadãos que convivem em sociedade. No entanto, é indispensável estudar as principais características dos direitos fundamentais nos próximos capítulos, com intuito de correlaciona-la com o direito à saúde, de modo a alcançar uma justiça social.

2.1 Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são normas de conteúdos declaratórios, ou seja, determinam o que é justo ou correto para uma pessoa conviver dentro de um meio social. São considerados direitos indispensáveis à pessoa humana, logo que, asseguram a todos os cidadãos uma existência digna, livre e igual em uma sociedade. Em razão de sua importância a Constituição Federal de 1988 garante em seus preceitos legais a sua proteção, sem que haja qualquer distinção entre beneficiários, sendo eles brasileiros natos ou estrangeiros residentes no país conforme previsto no art. 5º, “caput” da Constituição Federal.

Por outro lado, os direitos fundamentais não são protegidos somente pela Constituição Federal, mas também internacionalmente. O Brasil é signatário do Pacto de São José, constituído pelo órgão da Corte Internacional de Direitos Humanos (OEA) e Comissão Interamericana de Direitos Humanos (ROCHA, 2017).

E necessário dizer que, os direitos fundamentais não possuem uma conceituação própria, pois integram uma universalidade de conteúdo, porém, possuem varias características que podem ser exploradas, destacando a: universalidade – os direitos fundamentais são “*erga omnes*”, isto é, são legítimos a todos cidadãos, assim como determina o princípio constitucional (art. 5º, “caput”, C.F); Irrenunciabilidade e Inalienabilidade - o direito fundamental é personalíssimo,

ou seja, são intransferíveis e inegociáveis; Imprescritibilidade – os direitos fundamentais não possuem prazos prescricionais, são vitalícios; Limitabilidade – Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo o magistrado ao analisar o caso concreto, alterar, limitar, modificar um direito, sempre que houver uma colisão de direitos fundamentais. Inter-relacionados – não há hierarquização entre os direitos fundamentais, porém estão todos interligados; E a historicidade - os direitos fundamentais não nascem em único momento da historia humana, acompanha o processo evolutivo da civilização, sendo progressivos e adaptados para cada circunstância (CASADO FILHO, 2012).

Nos próximos capítulos da presente pesquisa serão enfatizados os estudos a partir o constitucionalismo de 1988, quando os direitos fundamentais passaram a integrarem o Estado Democrático de Direitos. Os direitos do homem desde então, passaram a ter um controle e uma proteção jurídica, submetendo todos os entes políticos às leis promulgadas, impedindo que haja autoritarismo e opressão estatal e determinando todas as condições essenciais para ter-se uma vida digna.

2.2 Direitos Fundamentais como compromisso do Estado Democrático de

Direito

O Estado Democrático de Direito rege-se para garantir uma ampla proteção jurídica aos direitos e garantias fundamentais. Sua principal característica é a ausência de centralização política e administrativa do Estado. É necessário salientar ainda, a participação da população como princípio básico de Estado Democrático, sendo todo poder público emanado do povo, por meio de seus representantes eleitos, previsto no artigo 1º, § único da Constituição Federal (BRASIL, C.F., 1988).

A luta pelos direitos por diversas classes populares, historicamente, desenvolveram as diversas Constituições brasileiras. Porém, somente em 1988 o Brasil passou pelo principal processo de democratização, quando promulgou a Constituição Federal de 1988. Antes desse período, o governo brasileiro não se preocupava com os direitos individuais, sociais ou coletivos e o Estado possuía autonomia para constituir ou destituir um direito fundamental ao ser humano. Nesse sentido, vale a pena demonstrar o desenvolvimento das Constituições

brasileiras e o decorrer dos direitos fundamentais, uma vez que sem eles não haveria um Estado Democrático de Direito.

O compromisso com os direitos do homem iniciaram com a primeira Constituição brasileira em 1824, quando Dom Pedro I outorgou a Carta Constitucional. A necessidade do constitucionalismo neste período era para impedir os abusos da monarquia e da classe política, uma vez que sua base política era de forma unitária de Estado, com centralização política-administrativa. A organização do poder foi a principal característica do absentéismo estatal, com a divisão dos quatro poderes: Executivo; Legislativo, Judiciário e Moderador, sendo este último exercido exclusivamente pelo imperador (COTRIM, 2010).

Neste contexto, podemos compreender que os direitos declarados antes do período republicano, possuíam caráter meramente político, ou seja, sua finalidade era para manter o equilíbrio entre a sociedade e os poderes políticos vigentes, sem tão pouco se preocupar com os direitos fundamentais ou sociais do homem. A alteração ou inclusão de uma cláusula constitucional que fosse favorável ao poder moderador era permitida, pois este detinha todo poder sobre a sociedade.

Todavia, somente em 1891 constituiu-se a primeira Constituição da República do Brasil, como um sistema de governo presidencialista e a forma de Estado federal, transformando as antigas Províncias em Estados Unidos do Brasil. A influência da Constituição norte-americana serviu de base para instituição desse novo sistema de governo e os direitos dos cidadãos foram aprimorados, retirando as penas de galés, batimentos e de mortes. Foi neste período também, que o Brasil tornou-se um país laico, sem nenhuma religião oficial (LENZA, 2014).

Em 1934 Getúlio Vargas foi eleito pela Assembleia constituinte como Presidente do Brasil, inaugurando o Estado Novo e uma nova Constituição. A base política neste período foi fortemente influenciada pela Constituição Weimar, ao declarar os direitos de segunda dimensão. Dentre os direitos declarados neste período, estava o voto secreto e universal para os maiores de dezoito anos; voto feminino; criação da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho com a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhista; e os direitos fundamentais como à liberdade de pensamento, de crença religiosa, de expressão e de locomoção (RICCTELLI, 2007).

Conquanto, o pior momento para os direitos fundamentais foi em 1964, quando o processo de democrático foi interrompido por uma ditadura militar. O golpe pôs fim ao governo de João Goulart e impôs como presidente Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, comodante do exército militar. Foram praticados vários atos inconstitucionais, sendo os direitos suspensos e a liberdade individual interrompida e, o Estado possuía total liberdade para desconstituir as cláusulas da Constituição, modificando-as conforme a sua concepção política (VIRTUOS, s.d.).

Uma vez instalada a ditadura no Brasil, era nítido a ausência de princípios básicos de democratização, pois inúmeros direitos constitucionais foram violados após desenvolver os cinco atos institucionais. O regime disseminava inúmeras torturas e força brutal aos cidadãos que mantinha ideologias adversas à política estabelecida, praticando várias atrocidades aos direitos anteriormente estabelecidos pelas Constituições brasileiras.

Como citados, os atos institucionais desconstituíam uma cláusula constitucional anteriormente outorgada e suspendia ou interrompia um direito fundamental, assim como explica COTRIM (2010. 213 e 215p.):

A. I. nº 1- O comodante militar decretou, em 1964 a modificava a Constituição em vigor, conferindo ao Executivo federal, durante certo prazo, poderes para: cassar mandatos de parlamentares; suspender direitos políticos de qualquer cidadão; Realizar outras modificações na Constituição.

A. I. nº 2- de outubro de 1965, conferia mais poderes ao presidente para cassar mandatos e direitos políticos. Além disso, estabelecia a eleição indireta (pelo Congresso) para presidente e extinguiu todos os partidos políticos existentes;

A. I. nº 3- de fevereiro de 1966, estabelecia o fim das eleições diretas para governadores e prefeitos das capitais [...];

A. I. nº 4- de dezembro de 1966, dava ao governo poderes para elaborar uma nova Constituição, com o objetivo de incorporar a legislação criada pelo regime militar. Em 24 de janeiro, foi promulgada a Constituição de 1967, que teve suas características o fortalecimento do poder presidente da

República e o enfraquecimento inconstitucional do Legislativo e do Judiciário

A. I. nº 5- Em 1968, o comandante determinou o fechamento do Congresso e a cassação do mandato de parlamentares.

A ditadura militar no Brasil perdurou por muitos anos como regime político, em contrapartida provocou insatisfação popular e grandes manifestações estudantis. Mas, somente em 1979 iniciou um lento e gradual processo de redemocratização, com a promulgação da Lei da Anistia no governo de Figueiredo. O intuito era libertar políticos presos no período da ditadura e reabilitar os direitos políticos a todos que foram cassados, e principalmente perdoar todos os crimes de assassinatos e terrorismo praticados contra o governo ditatorial (COTRIM, 2010).

Por fim, somente em 1988 foi promulgado a atual Constituição Federal, a qual não apenas restabeleceu o regime político democrático, mas assegurou o exercício dos direitos fundamentais aos cidadãos, sob a ótica da dignidade humana, removendo todos os vestígios da ditadura. O Estado por sua vez, estabeleceu ampla participação popular nas decisões governamentais e os direitos fundamentais passaram a fazer parte corpo normativo constitucional, tanto em aspectos formal como material, garantindo um Estado Democrático de Direito para todos os brasileiros.

A instalação de um regime político democrático de direito, introduziu em seus dispositivos legais um extenso rol de direitos fundamentais, protegendo todos os cidadãos que anterior a este regime foram mutilados e reprimidos politicamente. O maior intuito da Constituição era desenvolver uma saudável cidadania para todos, sem indícios de abusos e autoritarismo estatal. Por sua vez, os direitos fundamentais não foram conquistados e desenvolvidos em único período social, mas progressivamente para cada necessidade imediata da sociedade, possuindo suas fases cronológicas, assim os próximos capítulos será desenvolvido a valorização dos direitos fundamentais nos mais marcantes acontecimentos históricos, desde a sua primeira à sua quarta geração/dimensão.

2.3 Gerações dos Direitos Fundamentais

A princípio, não podemos confundir como sinônimos as terminologia direitos humanos; direitos fundamentais e direitos naturais, pois cada um representa um conteúdo diferente, ainda que seja bem sutil.

Direitos Humanos é uma expressão utilizada para referenciar o Direito Internacional Público, isto é, são os direitos contidos em declarações entre Comunidades Internacionais. Já os direitos naturais, também conhecidos como direito jus naturalista, remetem a noção de elementos metafísicos, ou seja, são direitos que estão acima do Estado, e nascem da própria natureza humana, como por exemplo, o direito a vida. E por fim, os direitos fundamentais tratam-se dos direitos e garantias dos cidadãos, positivadas nas Cartas Constitucionais contemporâneas (PUCCINELLI JUNIOR, 2013).

Faz-se necessário também, esclarecer duas opções terminológicas. A divergência entre as nomenclaturas "dimensão" e "geração" podem variar doutrinariamente para cada autor, porém é indiferente utilizar-se de qualquer uma das expressões acima citadas, para demonstrar a ordem cronológica de cada direito fundamental.

Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017), a terminologia adequada para evolução histórica dos direitos fundamentais é "dimensão" uma vez que, o reconhecimento dos direitos fundamentais tem caráter de um processo acumulativo, completando-se ao longo das épocas. Já expressão "geração" enseja uma ideia de alternância, de substituição de um direito fundamental por outro ao longo do tempo.

No mesmo raciocínio, Bonavides (2015) entende que o melhor vocábulo a ser usado é de "dimensão", pois o termo "gerações" induz uma sucessão cronológica e uma suposta caducidade dos direitos anteriores.

A melhor expressão a ser utilizada para sucessões cronológicas dos direitos fundamentais é "dimensão", uma vez que pressupõe uma ideia de etapas, ou seja, cada direito possui progressivamente suas fases. Mas é importante destacar que as fases então interligadas e por isso não exclui um direito anteriormente adquirido, somente reestrutura-os para o contexto atual.

2.3.1 Direito Fundamental de Primeira Geração

O absolutismo representava toda força política neste período, e suas decisões eram estritamente autoritárias e infalíveis de qualquer questionamento de seus súditos. A sociedade inconformada com a instabilidade do sistema político vigente almejava por melhores condições de vida em que todos possuíssem direitos e garantias fundamentais. Por meio de diversas revoluções liberais foram conquistado os primeiros direitos fundamentais do homem, no intuito de limitar a intervenção dos Estados e de suas autoridades constituídas.

A primeira medida consistente a esses direitos foi na esfera da liberdade individual dos cidadãos, no qual o indivíduo possuía constante atuação contra qualquer decisão autoritária do Estado. A resistência e a oposição do cidadão possibilitou o desenvolvimento da personalidade humana.

A primeira geração por sua vez, visa à proteção do indivíduo, com rol de direitos civis e políticos. São conhecidos como direitos negativos, pois impõe uma conduta restritiva ao Estado, com uma obrigação de abster-se, ou seja, uma obrigação de não fazer. São direitos que valorizam o homem de forma individualizada (BONAVIDES, 2015).

O direito a vida, também ganhou proteção jurídica, caracterizando-se como um direito fundamental de primeira geração. Antes das revoluções liberais os reis possuíam o controle de tudo, inclusive o da vida e da morte da sociedade, e conforme o que foi dito anteriormente, eram praticadas várias atitudes brutais contra a vida do homem que contrariasse a vontade política do rei.

2.3.2 Direito Fundamental de Segunda Geração

Em sequência as limitações estatais da primeira geração, mas sem sobrepor um ao outro, surgiu à segunda dimensão, também conhecida como direitos públicos, O marco principal para este período são as diversas movimentações e reivindicações dos socialistas em busca à sua dignidade a frente da massificação operária da Revolução Industrial.

O propósito do Poder Público nesta segunda dimensão de direitos fundamentais é estabelecer uma igualdade social entre os membros da sociedade, pois o enriquecimento dos Estados e dos nobres era indevido aos comparar com a massa trabalhadora. Nesse sentido, o propósito dos direitos eram racionalizar o poder da burguesia e estabelecer melhores condições de vida e de trabalho aos operários exauridos pós-período revolucionário.

Por sua vez, Bonavides (2015) entende que a segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos, também conhecidos como direitos positivos. São normas que impõe ao Estado uma obrigação de fazer, prestar ou dar ao cidadão as garantias necessárias para conviver de forma digna na sociedade. O princípio da igualdade foi o fato gerador da segunda geração que se intenta estabelecer uma liberdade para todos em um Estado liberal.

Desemprego, criminalidade, pobreza e insalubridades em termos de saúde, foram algumas das várias consequências que a Revolução Industrial provocou mundialmente. Para reverter esse grande impacto social, os Estados foram obrigados a promoverem serviços sociais para os cidadãos, vislumbrando-se a possibilidade de estabelecer uma nova cidadania em que todos fossem iguais. Dentre esses serviços públicos acima mencionados, podemos citar a educação, segurança e a saúde. Essa nova geração encaminhou-se de um Estado liberal para um Estado Democrático de Direito, dispondo dos direitos de terceira geração de direito.

2.3.3 Direito Fundamental de Terceira Geração

A proteção deixou de ser exclusivamente do homem e passou a buscar a fraternidade, a paz e a solidariedade entre os povos, ou seja, os titulares destes direitos passaram a ser a coletividade. Para bom convívio entre todos os membros das nações e minimizar as diferenças sociais entres os países, surgiram à terceira geração, e esta proteção esta expressamente escrita em diversos documentos internacionais.

O autor Lenza (2014), explica que a terceira dimensão são os direitos correspondentes a uma sociedade já modernamente organizada, também conhecida como direitos de fraternidades ou de solidariedades. São direitos transindividuais, ou seja, protege o homem enquanto gênero humano.

Por outro lado Bonavides (2015) entende que os direitos de terceira geração tendem a desenvolver-se no fim do século XX, como direitos humanos e universais, destinando-se não apenas na proteção dos interesses individuais, mas de um grupo ou de um determinado Estado, como por exemplo, o direito a paz social, direito à propriedade sobre patrimônio cultural e histórico e a preservação ambiental.

Porém é fundamental destacar que a terceira geração dos direitos fundamentais possuem como peculiaridades as seguintes características a: autodeterminação dos povos - está diretamente ligada a maneira independente e autônoma de cada país de governar, sem que haja a intervenção em sua cultura, religião ou ate mesmo em sua economia por outros membros internacionais; meio ambiente - como uma fonte de sobrevivência humana esgotável que deve ser protegida pelos poderes públicos e pela sociedade para que haja uma qualidade de vida ecologicamente equilibrada para presentes e futuras gerações, conforme o artigo 225, "caput", Constituição Federal determina; e, o direito ao desenvolvimento - proporciona aos cidadãos a igualdade no âmbito político, sociais, econômicos e jurídicos, conforme previsto no art. 3º, II, Constituição Federal.

2.3.4 Direito Fundamental de Quarta Geração

Com intuito de garantir um desenvolvimento social e econômico do país, surgem às ideias políticas neoliberais, ou melhor, a globalização mundial dos processos tecnológicos e principalmente político. Esse fenômeno provocou grande impacto nos direitos fundamentais e foi nesse período que surgiu a quarta geração. Há os que defendem que a quarta geração é o processo de democratização, com a instituição de garantir os direitos assegurando pelas constituições já devidamente escritas.

São direitos da quarta geração o direito à democratização, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há

*de ser, de necessidade, uma democracia direta
[...] (BONAVIDES, 2015. 586 p.).*

Nesse sentido, pode-se dizer que a quarta geração dos direitos fundamentais contempla tanto os avanços políticos como os tecnológicos (cultural, da comunicação, entre outros). Para impedir qualquer violação ou omissão dos direitos do homem era preciso a democratização e subsequente a promulgação das Constituições escritas. A quarta geração nada mais que o desenvolvimento de um Estado social moderno e agradável para todos.

2.3.5 Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais à saúde

O direito à saúde no Brasil foi conquistado por diversos movimentos populares. Com o desenvolvimento científico no campo da saúde e ampliação dos meios sanitários, possibilitaram o domínio das condições de saúde e bem estar da sociedade, todavia, somente em 1988 que a saúde humana passou a ser objeto de uma Constituição e um direito perante a justiça. Os direitos fundamentais por sua vez, fazem-se presentes no núcleo material e formal desta norma, assegurando o mínimo vital aos indivíduos que se encontram em estado de necessidade.

A nova política de saúde desenvolveu ações e serviços integrais e universais a todos os cidadãos, sem pretensão de cobrar qualquer quantia pelos atendimentos e procedimentos oferecidos. O intuito do sistema de saúde brasileiro é de promover, proteger e garantir meios para minimizar ou reduzir os fatores que prejudicam a qualidade de vida dos brasileiros, assim como preceitua o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL C.F., 1988, s.p.):

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por fim, é importante salientar que, a política de saúde possui dois importantes princípios, seja ela a universalidade e a igualdade. O primeiro princípio diz a respeito da universalização da saúde, sendo um bem de todos, seja o indivíduo brasileiro ou estrangeiro residentes no Brasil (artigo 5º da Constituição Federal). Por

fim, o segundo princípio garante tratamento iguais á pessoas se encontre em situações semelhantes ou iguais, sem haver distinção por sexo, cor, raça, religião ou outro fator discriminatório.

2.4 Direitos Sociais

O Estado Democrático de Direito não cessou a constante busca pelas necessidades individuais. Desde então, foi necessário estabelecer um conjunto de direitos sociais permeados nos valores éticos e morais da dignidade humana, para proporcionar uma sociedade funcional e estável a todos os cidadãos. A saúde por estar incluída entre o rol exemplificativo de direitos sociais fundamentais ao homem obriga ao Poder Público realizar todas as ações e serviços necessários para garantir a eficácia destes direitos.

Como já mencionado anteriormente, os direitos sociais sobrechegaram no período tumultuado da Revolução Industrial com a consolidação do sistema capitalista em vários países. Ao preocupante número de desempregados, pobreza e de desigualdade social entre os povos, obrigou os Estados a intervirem na relação hipossuficiente a fim de proporcionar o mínimo de proteção social, como direito a saúde, educação, a igualdade, entre outros. Os principais símbolos para esta mudanças foram os movimentos sociais no qual trabalhadores almejavam por melhores condições de vida e principalmente do ofício, pois eram submetidos a precárias condições de trabalho e viviam quase sem nenhum amparo legal. Nesse sentido, o cidadão precisava dos cuidados legislativos para manter-se dignamente em uma sociedade.

O legislador constituinte elencou um rol de direitos sociais no artigo 6º da Constituição Federal como forma prestativa de Estado, ou seja, será este obrigado dispor de serviços e ações essenciais para manter a condição digna dos cidadãos em uma sociedade. Apesar dos direitos sociais serem destinados para todas as pessoas, sua maior preocupação está com os hipossuficientes, isto é, são indivíduos que necessitam da ação imediata do Poder Público para obter condições mínimas para o seu desenvolvimento.

A saúde como a base deste trabalho, também constituiu como um direito social ao homem. A oferta de serviços pelo Estado esta diretamente relacionada

com a dignidade humana, em virtude da estrutura do Estado Democrático de Direito, quem desenvolve a atual política de saúde pública do Brasil é o Sistema Único de Saúde, mais conhecido como SUS. O intuito desta política é desenvolver medidas satisfatórias e desenvolvidas para atender quaisquer necessidades dos cidadãos, seja para limitar um dano ou para reabilitar um paciente diagnosticado com uma anomalia. Para isso, é fundamental para compreensão deste estudo a conceituação de saúde.

3 SAÚDE

O conceito de saúde permeia distintos significados. Há os que creem que a saúde está relacionada apenas a fatores biológicos, ou seja, a ausência de uma anomalia e os que acreditam que saúde refere-se ao um meio ambiente equilibrado e favorável ao ser humano. A proteção à saúde ganhou grande importância a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 quando passou a ser base material para diversas Constituições escritas.

O Brasil por sua vez, não deixou de garantir o direito à saúde em seus preceitos legais. Quando o legislador promulgou a Constituição Federal de 1988 obrigou o Estado a desenvolver todas as ações e serviços necessários para reduzir ou extinguir os fatores prejudiciais à saúde humana, sob pena de inconstitucionalidade de seus atos. Desta forma foi necessário um breve estudo do dever constitucional do Estado.

3.1 O dever constitucional do Estado em assegurar a saúde (art.196 CF)

A Constituição Federal de 1988 conferiu a devida importância à saúde dos cidadãos, tratando-a como um bem jurídico fundamental ao homem. Para atender as exigências da sociedade, que busca constantemente meio para satisfazer suas necessidades, dispôs ao Poder Público à efetivação de ações e serviços de saúde pública, realizada diretamente ou por meio de um particular (pessoa física ou jurídica). O Poder Público é penalizado gravemente pela omissão desses procedimentos, pois ameaça o direito à vida ou expõe o indivíduo a uma lesão irreparável.

Nesse sentido, Lenza (2014) entende que a inércia do Estado em garantir ações e serviços de saúde para população, falar-se-á em inconstitucionalidade por omissão, uma vez que o seu “silêncio legislativo” fere norma constitucional.

A Lei Fundamental, não garante apenas a proteção à saúde, mas também a sua preservação. A proteção caracteriza-se como um direito individual, com intuito de minimizar ou reduzir os fatores que expõe ou condicionam a pessoa há uma grave doença. O governo nesse sentido disponibiliza meios para esta, seja por informativos educacionais ou medidas sanitárias. Já a preservação está relacionada às ações e serviços desenvolvidos pelo Poder Público que visem beneficiar a toda coletividade, seja por políticas econômicas ou políticas sociais.

Vale ressaltar, que a responsabilidade com a saúde é comum entre os entes federativos, não podendo nenhum deles abster-se do cumprimento dos preceitos legais. A lei autoriza a descentralização da gestão dos direitos sociais, no qual cada ente federativo responsabilizará por todas as medidas cabíveis para eficiências de tais direitos em seu território. Neste sentido, o ente descentralizado administrará o planejamento, orçamento e o monitoramento das políticas de saúde de seu território, mas nunca de forma isolada, pois na insuficiência de algum procedimento será suprida pelo outro ente. O maior intuito da descentralização é diminuir os gastos públicos e suavizar o acúmulo de serviços de determinada esfera do governo.

Em caráter demonstrativo, o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de uma jurisprudência expõe entendimento sobre a responsabilidade solidária entre os entes governamentais (União, Estados e Municípios):

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO.
CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A
NECESSITADO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA.
DESNECESSIDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO. INOCORRÊNCIA.
INTERESSE EM AGIR CONFIGURADO. ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL E MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE PASSIVA.
CUSTA PROCESSUAL.

1. Não há necessidade de requerimento na via administrativa para que a parte possa postular em juízo a obtenção de medicamentos, por força do preceito

constitucional, por força do preceito constitucional instituído no art. 196 da Constituição Federal, presente o interesse em agir. Precedentes do TJRGS, STJ E STF.

2. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receber do ente público o medicamento necessário. Aplicação do artigo 196 da Constituição Federal. Estados e Município possuem legitimidade passiva para a demanda visando o fornecimento de medicamentos pleiteados no processo. Posição do 11º Grupo Civil. Precedentes do TJRGS, STJ E STF.

3. A Fazenda Pública é isenta do pagamento das custas processuais. Lei nº 13.471, de 23 de junho de 2010. Isenção que não se aplica às despesas judiciais por força de liminar concedida nos autos da ADI 70038755864. Recurso provido em parte. Sentença confirmada no mais, em reexame necessário. Relatora vencida em parte (BRASIL, RIO GRANDE DO SUL, 2011, s.p.).

Outra:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo **do direito à saúde** dos cidadãos. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidaria de todos os entes federativos, podendo ser pleiteados de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (BRASIL, STF, 2014a, s.p.)

A inviabilidade à saúde também está diretamente relacionada ao direito subjetivo do indivíduo, e por esse motivo é exigido que o Estado proporcione o mínimo de bem estar social, como previsto nos princípios constitucionais, do artigo 5º, "caput". Mas, ao deparar-se com uma conduta omissiva ou irregular, o particular valer-se-á do Poder Judiciário em busca de uma conduta positiva diante a efetivação de seus direitos fundamentais e sociais. A ação judicial refere-se ao processo da judicialização, ou seja, é a intervenção judicial em determinadas questões civis, políticas, penais, e sociais que não foram devidamente oferecidas (pelo Poder Legislativo e Executivo) ao um indivíduo.

.2 Princípios constitucionais do direito à saúde

Os princípios constitucionais se desenvolvem desde o início ao fim do ordenamento jurídico brasileiro. São regras que guardam todo um aparato moral e ético das relações jurídicas. Não possui hierarquização entre os princípios constitucionais, todos são independentes e harmônicos entre si.

O legislador constituinte não poderia deixar de estabelecer princípios fundamentais para eficácia do direito à saúde. Dentre os quais podemos destacar o Princípio da Dignidade Humana, Princípio à vida, Princípio do Retrocesso e o Princípio da Informação. Nesse sentido, estudaremos nos próximos capítulos as principais conceituações e características de cada princípio acima mencionado.

3.2.1 Princípio da Dignidade Humana

Ao vasto conjunto de direitos e garantias fundamentais contemplados pela Constituição, só viabilizam grandes potências sociais quando harmonizam um ambiente socialmente agradável e pacífico para o ser humano. Tais direitos sempre estarão interligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, buscam pela satisfação dos valores morais e sociais do indivíduo e no respeito dos direitos humanos.

O princípio da dignidade humana é o principal fundamento para a instituição de uma República Federativa no Brasil, assim como determina o artigo 1º, inc. III da Constituição Federal. O legislador constituinte garantiu por meio desse princípio o bem estar social essencial para existência humana.

A dignidade humana é inerente ao ser humano, condição natural à sua própria existência. Todas as relações jurídicas devem levar em consideração este princípio, ou seja, o legislador ao elaborar uma norma constituinte sempre utilizará deste princípio, assim como todos os operadores da Justiça ao atuarem em suas profissões. Qualquer que seja os atos prejudiciais à dignidade humana será considerado inconstitucional, ou seja, atos que ferem as normas constitucionais.

A dignidade da pessoa humana esta acima de todas as leis constitucionais, ou seja, é um direito inerente à própria natureza humana, independentemente de qualquer requisito ou condição para sua validade. Todo indivíduo tem sua dignidade protegida pela Constituição, independentemente de sua condição econômica ou social, ainda que este indivíduo seja um criminoso (NUNES, 2010).

A importância da dignidade não é tão somente para manutenção ordenamento jurídico, mas também para o equilíbrio da vida social. Assim, devido sua grande importância social, sobrepõem vários princípios constitucionalmente previstos e, confere aos cidadãos condições necessárias para manter sua vida dignamente em uma sociedade.

3.2.2 Princípio à vida

A vida é um bem inviolável ao ser humano, sendo protegida é garantida por normas constitucionais. O direito à vida está diretamente relacionado com o princípio da Dignidade Humana, uma vez que o Legislador não quer proteger somente a vida, mas a forma digna de viver do indivíduo em uma sociedade. Os Estados são obrigados constitucionalmente a promover todos os meios que resguarde as necessidades dos cidadãos por Políticas Públicas de Saúde.

Não pode indivíduo dispor do direito à vida sem a devida justificativa, pois este pertence ao rol de direitos fundamentais ao homem. Estes direitos em determinadas situações não pode ser considerado como absoluto, podendo-o ser limitado pelo Poder Judiciário. Esta possibilidade se faz presente quando um direito fundamental está em conflito com outro direito presente no Ordenamento Jurídico, como é o caso do direito à vida e a pena de morte no Brasil. Em regra o Brasil não admite que o indivíduo pague com sua própria vida um tipo penal, exceto em crimes de guerra declarada contra o país (art. 5º, XLVII, CF).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 possui grande relevância para o constitucionalismo brasileiro, ao assegurar o direito à vida para todos os seres humanos. O seu artigo 25 declara que “todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar [...]”. O direito à vida esta diretamente relacionada com o direito à uma saúde digna e de qualidade (LENZA, 2014)

É importante destacar que o princípio da vida está diretamente ligado à saúde humana, em virtude que, não há vida sem que haja uma saúde de qualidade. Atualmente, com o avanço das tecnologias e da modernidade dos procedimentos médicos, aumentou o número de prevenção e até mesmo na cura de fatores que lesionavam a saúde humana e estendeu o índice de expectativa de vida da população.

A expectativa de vida, também conhecida como índice de desenvolvimento humano, é a estimativa dos anos em que uma pessoa possa viver, o calculo é realizado por entidades competentes, como é o caso do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no Brasil. Os fatores para aumentar o índice de vida podem variar como no paragrafo anterior foi citado, sendo uns dos exemplos o saneamento básico, meio ambiente equilibrado, controle na criminalidade, alimentação adequada, entre outros.

Como forma demonstrativa, o site do Jornal Estadão (2016) traz o número da expectativa de vida dos brasileiros: “a esperança de vida ao nascer no Brasil alcançou 75 (setenta e cinco) anos e 05 (cinco) meses e 26 (vinte e seis) dias em 2015, aumento de 03 (três) meses e 14 (catorze) dias em relação ao ano anterior, segundo os dados das Tábuas Completas de Mortalidade [...] pelo Instituto de Geografia e Estatística (IBGE)”.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana nos direitos sociais não é por si só suficiente, deve o Estado garantir condições mínimas para a sua aplicabilidade. Em sua ausência, o cidadão que estiver prejudicado poderá utilizar-se dos Remédios Constitucionais para sanar seu problema. Os remédios constitucionais são instrumentos judiciais utilizados pelos cidadãos na omissão do Estado em garantir os direitos fundamentais e sociais, sendo eles o *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Segurança, Direito de Petição e Mandado de Injunção, abordados adiante no presente trabalho.

3.2.3 Proibição do Retrocesso Social

Após constituir o Brasil como Estado Democrático de Direito, o legislador infraconstitucional não poderá retroceder os direitos já positivados, ou seja, não poderá reduzir, suspender e retroceder um direito fundamental ou social já antes conquistado. Nesse sentido, o Poder Público não pode eximir-se das obrigações impostas pelo legislador em benefício da coletividade. Porém esta proibição implicaria na paralisia do Estado em desenvolver novas normas que melhora a condição de vida dos cidadãos. Nesse sentido, há proibição de retroatividade quando uma nova norma fere um princípio constitucional, pois lesionam a confiança popular e a segurança jurídica, possibilitando assim poucas exceções (CANOTILHO, 2003).

O princípio do retrocesso esta diretamente relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, que não pode alterar (reduzir, suspender) um direito anteriormente já previsto, na qual proporciona uma vida digna e justa a todos os cidadãos. Porém não há o que se falar em imutabilidade dos direitos, uma vez que este podem ser adaptados, melhorados ao longo dos anos, acompanhando o progresso da sociedade e principalmente do ser humano. O juiz diante a sua competência jurídica e técnica, poderá reduzir, modificar ou suspender um direito desde que se utilize de outros mecanismos compensatórios previsto nos preceitos constitucionais.

Não poderia ser diferente com o direito à saúde, uma vez que o legislador garantiu constitucionalmente todas as assistências necessárias aos hipossuficientes, é contraditório dizer em retroagir ou causar um grande prejuízo aos usuários que já foram devidamente beneficiários pela norma. Assim como determina o artigo 196 da Constituição Federal, é dever do Estado em promover todos meios necessários para suprir as necessidades de seus cidadãos e distribuir todas as assistências sempre de maneira igualitária e justa entre os beneficiários.

Por meio da informação tais direitos são exibidos para toda a sociedade, seja por campanhas, outdoors, cartilhas e entre outros, mas sempre visando alcançar a comunicação com a coletividade, como veremos a seguir.

3.2.4 Princípio da Informação

O princípio da informação ganhou grande relevância jurídica com o passar do tempo, após desenvolver-se tecnologicamente. A informação passou a ser um instrumento de aplicação do direito, seja por pelos meios eletrônicos ou doutrinários, ganhando grande relevância para o desenvolvimento social. O direito à informação foi contemplado pela Constituição como um direito fundamental, em seu artigo 5º, XIV “é assegurado a todos o acesso à informação [...]”.

O direito da informação fornece clareza nas relações jurídicas que constantemente as pessoas contraem em seu dia a dia. Por sua vez, é também o meio utilizado para alcançar o conhecimento de algum direito em específico em uma relação juridicamente tutelada. Podemos dizer ainda, que o direito da informação e o direito do consumidor estão diretamente interligados, pois ambos então tutelados pela Constituição Federal e sempre visam pela proteção das relações hipossuficientes.

Os órgãos ou entidades em defesa dos informantes podem elaborar “cartilhas”, materiais informativos e outros instrumentos fornecidos pelos PROCONS para facilitar a compreensão da sociedade sobre seus direitos (BOLZAN, 2015). Como por exemplo, o Instituto Nacional de Câncer junto com o Ministério da Saúde desenvolveram uma “cartilha” contida todas as orientações dos direitos dos pacientes diagnosticados com câncer. A cartilha está disponível no site A.C.Camargo Câncer Center (www.accamargo.org.br) para eventuais dúvidas e esclarecimentos.

Conforme suscitado anteriormente, o direito à informação está prevista nos preceitos constitucionais e por isso é caracterizado como um direito fundamental para o ser humano. Nesse sentido, é evidente que entre a relação profissional de um médico e do paciente, a informação esteja presente, pois é dever do médico informar sobre a saúde do paciente, o estado em que a doença se encontre, bem como todos os procedimentos disponíveis e os que vierem ser utilizados para se alcançar à saúde ou até mesmo a cura.

Os responsáveis pela saúde em seu exercício de profissão tais como médicos e enfermeiros, têm a tarefa de explicar ou até mesmo mostrar todos os meios

utilizados para se alcançar a saúde. É vedado qualquer tipo de constrangimento físico e moral dos pacientes, por isso todos os procedimentos hospitalares, terapêuticos, farmacêuticos, devem ter o consentimento do paciente ou dos seus representantes legais em caso de pessoa incapaz ou menor de idade. Assim como determina o artigo 22 do Código de Ética Médica (Resolução CFM n.º. 1. 931/2009): “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco de morte”.

A mera responsabilidade dos agentes de saúde tão pouco são suficientes para o conforto dos pacientes, é necessário o respeito, o amor e a compreensão com as mais diversas situações e anomalias apresentadas em seus consultórios ou hospitais, pois o paciente em diversas vezes sofrem um transtorno emocional irreparável quando descobre a presença da anomalia, ainda mais se for câncer e, o cuidado nesse momento é fundamental para a reabilitação e a compreensão destas pessoas. Ao Sistema Único de Saúde como um fornecedor de saúde, não poderia ser diferente, as ações e serviços prestados devem ser de forma clara e acessível para todos os cidadãos, ou seja, previamente informado, para que as pessoas de pouca ou nenhuma escolaridade (não sabem ler e escrever) possam entender e terem maior participação nas etapas de reabilitação de sua saúde. No próximo capítulo deste trabalho, esclarecerá melhor como é o funcionamento do Sistema Único de Saúde.

3.3 Sistema Único de Saúde

Entre as garantias constitucionais de 1988 a saúde pública enquadrava-se como uma delas. O legislador constituinte propôs para os cidadãos um Sistema de Saúde em que tivessem acesso aos serviços e ações oferecidos por este, sem que houvesse qualquer ato discriminatório, seja por cor, raça, religião ou até mesmo econômica. A este empreendimento denominou-se como Sistema Único de Saúde, popularmente conhecido como SUS e é reconhecido mundialmente. Sua regulamentação só foi realizada por meio de uma norma específica - a Lei n.º 8.080/1990.

O Portal de Saúde caracteriza Sistema Único de Saúde (2017, s.p.) como:

Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos,

garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Amparado por um conceito ampliado de saúde, o SUS foi criado em 1988 pela Constituição Federal Brasileira, para se o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros.

Conforme o preceito legal infraconstitucional, Lei 8.080/1990 (BRASIL, 1990) - artigo 4º "caput", o Sistema Único de Saúde é responsável por desenvolver ações e serviços públicos por meio de políticas públicas de saúde, capaz de promover, proteger e recuperar todos os fatores que prejudicam ou lesam a saúde do indivíduo. Não é permitida a cobrança de qualquer quantia para realizações destas atividades e exigido a distribuição igualitária entre os beneficiários.

entre as diversas atividades oferecidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), podemos destacar a prevenção de doenças por meio de vigilantes sanitários, que fiscalizam os produtos alimentícios e farmacêuticos em lanchonetes, supermercados, farmácias e outros. O controle de epidemias, por meio de campanhas de vacinação e no combate de insetos e animais nocivos a saúde do indivíduo. Os estudos e pesquisas de novos procedimentos, tratamentos e medicamentos também faz parte desta vasta atividade terapêutica do SUS entre outros procedimentos.

A responsabilidade com o saúde é solidaria a todos os entes federativos, assim como determina os artigos 23, II - 24, XII, da Constituição Federal. O referido artigo 23, diz a respeito da competência material, e no seu inciso II é clara em dizer que a reponsabilidade é comum para União, Estado, Distrito Federal e Municípios em zelar e cuidar da saúde da população. Já o artigo 24, diz a respeito da responsabilidade concorrente aos mesmos entes federativos em legislar em proteção à saúde.

A responsabilidade com a gestão do Sistema Único de Saúde é comum entre todos os entes federativos, assim como determina o artigo 194 constitucional. Todavia, o artigo 9º da Lei 8.080/90 autorizou a descentralização de sua gestão, como forma de evitar gastos econômicos e de acúmulo de serviços para um único ente governamental. Assim cada ente responsabilizará administrativamente por todas as medidas cabíveis para eficiências de tais direitos em seu território, fiscalizando e monitorando todas as ações e serviços de saúde. E importante

ressalvar, não há hierarquização entre as gestões, podendo o cidadão exigir seu direito a qualquer um deles (BRASIL, CONASS, 2003).

Em caráter demonstrativo, O Superior Tribunal de Justiça (STJ) por meio de uma decisão expõe seu entendimento sobre a responsabilidade solidaria entre os entes governamentais (União, Estados e Municípios) para funcionamento do Sistema Único de Saúde:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LITISCONSORCIO PASSIVO NECESSARIO. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE LITIGAR CONTRA QUALQUER UM DOS OBRIGADOS. FACULDADE DO CREDOR. CHAMAMENTO AO PROCESSO. INCABÍVEL. ENTREGA DE COISA CERTA. DEMANDA CONTRA O ESTADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SUMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO FORA DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. TESE NÃO VENTILADA NO RESP. ARGUMENTO INSUFICIENTE PARA DESCONSTRUIR A DECISÃO ATACADA .

[...] II – É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo qualquer deles, em conjunto ou isoladamente, para legítima para figurar no polo passivo de demanda que objetive a garantia de acesso a medicamentos adequados para o tratamento de saúde. III – não se trata de litisconsórcio passivo necessário, podendo a parte intentar a demanda contra qualquer um dos entes federativos (solidariamente passivos) para responder pela totalidade da dívida; a faculdade do autor-credor de litigar com qualquer um dos co-obrigados é decorrência legítima da solidariedade passiva [...] (BRASIL, STJ, 2017, s.p.).

O município assim como foi dito anteriormente, poderá administrar a saúde em seu território, aplicando todas as medidas necessárias para manter a eficiência das políticas de saúde pública. Mas diante as diversas dificuldade administrativa ou financeira poderá contar com a interação dos outros corresponsáveis (União e Estado), como por exemplo, na falta de algum medicamento ou de verba para custear um tratamento de alto valor econômico.

O Sistema Único de Saúde possui como princípios norteadores essenciais à sua gestão a universalidade, integralidade, igualdade e a gratuidade. A destinação de seus serviços e ações de assistências básicas à saúde é universal, ou seja, são voltados para todos os cidadãos independentemente de sua condição econômica, física ou social. O Estado é responsável por proporcionar a integralidade de acesso aos meios de promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196 da Constituição Federal). Os procedimentos e tratamento de saúde são iguais, isto é, todos os indivíduos são tratados da mesma forma sem haver nenhuma espécie de privilégios ou benefícios. E para finalizar o entendimento, os serviços e ações de saúde do Sistema Único de Saúde são gratuitos, sendo vedada qualquer contraprestação do usuário do sistema.

Mas não podemos confundir o princípio da igualdade com a equidade de procedimentos e ações de saúde. Por mais que o Sistema Único de Saúde desenvolva e aplique a igualdade entre todos os beneficiários, há situações em que o indivíduo necessite de mais atenção e de cuidados do que o outro, mas isso não configuraria uma desigualdade, mas uma forma de diminuir a desigualdade social ainda existente em nosso país e almejar por uma igualdade substancial.

O setor privado poderá participar do Sistema Único de Saúde de forma complementar, por meio de contratos e convênios, para ampliar os recursos, assim como determina o artigo 4º, § 2º, da Lei 8.080/1990 (BRASIL, 1990).

Por meio do princípio da informação imposto pela Constituição Federal, é dever do administrador do Sistema Único de Saúde produzir todos meios informativos de prevenção, controle e de educação à comunidade, principalmente às pessoas carentes. Os serviços prestados neste sentido são as campanhas e os meios educacionais incentivados pelo governo, tais como campanha contra a dengue, o câncer, a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS),

desenvolvimento de cartilhas e panfletos ilustrativos, explicando a forma de prevenir ou de curativa.

Por meio da interpretação hermenêutica do princípio da igualdade do artigo 5º da Constituição Federal, serão beneficiários do Sistema Único de Saúde os brasileiros natos e também os estrangeiros que estiverem residindo no Brasil, sem que haja qualquer distinção entre eles. Neste contexto os estrangeiros usufruirão dos mesmos serviços públicos de saúde dos brasileiros natos.

O Sistema Único de Saúde não funciona da maneira em que foi criado ou da forma em que foi pensado. O número elevado de pacientes que se encontra em filas para obter tratamentos, medicamentos, transplante de órgãos, dentre outros fatores, é a atual realidade do Sistema Único de Saúde, sem mencionar a falta de prédios e profissionais para atenderem o volume de pessoas que necessitam de seus cuidados.

A chance de cura ou de sobrevivência de uma pessoa que não possui outro meio de proteger sua saúde é mínima quando se trata de tratamentos públicos. Ainda que não cobre qualquer quantia em seus procedimentos, não deixa de ser financiado por meio de impostos, isto é, a saúde dos cidadãos não deixa de ser onerosa, e por esse motivo que deve o governo melhorar a atual assistência médica da população. Neste sentido, o único meio para impor uma conduta positiva do governo nas demais demandas da sociedade, será por meio judicial.

4 A PROTEÇÃO ESPECIAL DOS PORTADORES DE CÂNCER

A precariedade das políticas de saúde é o atual cenário da saúde pública brasileira, e por esse motivo inúmeras demandas acionam o Poder Judiciário para exigir-se a aplicabilidade correta dos direitos sociais. Há o que se falar em consequências irreparáveis para o indivíduo na ausência destes direitos, pois além de ser assistencialmente prejudicado, um direito fundamental, a vida, é fortemente ameaçada.

Receber o diagnóstico de câncer promove inúmeras preocupações e temores, além de grande sofrimento psicológico. O custeio com medicamentos, internações, procedimentos terapêuticos, exames (tomográficas, de sangue e radiografias, por exemplo), entre outros, são em regra de alto valor econômico e,

por diversas vezes o paciente não possui condições para arcar com estes gastos, recorrendo assim à saúde pública. No que diz a saúde pública, os serviços ficam a desejar em varias ocasiões, o que torna ainda mais complicado a cura ou a sobrevivência do enfermo.

Entre as mais diversas anomalias desenvolvidas pelos fatores biológicos do corpo humano, destacamos o câncer para presente pesquisa, pois o legislador cuidou minuciosamente em estabelecer tratamentos e assistências especiais de saúde para paciente que sejam diagnosticados com esta doença. A neoplasma, sinônimo de câncer, não causa apenas prejuízos e temores fisiológicos, é ainda mais perturbadora no emocional do doente, pois o risco de morte é muito alto nestes casos diante da gravidade e complexidade da anomalia. A sobrecarga financeira faz com que muitos desistam de seus tratamentos, ou então, são obrigados a sujeitarem as condições precárias e miseráveis do sistema público de saúde brasileiro.

Hospitais sobrelotados, falta de médicos, medicamentos e procedimentos terapêuticos, e serviços insatisfatórios, lamentavelmente é a triste realidade do nosso sistema de saúde. Ainda que seja expressamente prevista pelos preceitos constitucionais, muitos direitos sociais são omitidos ou distribuídos irregularmente, e a expectativa em alcançar uma saúde de qualidade é em regra fracassada. O insucesso do Sistema Único de Saúde é o maior exemplo da inercia dos entes federativos, e a carência pela saúde é socialmente uma grande preocupação, por diversas vezes pacientes morrem em filas de hospitais em busca de atendimentos, consultas ou de assistências básicas. Há o que se falar também, em pesarosa estrutura física e sanitária das unidades de atendimento de saúde, pois em diversas situações são prédios improvisados, sem qualquer infraestrutura para suportar tais atendimentos.

A partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a saúde pública deixou de ser apenas uma promessa e passou a ser uma responsabilidade social do poder estatal, e qualquer que sentisse lesionado possui total amparo legal para exigir as prestações de serviço e seus correspondentes direitos. Diante essa trágica realidade da saúde pública acima discutida, o único meio para portadores de câncer e aos demais lesionados valer-se de seus direitos é por meio do Poder Judiciário. Em regra, o instrumento utilizado nessas demandas sociais é a judicialização, ou seja, à tutela jurisdicional.

No próximo tópico deste trabalho, será discutido sobre o câncer. Diante a seriedade desse fator, o legislador tentou de varias formas amparar os fragilizados e minimizar seu sofrimento, por meio de legislação especial (por exemplo, 12.732/2012) e uma cartilha de direitos (quitação de imóvel, isenção de IPI, ICMS e IPVA, entre outros abonos). Todavia, a simples prestação destes serviços pelo Estado não é suficiente, deve ter também clareza e informação de todos os benefícios disponibilizados por estes aos pacientes que se enquadre nessa relação de consumo.

4.1 Do Câncer

O corpo humano é composto mais de mil células, dos quais cada uma possui importante papel para nosso organismo. Quando há uma anomalia, esse número pode diminuir ou aumentar, dependendo do tipo e da gravidade da doença. O câncer é uma grave doença e, infelizmente o número de paciente diagnosticado com essa anomalia é cada vez maior na sociedade e o seus fatores até hoje não foram cientificamente comprovados, ainda que os meios tecnológicos inovaram-se e expandiram as formas de precaução, promoção e prevenção da saúde. Ainda que seja difícil enfrentar o diagnostico, é importante para o paciente informa-se de seu estado e os cabíveis tratamentos, para que todas as precações sejam providenciadas.

Segundo informações do Jornal Estadão (2017) o câncer aumentou:

O número de mortes no Brasil por conta de câncer aumentou 31% desde 2000 e chegou a 223,4 mil pessoas por ano no final de 2015 [...] Os dados mantidos pela OMS (*Organização Mundial da Saúde, minha tradução da sigla*) apontam que, no inicio do século, 152 mil brasileiros morriam por ano da doença. Ao final de 2015, essa taxa chegou a 223,4 mil. Hoje, o câncer é a segunda causa de mortes no País, superando apenas por doenças cardiovasculares.

O câncer produz um aumento elevado das células do organismo, que foge do controle imunológico. Dentre as varias consequências, podemos destacar a fragilidade dos outros órgãos do corpo humano, devido à multiplicidade

desordenada das células e o prejuízo genético das células saudáveis. Há vários meios que podem diagnosticar a fase inicial do câncer, como por exemplo, exames de sangue, tomografias, biópsia e radioterapias e, em regra são responsáveis por determinar a localização certa da doença, embora haja caso a caso.

O Instituto de Oncologia caracteriza o câncer (2015) como:

O câncer é nome genérico para um grupo de mais 200 doenças. Embora existam muitos tipos de câncer, todos começam devido ao crescimento anormal e fora de controle das células. É também conhecido como neoplasia. A ciência que estuda o câncer se denomina oncologia e é o oncologista o profissional que trata a doença. Os cânceres que não são tratados podem causar doenças graves e morte.

Há dois tipos de câncer, o maligno e os benignos. Os benignos são tumores que possuem alto índice de cura e raramente expõe a vida do indivíduo em risco, são removidos por pequenos procedimentos, como cirurgia. Já o maligno, também conhecida como neoplasia maligna, são tumores considerados agressivos, multiplicando-se desordenadamente no corpo humano, atingindo as células saudáveis (OPPERMANN et al., 2014).

Diz-se que um tumor é benigno quando suas características micro e macroscópicas são consideradas relativamente inocentes, significando que ele permanece localizado, não consegue se disseminar para outros sítios e geralmente pode ser removido por cirurgia local; o paciente normalmente sobrevive. [...] Os tumores são coletivamente como cânceres, um derivado da palavra latina *caranguejo*, pois se aderem a qualquer região em que estejam. [...] O termo maligno, quando aplicado a um neoplasma, significa que a lesão pode invadir e destruir as estruturas adjacentes e se disseminar para sítios distantes (metastatizar), levando à morte (ROBBINS E COTRAN, 2010, p. 260).

Todavia, ainda que estudiosos apontem supostas causas desencadeadoras, não há um fator concreto que origina os mais diversos tipos de câncer, seria assim, uma causa alimentar? Genética? Ou física? Infelizmente, ainda não há resposta para

essa dúvida, por mais que médicos e cientistas possuam conhecimento técnico sobre o assunto. Mas devido ao avanço tecnológico e à modernidade de procedimentos de saúde, há esperança que um dia possa se chegar a uma resposta.

Depois de ser diagnosticada com câncer, inevitavelmente várias dúvidas surgem para a pessoa e, o amparo da legislação nesse momento é de suma importância, além do familiar, dos amigos e das pessoas mais próximas. O Estado possui o dever legal de cuidar destas pessoas, desde o momento em que se descobre a sua anomalia, quanto ao decorrer do seu tratamento, por meio das assistências básicas de saúde e nos amparos psicológicos, pois é devastador o descobrimento do câncer. Dentre essas garantias podemos destacar a Lei nº 12.732/2012, que são direitos correlacionados aos tratamentos de câncer aos pacientes com neoplasia maligna.

4.2 A Lei nº 12.732/2012 – Proteção ao tratamento do câncer com

neoplasia maligna

Aos pacientes com neoplasia maligna são confortados pela legislação brasileira de nº 12.732 de 2012, resguardando todas as devidas assistências de saúde. O Sistema Único de Saúde é responsável por desenvolver gratuitamente todas as assistências necessárias para estas pessoas, assim como preceitua o art. 1º da mesma lei.

A referida lei foi sancionada no ano de 2012 pela presidente Dilma Rousseff, com propósito de acelerar os procedimentos necessários para os pacientes diagnosticados com neoplasia maligna em até 60 (sessenta) dias, assim como determina o artigo 2º “caput”. Os tratamentos tardios para estas pessoas poderão acarretar sérias complicações para sua saúde, devido à gravidade de sua anomalia, e a chance de sobreviver é ainda menor.

Cabe ao Sistema Único de Saúde disponibilizar todos os procedimentos gratuitamente, e em casos que o paciente necessite de cuidados imediatos, seus tratamentos poderão ser diferenciados e cuidados serão redobrados, assim como determina o art. 2º, § 2º, da Lei.

É nítido o vínculo obrigacional do Sistema Único de Saúde e do paciente debilitado, ainda que seja transitório o fornecimento de ações e serviços de saúde. A esta relação consumerista do prestador de serviço e paciente que necessite de cuidados deve ser resguardada constitucionalmente e, por isso qualquer inadimplemento das obrigações de fazer e dar do Sistema Único de Saúde deve ser penalizada administrativamente (art. 3º da lei). Todavia, os pacientes que não tiveram seus anseios supridos pela lei, também poderão valer-se da tutela jurisdicional ou do ativismo judicial para exigir seus direitos e resguardar sua saúde.

4.3 O ativismo judicial para a efetividade da proteção legal (Lei 12.732/2012)

O cenário social brasileiro em diversas situações não condiz com o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, ou seja, com o princípio da dignidade humana. Há o que se falar em omissão ou violação de direitos sociais em diversos serviços prestados pelo Estado, isto é, o seu dever de "fazer" é negligenciado. Assim, sempre que um direito fundamental é violado ou omitido para um cidadão, o Poder Judiciário no exercício de sua competência, será responsável por aplicar uma medida sanável ao problema, proteção esta prevista expressamente no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

Desde a famosa **teoria da separação dos poderes**, tem se observado que a função típica do Poder Judiciário é a interpretação e respeito às leis, ou seja, o limite de suas atribuições é dado pela lei. Nesse sentido, não é difícil de observar que o Poder Judiciário deve trabalhar baseado na legislação e que sua função típica é a **resolução dos conflitos**, que deve ser realizada pela observância das normas. Um ponto muito importante a ser destacado sobre as funções do Poder Judiciário é o papel fundamental desse poder em nossa sociedade, pois cabe ao judiciário **resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos** (BRASIL, MEDEIROS, 2016).

Ainda que trilhem no mesmo caminho, não podemos confundir a terminologia “judicialização” com “ativismo judiciário”, pois ambos possuem significados diferentes. A judicialização nada mais é que o ingresso de uma ação em juízo. O Poder Judiciário é provocado a manifestar-se aos pedidos formulados pelo autor da ação, e a impor uma decisão sanável ao problema, mas sempre respeitando os limites legais. Já o ativismo, embora também seja efetivado por uma ação judicial, é uma atitude do poder judiciário, ou seja, é a escolha de modo específico e proativo de interpretar as normas da Constituição, expandindo seus alcances e sentidos (MEDEIROS, 2016).

A lei pura muitas vezes não garante tratamentos iguais para todos os cidadãos, ou então, poderes competentes retraem em estabelecer proteção jurídica para determinadas demandas sociais, como por exemplo, a relação homoafetiva. Por isso, que houve a necessidade do ativismo judicial para proteger essas novas relações, no qual o judiciário buscará por meio de sua interpretação hermenêutica estender a proteção legislativa das normas e garantir maior segurança jurídica para toda sociedade.

Diante a inércia legislativa ao aplicar os direitos dos portadores de câncer previsto na Lei 12.732/12, o Poder Judiciário poderá utilizar-se da postura ativista para suprir todas as omissões e negligências das normas. O ativismo sempre protege os direitos fundamentais e, neste caso buscará pela proteção do direito à vida, embora exista política de saúde, o acesso e a qualidade das ações e serviços não são suficientes para reverter o trágico quadro do paciente diagnosticado com câncer.

Por outro lado, os instrumentos processuais também conhecidos como remédios constitucionais, que mais possuem relevâncias para pacientes diagnosticados com câncer para propor sua demanda judicial são: *Habeas Corpus*; Mandado de Segurança; Mandado de Injunção; *Habeas Datas*.

4.4 Instrumento Processuais (ações constitucionais – coletivo e individual)

Os instrumentos processuais são destinados para proteção e segurança dos interesses coletivos (difusos) e os particulares. Quando um direito fundamental é lesionado, seja pela ação ou omissão dos entes federativos, o particular externará suas exigências por meio do Poder Judiciário. A Constituição Federal de 1988 prevê

cinco instrumentos processuais coletivos/ individuais, tais como *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular, porém somente serão abordados os individuais:

Do *Habeas Corpus* (HC), art. 5º LXVIII:

Historicamente, o *habeas corpus* foi o primeiro instrumento de proteção aos direitos fundamentais. O remédio constitucional protege a liberdade de ir e vir do indivíduo, mas não tão somente a liberdade física, como também os demais direitos que tinham por pressuposto básico a locomoção. O autor desta ação é chamado de impetrante e poderá formular em qualquer momento que se sentir lesionado, sem a necessidade da presença de um advogado, pois essa demanda não possui formalidade específicas em lei. O *habeas corpus* possui natureza penal, pois é impetrado para trancar ação penal ou inquérito policial, decorrentes de ilegalidades ou abusos de poder (LENZA, 2014).

Para Moraes (2015) o *habeas corpus* trata-se uma ação de natureza penal, no qual é permitido somente para pessoa física, seja ela brasileira ou estrangeira em território nacional. Ressalva ainda, que este instrumento processual nada mais é que uma garantia individual ao direito de locomoção, impedindo que haja qualquer tipo de violência, ameaças ou coações à sua liberdade de ir e vim pelo poder público, isto é, o indivíduo é livre para entrar, permanecer ou sair do território brasileiro. É legítimo qualquer pessoa postular esta ação, independente de capacidade civil, política, profissional, ou quaisquer outros requisitos postulatórios, contra decisão judicial ou ato administrativo que ameace ou viole o direito de liberdade.

O prazo interpor o remédio constitucional de *habeas corpus* é de cinco dias, assim como determina a Sumula Vinculante de nº 319 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) "a teor do dispositivo no artigo 30 da Lei n 8.038/90, o prazo referente ao recurso ordinário constitucional em "*habeas corpus*" é de cinco dias".

Para tanto concluímos que o *habeas corpus* (HC) é um remédio constitucional que garante a liberdade de locomoção indivíduo, impedindo que sofra qualquer tipo de constrangimento ilegal, seja no âmbito administrativo, político, trabalhista, eleitora, e outros. Qualquer pessoa pode impetrar esse

instrumento processual, desde que consiga expressar seus temores por escrito e os pedidos por sua vez devem ser lícito, possível e determinado/determináveis.

Do Mandado de Segurança (MS), art. 5º LXIX:

O Mandado de Segurança - MS possui natureza civil e tem como intuito de proteger o direito líquido e certo (um direito já estabelecido constitucionalmente) do indivíduo, contra os abusos de poder e ilegalidade das autoridades públicas e agentes de pessoa jurídica privada no exercício de sua atribuição. Poderá impetrar a ação pessoas físicas (nacionais ou estrangeiras), pessoas jurídicas, agentes públicos, órgão públicos despersonalizados, o Ministério Público, entre outros. Há o que se falar em MS como um meio preventivo, quando o indivíduo estiver diante a uma ameaça ao seu direito líquido e certo, como forma de evitar o perecimento do objeto (LENZA, 2014).

Porém para Moraes (2015), o Mandado de Segurança protege o direito individual ou coletivo que seja líquido e certo, ou seja, é o direito capaz de ser comprovados, de plano, por documentação inequívoca. Trata-se de uma ação constitucional de natureza civil, cuja pretensão é a proteção de um direito que foi lesionado ou ameaçado por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, É legítimo tanto para a pessoa física e para a pessoa jurídica utilizar-se deste instrumento processual para se defenderem. Somente poderá propor ação de mandado de segurança quando o direito líquido e certo não for amparado e protegido pelos remédios constitucionais habeas corpus ou habeas data. O prazo para interposição é de 120 (cento e vinte) dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado, não sofrendo prazo decadencial (não suspende e nem interrompe).

O Mandado de Segurança é um instrumento processual utilizado para valer de um direito líquido e certo de um indivíduo, isto é, um direito que já está previsto pelo ordenamento e que de alguma forma foi omitido ou negligenciado pelas autoridades públicas. Não pode, porém, vele-se desse instrumento em causas que são protegidas pelo *habeas corpus* ou pelo *habeas data*.

Do Mandado de Injunção, art. 5º LXXI:

O indivíduo impetrará o Mandado de Injunção sempre que faltar uma norma regulamentadora importante para o exercício de seus direitos, liberdade e

prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e a cidadania, constitucionalmente previstas. Qualquer pessoa pode impetrar essa ação e, a parte que lesiona esse direito pode ser tanto uma pessoa física quando uma pessoa jurídica (LENZA, 2014).

O autor Puccinelli Júnior (2015, p. 353) não deixou de vislumbrar tal tema em sua doutrina:

A Constituição de 1988 assumiu singular projeção na marca pela maior efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que, ao lado do controle abstrato da omissão inconstitucional, cresceu um novo remédio de caráter concreto e preordenado à tutela de direitos carentes de regulamentação normativa, nos preceitos termos do art. 5º LXXI. Apesar das aparentes semelhanças, o mandado de injunção não se confunde com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Enquanto esta última constitui instrumento de controle abstrato da omissão inconstitucional, o mandado de injunção opera concretamente no espaço demarcado por uma relação de causa e efeito [...]

Ainda que uma norma já esteja expressamente prevista pelo legislador, há necessidade de uma regulamentação normativa para viabilizar todos os seus efeitos. O Mandado de Injunção foi desenvolvido com esse intuito, buscar o preenchimento destas lacunas e resguardar todos os direitos que são lesionados.

Do *Habeas Datas*, art. 5º LXXII

O *Habeas Datas* destina-se na proteção individual do ser humano, viabilizando o direito ao acesso a informação e dados que lhe pertence, seja para ter o conhecimento ou para ratificar algum documento pessoal. Qualquer pessoa poderá impetrar tal ação, seja ela pessoa física ou jurídica (LENZA, 2014).

A ação de *habeas datas* possui natureza civil e consiste no direito de exibição dos registros públicos ou privados, nos quais estejam incluídos seus dados pessoais, os quais os indivíduos têm a necessidade de ter o conhecimento deles. O impetrante poderá ainda, ratificar dados ultrapassados e inexatos que causem

qualquer tipo de prejuízo para si, qualquer pessoa poderá impetrar o habeas datas, seja ela física ou jurídica (MORAES, 2015).

A ação constitucional acima descrita, também impede que as informações pessoais de individuo sejam expostas de forma fraudulentas ou ilícitas, como por exemplo, negativar o nome da pessoa sem que tenha qualquer tipo de dívida com uma determinada empresa.

4.5 Posicionamentos Jurisprudenciais

Após discutir a teoria ao longo deste trabalho, veremos em caráter demonstrativo julgados do Tribunal de Justiça (TJ), Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O Tribunal de Justiça (TJ) de São Paulo por meio de uma jurisprudência expõe seu entendimento sobre a obrigação de fazer, no caso em oferecer o devido atendimento e exames, ao uma portadora de carcinoma ductal invasivo:

APELAÇÃO Nº 1002594-17.2017.8.26.0602, DA COMARCA DE SOROCABA, EM QUE É APELANTE FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, É APELADA MARIA INÊS ALVES RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA).

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por MARIA INÊS ALVES RIBEIRO em face do Estado de São Paulo alegando que é portadora de câncer de mama (carcinoma ductal invasivo) e necessita de consulta médica com especialista em mastoplastia, de novos exames clínicos, laboratoriais e de imagem e caso confirmado o tratamento cirúrgico, colocação de prótese mamária e cirurgia. Se indicado pelo médico, sessões de radioterapia e quimioterapia, além do fornecimento de medicamentos s serem recebidos.

A ação foi julgada procedente para compelir definitivamente a parte ré a fornecer a parte autora o agendamento da consulta com médico especialista em mastoplastia, novos exames clínicos, laboratoriais e de imagem, cirurgia, colocação de prótese mamária e o

tratamento necessário, sob pena de multa diária no valor de mil reais, limitada a cinquenta mil reais, corrigidos.

[...] Os dispositivos constitucionais que impõe a garantia do direito à vida e a saúde integral não podem ser ditos programáticos. Ao contrário, intimamente relacionados aos direitos e garantias individuais devem ser prontamente cumpridos, independente de normas superveniente, sob pena de afronta aos direitos básicos dos indivíduo, conseqüentemente, não se admite na hipótese, confundir a determinação fundamental de fornecimento do medicamento, pelo Judiciário, com ofensa ao princípio da separação dos poderes.

[...] Havendo dúvidas se houve negativa do réu em fornecer o quanto prescrito, considerando a gravidade da doença e ausência de insurgência específica do réu, inclusive sem interposição de rerso contra a decisão que deferiu a antecipação da tutela, mantenho a r. sentença neste ponto.

Por outro lado, imperativa a reforma da r. sentença, ante a impossibilidade de condenação genérica, com base em evento futuro e incerto, merecemos afastamento da condenação no que toca a "novos exames clínicos, laboratoriais e de imagem, cirurgia, colocação de prótese mamária e o tratamento necessário" (BRASIL, SÃO PAULO, 2017, s.p.).

Segundo o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acima mencionado, a apelante, Maria Inês, foi diagnosticada com câncer de mama do tipo carcinoma ductal invasivo e, necessitava de consulta com um especialista em mastoplastia, novos exames clínicos, laboratoriais e de imagem, ao que fica subtendido que não possuía condições econômicas para custear esses procedimentos de forma particular, recorrendo-se aos benefícios gratuitos oferecidos pelos entes federativos e fazendo jus a justiça gratuita. É nítido neste caso, aos pacientes com câncer também usufruirão dos direitos constitucionalmente previstos em relação à saúde, todavia é necessário a celeridade dos processos judiciais diante a gravidade da anomalia, pois na omissão, demora ou irregularidade de procedimentos, ações e serviços de saúde poderão lesionarem

o paciente gravemente ou até mesmo provocar a sua morte. Todavia, no entendimento da Ministra Luciana Bresciani não houve a recusa da Fazenda por escrito, a qual ficou subtendida pela não recusa em oferecer tais pedidos apelados e, por isso julgou o acórdão parcialmente provido.

O Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de uma jurisprudência expõe seu entendimento sobre a concretização do direito à saúde e fornecimento de medicamento aos portadores de câncer:

TRATA-SE DE AGRAVO CONTRA A DECISÃO QUE NÃO ADMITIU RECURSO EXTRAORDINARIO INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO DA QUINTA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, ASSIM: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. COMPETÊNCIA SOLIDARIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. HONORÁRIOS.

1. A responsabilidade pelo fornecimento de remédio e tratamentos necessários ao cidadãos que decorre da garantia do direito fundamental a vida e à saúde, é constitucionalmente atribuída ao Estado, assim entendido a União, em solidariedade com os demais entes federativos (CF, art. 6º, 196 e 198, §1º) .

2. Incensurável, assim, a sentença que determinou à União o imediato fornecimento de medicamento imprescindível ao tratamento de paciente portador de câncer linfoma difuso de grandes células B, por não possuir ele condições financeiras de custeá-lo por conta própria, sendo, inclusive, beneficiário da assistência judiciária gratuita.

[...] Primeira turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski (DJe de 1º/2/11), fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação, no que tange dos dever fundamental de prestação de saúde, é solidária [...] (BRASIL, STF, 2014b, s.p.).

Já análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, condiz com a responsabilidade solidaria dos entes federativos em fornecer os direitos

fundamentais à todos os cidadãos, inclusive aos portadores de câncer. Assim como anteriormente foi explicado neste trabalho a Constituição Federal prevê em seus preceitos a responsabilidade solidaria, cabendo não apenas um ente a fornecer as assistências básicas de saúde do ser humano, mas a todos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) aduz entendimento sobre a concretização do direito à saúde e fornecimento de medicamento aos portadores de câncer:

CIVEL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE ATENDIMENTO DE URGÊNCIA. CONFIGURADO O DANO MORAL. REVISÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE QUANTUM RAZOÁVEL. INCIDÊNCIA DA SUMULA Nº 83 DO STJ. PROCEDENTE.

1. As instâncias ordinárias reconheceram que houve recusa injustificada de cobertura de seguro para o atendimento médico de emergência e internação em unidade de tratamento intensiva (contenção de aneurisma cerebral).

2. O Superior Tribunal de Justiça orienta que é abusiva a cláusula contratual que estabelece o prazo de carência para situações de emergências, em que a vida do segurado encontra-se em risco, pois o valor da vida humana se sobrepõe a qualquer outro interesse.

3. Mostra-se razoável a fixação em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para reparação do dano moral pelo ato ilícito reconhecido, consideradas as circunstâncias do caso e as condições econômicas das partes.

4. Este Sodalício Superior altera o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos que o valor arbitrado pelo acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que não se faz presente no caso em tela.

5. A prestadora de serviços não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado. Incidência da Súmula nº 83, do STJ.

6. Agravo regimental não provido (BRASIL, STJ, 2014, s.p.).

Para finalizar, a jurisprudência acima descrita afirma o quanto é necessário o fornecimento de todos os cuidados com a saúde das pessoas.

O legislador constituinte não garante apenas o direito à saúde, mas exige que os entes governamentais efetivamente apliquem os preceitos legais, para que se busque uma justiça social e uma vida digna. Todavia, o cenário justo e digno em diversas situações não é visto pelos brasileiros, pois os descasos com os pacientes debilitados (fisicamente ou emocionalmente) pelas redes públicas de saúde são evidentes.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho, procurou-se abordar uma análise do atual cenário das políticas públicas em face dos cidadãos hipossuficientes e, principalmente aos portadores de câncer, buscando comparar a situação da saúde pública com a legislação constitucional, mais precisamente no artigo 196 da Constituição Federal e normas infraconstitucionais. Verificamos a princípio que o legislador não mediu esforços para proteger o direito à saúde dos cidadãos, criando todas as ações e serviços de promoção, prevenção e precaução da saúde. Por outro lado, demonstramos também, a incapacidade estrutural do Sistema Único de Saúde em promover a segurança e o bem estar dos pacientes debilitados e fragilizados, devido o fracasso de seus serviços, ações e procedimentos de saúde.

Hospitais sobrelotados, falta de médicos, medicamentos e procedimentos terapêuticos, e serviços insatisfatórios, lamentavelmente é a triste realidade do nosso sistema de saúde. Ainda que seja expressamente prevista pelos preceitos constitucionais, muitos direitos sociais são omitidos ou distribuídos irregularmente, e a expectativa em alcançar uma saúde de qualidade é em regra fracassada. O sucateamento do SUS é o maior exemplo da inércia dos entes federativos, e a carência pela saúde é socialmente uma grande preocupação, por diversas vezes pacientes, não só portadores de câncer como o objeto deste trabalho, mas aqueles que sofrem de doenças variadas morrem em filas de hospitais em busca de atendimentos, consultas ou de assistências básicas. Há o que se falar também, em pesada estrutura física e sanitária das unidades de atendimento de saúde, pois em diversas situações são prédios improvisados, sem qualquer infraestrutura para suportar tais atendimentos.

Diante a precariedade das infraestruturas da rede pública de saúde, percebemos que o modo que o cidadão portador de câncer possui para clamar por seus direitos é por meio do Poder Judiciário, através dos provimentos das demandas judiciais. Contudo, o Poder Judiciário também tem competência em interpretar uma ou mais normas e princípios constitucionais que sejam conveniente aos cidadãos, maneira a qual amplia a efetividade destas - processo conhecido como ativismo judicial. O ativismo decorre da intromissão do Poder Judiciário nas opções políticas dos outros poderes (Legislativo e Executivo) comprometido a agir nas causas ineficazes e obsoletas em busca da satisfação popular.

Na seara da responsabilidade em proporcionar a saúde a todos os cidadãos, o legislador não foi omissivo em regular esta situação, cabendo a todos os entes federativos (União, Estados e Município) solidariamente promover, prevenir e a precaver de todas as necessidades básicas. Ao que diz aos portadores de câncer, o legislador promoveu um vasto rol de direitos sociais em uma cartilha (direito ao fundo de garantia por tempo de serviço; sacar o PIS/PASEP; comprar veículos adaptados ou especiais; isenção do IPI; isenção do ICMS; isenção do IPVA, entre outros).

No que diz aos direitos fundamentais, não nasceram em um único momento histórico, foram desenvolvidos progressivamente ao longo dos anos e das gerações da humanidade. Analisamos que em cada época histórica, o Estado deixou de ser um ente autoritário, opressor no qual era no período absolutista e, passou a proteger o indivíduo por completo e abster-se cada vez mais nas escolhas e atitudes individuais. Os direitos fundamentais são mecanismos garantidores e protetores dos anseios morais, éticos e sociais dos indivíduos, inviabilizando qualquer tipo de tratamentos ofensivos. Foram constituídos com base no princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, proporcionando aos cidadãos uma vida digna e de qualidade. Vários doutrinadores expressão sua visão sobre o respectivo assunto, demonstrando ser um assunto muito importante para sociedade.

Constatou-se que ainda, por este estudo, que ainda que existam leis e normas que protegem os cidadãos a rede pública possui grande deficiência para proporcionar um ambiente adequado aos pacientes, realizando atendimentos e procedimentos de saúde sutis. A falta de infraestruturas nos hospitais sobrelotados, o descaso dos profissionais pela saúde pública, omissão de direitos ou

irregularidade de procedimentos, fere os preceitos constitucionais e, o intuito deste trabalho é alertar sobre os danos dos direitos fundamentais. É lamentável, acreditar que uma pessoa pode ser lesionada gravemente ou vier a morrer por ineficácias dos direitos previstos ou por irresponsabilidade dos entes federativos em promover o que é justo e por direito.

O câncer por sua vez, já traz um sofrimento muito grande para paciente e, emocionalmente não possui força e vontade para lutar por melhores condições de saúde, desistindo por diversas vezes dos tratamentos. A falta de medicamentos, hospitais, leitos, cuidados e de assistências básicas, desmotivam o paciente a lutar contra a doença e, este em grande parte não possui condições econômicas para tratar-se em uma rede de saúde privada, dependendo totalmente do Sistema Único de Saúde.

REFERÊNCIAS

A.C.CAMARGO CANCER CENTER (org). **Cartilha dos Direitos do Paciente com Câncer**. abril. 2009. Disponível em: < <http://www.accamargo.org.br/cartilha-dos-direitos-do-paciente-com-cancer>>. Acesso em: 08 out. 2017.

BOLZAN, F.. Princípios e Direitos no CDC In:_____. **Direito do Consumidor Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 231p.

BONAVIDES, P. Teoria dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 374-593 p.

BRAGA, G.B. Aula 1: História das Políticas de Saúde no Brasil. **Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia**. 21 out. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=upVyfHcdr9Q>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BRASIL (Rio Grande do Sul). Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70043692680. Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 28 jul. 2011. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20215517/apelacao-civel-ac-70043692680-rs/inteiro-teor-20215518?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL (São Paulo). Tribunal de Justiça. Apelação nº 1002594-17.2017.8.26.0602. Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator

Min. Luciana Bresciani. Julgado em 27 ago. 2017. **JusBrasil**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10832941&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_ad73ce1c79124df5a3262939daa3a6ba&vICaptcha=WESIJ&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM N. 1.931/09**. Brasília, 17 set. 2009. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2009/1931>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. **Para entender a gestão do SUS**. Programa de Informação e Apoio Técnico às Novas Equipes Gestoras Estaduais do SUS DE 2003. 20 ed. Brasília, 2003. Disponível em: <http://bvmsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao.pdf> Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012**. Dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início. Brasília, DF.: 22 nov. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12732.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF.: 19 set. 1990a. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. O que é câncer. **Instituto de Oncoguia**. 2015. Disponível em: <<http://www.oncoguia.org.br/conteudo/cancer/12/1/>>. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 595.365 SP. Terceira Turma. Relator Min. Moura Ribeiro. Julgado em: 16 de dez. 2014. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/494788175/agravo-em-recurso-especial-aresp-1115076-go-2017-0134318-4/decisao-monocratica-494788191>>. Acesso em: 07 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1617502 - PI. Primeira Turma. Relator Min. Regina Helena Costa. Julgado em 27 jun. 2017. **Jus**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+solidaria+dos+entes+federativos+com+a+saude&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento AI 822882 MG. Segunda Turma. Relator Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 02 dez. 2014a. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25336844/agreg-no-recurso-extraordinario-re-832155-al-stf/inteiro-teor-157988742?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Processo ARE nº823049 DF. 2º Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 16 dez. 2014b. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25339518/recurso-extraordinario-com-agravo-are-823040-df-stf>>. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. Entenda o SUS em branco. Portal da Saúde. 2017. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>. Acesso em: 01 set. 2017.

CANOTILHO, J.J. O Princípio do Estado de Direito: O Princípio do Estado de Direito e os Subprincípios concretizadores. In:_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra- Portugal: Almedina, 2002. p. 259

CASADO FILHO, N. Noções de Direito Humanos e Fundamentais. In: _____. **Direitos Humanos Fundamentais**. [S.n.]. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito, n° 57) 27-29 p. Disponível em: <<http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/Direitos%20Humanos%20Fundamentais.pdf>>. Acesso em: 12 Jun. 2017.

COTRIM, G. **História Global: Brasil e Geral**. 2 v. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 235 - 240 p.

COTRIM, G. **História Global. Brasil e Geral**. 3 v. São Paulo: Saraiva, 2010. 193 - 245 p.

JORNAL ESTADÃO. **Homens têm maior avanço na esperança de vida; mulheres vivem mais**. 01 dez. 2016. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,homens-tem-maior-avanco-na-esperanca-de-vida-mas-mulheres-ainda-vivem-sete-anos-a-mais,10000091863>>. Acesso em: 10 set. 2017.

JORNAL ESTADÃO. **Mortes por câncer aumentaram 31% no Brasil em 15 anos, diz OMS**. 03 fev. 2017. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,mortes-por-cancer-aumentaram-31-no-brasil-em-15-anos,70001652056>>. Acesso em: 15 set. 2017.

LENZA, P. Constituição: Conceito, Constitucionalização simbólica, Classificação, Elementos e Histórico. In: _____. **Direito Constitucional Esquemático**. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. 117 – 121 p.

LENZA, P. Controle de Constitucionalidade. In: _____. **Direito Constitucional Esquemático**. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. 112 – 144 p.

LENZA, P. Direitos e Garantias Fundamentais. In: _____. **Direito Constitucional Esquemático**. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. 1056 – 1060 p.

LENZA, P. Direitos e Garantias Fundamentais. Remédios Constitucionais In: _____. **Direito Constitucional Esquemático**. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. 1143 - 1169 p.

MEDEIROS, A. Judicialização ou Ativismo Judicial? Entenda a diferença. **Politize!**. [S. n.]. 2016. *Sine loco*. Disponível em: <http://www.politize.com.br/judicializacao-e-ativismo-judicial/>>. Acesso em: 08 set. 2017.

MORAES, A. Tutela Constitucional das Liberdades. In: _____. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 133 à 192.

NUNES, R. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**, Doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 51 p.

OPPERMANN, C P. et. al. Sobre o câncer. In: _____. **Entendendo o Câncer**. [S.ed]. Porto Alegre- Rio Grande do Sul: Artmed, 2014. 20 a 24 p.

PUCCINELLI JUNIOR, A. Remédios Constitucionais. In: _____. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 341 à 369.

PUCCINELLI JUNIOR, A. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 207 – 225 p.

RICCTIELLI, A. O constitucionalismo, As Constituições pátrias. In: _____. **Direito Constitucional**, Teoria do Estado e da Constituição. 4. ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2007. 85 - 92 p. Disponível em: <https://feituverava.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520425022/pages/_1>. Acesso em: 28 jul. 2017.

ROBBINS E COTRAN. Neoplasia. In: _____. **Patologia**. Bases Patológicas das Doenças. 8. ed. São Paulo: Elsevier, 2010. 259 – 276

ROCHA, M. I. C. Direitos Humanos e Fundamentais no Direito Internacional. In: _____. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Franca- São Paulo. 2017. 99 p.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2017. 312 p.

VADE MECUM ONLINE: Sumula do Superior Tribunal de Justiça- nº 319 . Disponível em <<http://www.meuvademezumonline.com.br/legislacao/sumulas/470/sumula-319/>>. Acesso em: 16 out. 2017.

VIRTUOUS. Ditadura Militar no Brasil – 1964 – 1985. **Só História**. [S.n]. *Sine loco*. S.d. Disponível em: <<http://www.sohistoria.com.br/ef2/ditadura/>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DAS OUVIDORIAS PÚBLICAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS: UM ESTUDO DE CASO DAS DEMANDAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

KARLA LIMA PEREIRA: Assistente de Controle Externo do Tribunal de Contas do Tocantins. Graduada em Administração de Empresas pelo Instituto de Ensino e Pesquisa Objetivo do Tocantins. Pós-Graduada em Gestão Pública com Ênfase em Controle Externo pela Faculdade Internacional de Curitiba FACINTER. Graduada do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

VINICIUS PINHEIRO MARQUES [\[1\]](#)

RESUMO: O presente artigo no campo dos estudos de Gestão Pública, tem como objetivo abordar a temática do controle na administração pública e das ouvidorias públicas no âmbito dos Tribunais de Contas Estaduais. Para alcançar seu propósito, o trabalho estabelece uma discussão teórica sobre as temáticas acima mencionadas, para depois apresentar um estudo de caso que analisa dados estatísticos e analíticos das atividades e das demandas recebidas pela ouvidoria pública do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins entre 2016 e 2018. Identificando assim possibilidades, padrões e limites na atuação da ouvidoria do Tribunal aqui estudado. Sendo possível concluir que a mesma apresenta atuação relevante e positiva, estando assim, em consonância com a promoção do controle e da participação social, bem como da transparência pública e da busca por uma administração pública mais eficiente e responsável.

Palavras-chave: Controle na Administração Pública; Controle Social; Ouvidoria Pública; Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

INTRODUÇÃO

A administração pública conforme aponta Paludo (2013) compreende funções administrativas de execução de programas de governo, prestação de serviços e outras atividades que observando os princípios legais objetivam a promoção do bem-estar social.

Em atenção à administração pública Gallon et al. (2011, p. 80) apontam que a partir de algumas alterações promovidas na legislação, destacando-se aquelas voltadas para a promoção da transparência e do controle como exemplo a Lei Complementar nº 101 de 2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), bem como da necessidade de uma maior inserção da sociedade no processo político, o setor público brasileiro vem enfrentando nos últimos anos, uma série de desafios e transformações no sentido de profissionalizar, modernizar, democratizar e tornar transparente a gestão pública. Com efeito, tem-se assim o desenvolvimento de condições que possam atender as demandas da sociedade de maneira mais efetiva, de modo a garantir a concretude de valores político-institucionais, o desenvolvimento econômico e o atendimento dos interesses coletivos (JUND FILHO, 2002).

Dito isso, e considerando-se que na medida em que a consolidação da democracia cria um cenário propício à atuação efetiva das instituições, sobretudo as que visam evitar o exercício desregrado do poder público, neste trabalho será dado enfoque ao controle da administração pública, em especial ao controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e ao controle social exercido pela sociedade civil. Para tanto, terá como escopo o instituto das Ouvidorias Públicas.

Diante de possíveis falhas e ineficiência da administração pública, as Ouvidorias públicas são canais de comunicação dentro da estrutura dos órgãos públicos entre o cidadão e o agente público, representam um instrumento de vital importância na busca de soluções de conflitos bem como de promoção do controle e da participação social. As mesmas estão aptas a receberem demandas que podem ser reclamações, denúncias, sugestões, solicitações por informação e até mesmo elogios.

Neste sentido o presente trabalho se propôs a estudar as demandas da Ouvidoria do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, através de um estudo de natureza exploratória, de abordagem quantitativa/qualitativa, que buscou analisar dados estatísticos e analíticos, bem como a estrutura e o processamento de demandas feitas por cidadãos ao TCE-TO, através da ouvidoria, entre 2016 e 2018. Tem-se ainda que o foco residiu em verificar como a ouvidoria em questão vem atuando, bem como identificar possíveis possibilidades, padrões e limites de atuação.

Assim sendo, para além desta introdução este trabalho divide-se em quatro partes, sendo que a segunda parte se volta para sua fundamentação teórica; a terceira apresenta e discute dados relativos a Ouvidoria do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins e suas demandas, referentes ao período acima mencionado; e por fim, a quarta parte traz as considerações finais.

1. O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De acordo com Gomes (2017) a administração pública, compreendida como sendo o conjunto de estruturas, aparatos, atividades e funções realizadas e utilizadas pelo Estado afim de promover o bem-estar social, demanda o exercício de poder institucional, sendo este seu elemento estrutural. Conforme determinado pela Constituição Federal de 1988, tal poder, em sua origem material, emana do povo e é praticado por instituições concebidas para torná-lo coeso, racional e eficiente, através da outorga de seu exercício a representantes democraticamente eleitos, como é próprio do sistema de democracia representativa. (GOMES, 2017, p. 88)

No entanto, conforme aponta Campos (1990), as estruturas estatais trazem consigo a necessidade da proteção dos direitos do cidadão contra possíveis ocorrências de abuso de poder por parte do governo ou de indivíduos investidos de alguma autoridade pública. Segundo o autor na mesma proporção em que aumentam o tamanho e a complexidade das organizações públicas, cresce também a necessidade de salvaguardar os cidadãos frente à concentração de poder nas mãos dos servidores públicos. Assim sendo a inexistência de controle efetivo e de penalidades aplicáveis ao serviço público, em casos de falhas e abusos, ao expor os cidadãos a potenciais riscos burocráticos acarreta o enfraquecimento do ideal democrático do governo pelo povo (CAMPOS, 1990, p. 4).

Assim, tem-se essencialmente que com o objetivo de assegurar a legitimidade dos seus atos em face de conduta funcional dos seus agentes e a defesa dos direitos dos administrados o poder estatal necessita indispensavelmente de controle, sendo este tradicionalmente categorizado nas modalidades chamadas de controle interno – exercido pela própria administração pública – e controle externo – exercido por outros entes através de alguma função institucional precípua ou acessória (MELLO, 2013, p. 953).

Segundo Marinela (2015, p.1372), o controle interno é todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito de sua própria estrutura. Assim, conforme aponta Silveira Filho (2017) tem-se que este deriva do princípio da autotutela, onde todos os segmentos da administração pública independentemente de qual seja o poder público (Executivo, Judiciário, ou Legislativo) possuem a opção de se autodeterminarem internamente, de modo que existirá, nos mesmos, uma espécie de jurisdição interna, com competência de processar em âmbito administrativo.

Neste sentido menciona-se ainda Justen Filho (2013) segundo o qual o controle interno da atividade administrativa é o dever-poder imposto ao próprio Poder de promover a verificação permanente e contínua da legalidade e da oportunidade da atuação administrativa própria, visando prevenir ou eliminar defeitos ou a aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias a tanto (JUSTEN FILHO, 2013, p.1188).

Em relação ao controle externo, ressalta-se que o mesmo pode ser dividido em duas modalidades, sendo um exercido por órgãos estatais de controle e outro denominado controle social, exercido pela sociedade civil.

De modo geral o controle social se caracteriza como sendo a integração da sociedade com a administração pública, com a finalidade de solucionar problemas e as deficiências sociais de forma mais eficaz uma vez que permite que qualquer cidadão pode fiscalizar e, portanto, intervir nos atos governamentais. Acerca dessa modalidade de controle Carvalho Filho (2013) destaca que a partir de diversas demandas sociais, as normas jurídicas modernas, tanto constitucionais como legais, têm contemplado a possibilidade de exercício de um controle exógeno do Poder Público, por seguimentos oriundos da sociedade. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 950).

Portanto, conforme aponta Carvalho Filho (2009, p. 902) encontra-se no controle social um importante instrumento democrático que através da participação dos cidadãos no exercício do poder, prioriza a vontade social, colocando a mesma como fator de avaliação para criação e alcance no âmbito de algumas políticas públicas.

Em atenção ao controle externo que se dá através da atuação de órgãos de controle, tem-se de acordo com Justen Filho (2013) que este controle consiste na

submissão da atividade administrativa à fiscalização exercitada por órgãos externos a estrutura do Poder que os praticou. Possibilitando assim o início da abordagem de importantes instituições no combate as condutas ilícitas praticadas no âmbito da administração pública (JUSTEN FILHO, 2013, p.1195).

Assim, pressupõe-se a existência de interferência exterior a administração pública que aponta irregularidades, onde outro órgão que possua competência de corrente de Lei, ou até mesmo da CF, a exemplo disto temos o caso dos Tribunais de Contas (TCs), que serão abordados na seção seguinte, e que atuam no sentido de apurar, corrigir e até punir, as eventuais irregularidades constantes na administração pública.

1.1 Os Tribunais de Contas

No sistema político brasileiro imputa-se vital importância aos Tribunais de Contas na medida em que eles contribuem para a correta e eficiente aplicação de recursos públicos. Instituído no Brasil em 1890 através do Decreto 966-A o Tribunal de Contas assumiu a função institucional de fiscalização da atuação da administração pública no tocante, particularmente, à destinação de verbas públicas.

Registra-se que ao longo da história, o Tribunal de Contas passou por inúmeras conformações institucionais com destaque para o fato de que especialmente sob a égide de regimes antidemocráticos, o Tribunal de Contas sofreu uma considerável redução de seu papel de controle, subordinando-se aos interesses daqueles que controlavam o aparato do Estado. No entanto, em contrapartida, o advento do ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição Federal de 1988 assegurou um ambiente democrático e de estabilidade institucional que, enfim, permitiu aos Tribunais de Contas a realização desembaraçada de suas funções e atividades de fiscalização.

Assim, com a Constituição Federal de 1988 os Tribunais de Contas passaram a possuir autonomia e competências próprias, que foram essenciais para fiscalizar o manuseio dos recursos públicos e instituir meios de comunicação com a sociedade (FARIA, 2013; SANTOS, 2014). Destaca-se aqui que, embora o texto constitucional se tenha designado a atuação dos Tribunais de Contas como sendo auxiliar do Poder Legislativo, as Cortes são dotadas de independência, não havendo subordinação com tal poder (FARIA, 2013, p. 123).

Em atenção a valorização e ampliação da ação dos Tribunais de Contas advindas do texto constitucional de 1988, Santos (2014) menciona que:

[...] Para que seja possível dar aos tribunais de contas a autonomia necessária para o efetivo controle externo, foram asseguradas, entre outras, as seguintes garantias constitucionais: os seus membros gozam das mesmas garantias dos magistrados; as cortes possuem autonomia financeira e administrativa; organizam seus próprios planos de fiscalização e auditoria; baixam suas próprias normas de fiscalização; podem representar às autoridades, fixando prazos para a correção de irregularidades; propõem ao Poder Legislativo projeto de sua própria lei orgânica; e, por fim, têm assegurado repasse de suas dotações orçamentárias até o 20º dia de cada mês [...]. (SANTOS, 2014, p. 38)

De acordo com o artigo 70 da Constituição de 1988, compete estas Cortes de Contas realizar a fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial das contas públicas, com base nos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. (BRASIL, 1988). Ou seja, foi instituído aos Tribunais de Contas o julgamento das contas dos administradores e responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, bem como emitir opinião a respeito das contas anuais dos chefes do Poder Executivo. Ressaltando-se que esses julgamentos precisam respeitar preceitos técnicos e jurídicos expressos nas normas legais e constitucionais (SANTOS, 2014, p. 39).

Ressalta-se que, diferentemente de outras instituições de controle (Polícia, Ministério Público, Comissões Parlamentares de Inquérito) os TCs são a instituição por excelência que se dedica integralmente e exclusivamente à fiscalização dos recursos públicos.

A Constituição de 1988, ao definir a fiscalização dos recursos públicos como atribuição do Congresso Nacional, define também o formato do Tribunal de Contas da União, suas atribuições, composição, prerrogativas e garantias (Art. 70-74). Bem como determina explicitamente em seu Artigo 75 que este formato se aplica também aos TCs no âmbito estadual e municipal.

Assim, com relação à organização de suas competências tem-se que no Brasil as Cortes de Contas seguem parcialmente o modelo federativo. Sendo facultada ao Tribunal de Contas da União (TCU) a atribuição de fiscalizar os recursos arrecadados pela União, incluindo a sua aplicação na administração pública direta e indireta e os repasses de recursos a Estados, Municípios e a entidades não governamentais. Por sua vez, os Tribunais de Contas Estaduais (TCEs) são incumbidos da fiscalização dos recursos estaduais e da sua aplicação. A fiscalização dos recursos dos Municípios também está a cargo dos TCEs.

Considerando a atuação dos Tribunais de Contas Speck (2000, p. 93) aponta que esta gira em torno de dois resultados importantes: sendo um retrospectivo, caracterizo pela responsabilização de agentes públicos por possíveis irregularidades cometidas, onde os Tribunais determinam também formas de reparação e sanção. Adicionalmente tem-se o resultado prospectivo que se dá pela produção de recomendações e a determinação de medidas preventivas para aumentar a eficácia da alocação dos recursos. O autor elenca ainda que para que se alcance os resultados acima citado a fiscalização dos recursos públicos pelos TCs devem percorrer uma sequência de cinco etapas, a saber: a identificação de irregularidades ou formas de desperdício, a investigação destes indícios, a decisão sobre a responsabilidade por irregularidades, a elaboração de recomendações para melhorar a qualidade do gasto público e a implementação das medidas de responsabilização e de prevenção.

Por fim, destaca-se que diante do atual momento do sistema político brasileiro onde se ressalta o combate à corrupção e o clamor social por mais participação na administração, impõe-se aos Tribunais de Contas o desafio de promover a sociedade como auxiliar do controle externo, isto é, inserir o cidadão no controle das contas do erário. Para tanto, os Tribunais têm introduzido recursos capazes de estabelecer a comunicação com a sociedade. Segundo Faria (2013, p. 53) esses recursos permitem ao “cidadão imiscuir-se nos negócios do Estado, não só no momento das eleições, mas também nos momentos e espaços de fiscalização e avaliação dos atos considerados ilegítimos, ilegais ou antieconômicos, mediante, principalmente, o instituto da denúncia”. Neste sentido destaca-se dentre os mecanismos de controle social criados, as ouvidorias, que serão abordadas na seção seguinte.

2. AS OUVIDORIAS PÚBLICAS

Infere-se de Comparato (2016, p. 45) que historicamente o surgimento do instituto da ouvidoria data por volta do século XVII, na Suécia, caracterizada pela figura do Ombudsman e tendo como finalidades principais o aprimoramento e a vigilância da administração pública.

Eleito pelo Parlamento, o Ombudsman sueco, tinha sua atuação pautada pelo controle e pelo papel de interligação entre governo e a população. Tem-se assim que, a partir da experiência sueca outras nações passaram a instituir a figura do Ombudsman em suas organizações, moldando-a de acordo com suas particularidades e realidades. (BASTOS, 2006, p.10; PETRAGLIA, 2009, p. 366).

Peixoto e Marsiglia (2013, p.786) apontam que os primeiros registros de atuação de um ouvidor que em âmbito brasileiro se deram no período colonial. No entanto diferentemente do modelo sueco, sua função era representar a administração da justiça real portuguesa. Sendo facultada ao Ouvidor Geral a aplicação da lei da metrópole, como um juiz em nome da realeza. Os autores ressaltam ainda que o ouvidor moderno brasileiro se caracteriza diferentemente do modelo sueco, uma vez que apresenta finalidade inversa, representando os interesses do cidadão em relação à administração pública (LYRA, 2000; PEIXOTO e MARSIGLIA, 2013).

Observa-se que posteriormente a criação de institutos próximos ao modelo sueco de Ombudsman só foi possível no Brasil a partir de 1983, com abertura da democracia que possibilitou a retomada dos debates voltados para o estabelecimento de canais de comunicação entre a estrutura de poder e a população (BASTOS, 2006; LYRA, 2004).

Conforme aponta Petraglia (2009, p.371) tendo como meta a defesa dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos face a ilegalidades atribuídas a administração pública, surgiu a primeira ouvidoria pública no Brasil no âmbito do município de Curitiba/PR, em 1986. No entanto, de modo geral, efetivamente as ouvidorias públicas brasileiras tiveram sua expansão somente a partir da Constituição de 1988, que possibilitou a criação de novos canais de comunicação entre os cidadãos e as instituições, promovendo uma maior transparência para o serviço (BASTOS, 2006; LYRA, 2004; PETRAGLIA, 2009).

Segundo Petraglia (2009, p. 375) no âmbito da administração pública brasileira, a ouvidoria foi estabelecida como sendo órgão para controle interno do Poder Executivo. Sendo posteriormente, a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, estabelecidas também em órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público. No Executivo federal, tem-se a Ouvidoria-Geral da União, vinculada à Controladoria-Geral da União (CGU).

No entanto, de acordo com Vilanova (2004) de modo geral, a existência das ouvidorias brasileiras caracteriza-se como sendo meramente informal, devido a inexistência de previsão legal ou infralegal. Sendo muitas vezes estabelecidas por resoluções ou portarias. Assim, em consequência da não previsão legal, frequentemente as mesmas são percebidas como sendo apenas “consentidas”, o que contribui para o não reconhecimento do ouvidor e para a falta de apoio institucional (VILANOVA, 2004, p.178).

A principal característica da ouvidoria pública é a de ser um instrumento de comunicação entre as organizações públicas e a sociedade civil. Sendo que sua atuação deve se dar de modo rápido, eficaz e em prol da satisfação do bem-estar social.

Alves Junior (2005, p.1-4) enfatiza que algumas instituições brasileiras, visando atender às necessidades e expectativas da população implantaram o serviço de ouvidoria, com o propósito de contribuir com a avaliação da prestação dos serviços. Ainda segundo o autor, percebe-se assim a importância da voz do usuário no alcance de melhores padrões de qualidades sob a ótica do consumidor.

Tem-se que o ouvidor deve dar voz ativa aos cidadãos, e agindo sempre de maneira imparcial e justa contra possíveis usurpações de direitos, abusos de poder, negligências, omissões, e decisões injustas que deixem a administração pública menos transparente e ineficiente no ponto de vista do contribuinte (OGU, 2012, p.17).

Em atenção à atuação do ouvidor destaca-se a questão de sua autonomia, sendo esta fundamental para a efetividade das suas ações. Petraglia (2009, p.378) ressalta ser impossível cumprir seu papel de defender os direitos dos cidadãos perante a administração pública e induzir mudanças na prática administrativa sem autonomia. A autora chama atenção para a problemática ao destacar que salvo

poucas exceções, os ouvidores são escolhidos pelo próprio chefe do órgão fiscalizado.

Neste sentido, dentre algumas possibilidades sugeridas para solucionar a problemática acima mencionada Lyra (2004, p. 131) defende que o requisito mínimo para se considerar um órgão como ouvidoria seria a atribuição de mandato certo a seu titular, sendo este com a participação da sociedade ou pelo colegiado máximo da instituição em que atua.

Petraglia (2009, p. 377) expos que cabe ainda a ouvidoria se preocupar com a promoção da democracia através da instalação efetiva do controle social e da prática participativa. Devendo ela estabelecer laços com as entidades da sociedade civil de modo a incentivar a presença das mesmas em conselhos consultivos ou de gestão.

2.1. Ouvidorias Públicas e a Participação Social

A expansão das ouvidorias públicas vincula-se diretamente ao crescimento da nova sociabilidade política, cujos anseios de participação buscam progressivamente um novo relacionamento entre o cidadão-usuário e as instituições. Favorecendo assim a promoção do diálogo entre a administração e a sociedade, no tocante à participação e à transparência na gestão das políticas públicas (BRASIL, 2008 e VASQUEZ et al., 2005).

De acordo com Alves Junior (2002, p.14) a ouvidoria na administração pública tem focalizado a transparência e a credibilidade do governo junto à população. Beneficiando ambos os lados, uma vez que tanto protege o cidadão, quanto salvaguarda a administração de acusações e críticas injustas.

Entretanto, Cardoso (2006, p. 62) destaca que a participação do usuário não pode ficar restrita às ouvidorias, sendo necessário ampliar a noção de participação de modo a promover a democratização da administração pública. Segundo o autor, para além de receber reclamações e denúncias, a ouvidoria tem uma dimensão muito mais ampla, constituindo-se em um espaço estratégico e inovador, bem como representa um mecanismo eficiente de escuta do usuário, com potencial de incentivar o exercício pleno da cidadania por seus usuários.

Ainda assim, tem-se que a ouvidoria é uma ferramenta fundamental de feedback para a administração pública, pois proporciona a detecção de sussurros institucionais que, sem a participação direta da comunidade, seriam difíceis de identificar em sua real importância (VILANOVA, 2004).

3. ESTUDO DE CASO - A OUVIDORIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

A Instituição Tribunal de Contas do Estado do Tocantins se deu em 1989 pela Constituição do Estado do Tocantins que em seus artigos 32 a 36 reza sobre a Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária.

A Constituição Estadual em seu artigo 32, § 1º nos traz que o controle externo do Estado será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado. E, posteriormente no artigo 33, disciplina-se a matéria da competência do Tribunal de Contas do Estado, estabelecendo que compete ao TCE/TO, de acordo com a diretriz constitucional, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, dos Municípios e de suas entidades das administrações direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas e será exercida pela Assembleia Legislativa e Câmaras Municipais, respectivamente, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelos poderes públicos estadual e municipal e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outras irregularidades que resultem prejuízo ao tesouro público.

Em atenção à regulamentação de funções e competências do TCE-TO tem-se que a mesma está contida para além da Constituição Estadual, principalmente na Lei nº 1.284/2001, denominada Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins e que dispõe sobre suas competências, jurisdição, composição, sanções, julgamento, fiscalização e demais matérias correlatas.

O Tribunal de Contas do Estado do Tocantins tem jurisdição em todos os órgãos e entidades das administrações direta, indireta e fundacional do Estado e dos 139 municípios e exerce suas competências de acordo com o artigo 71 da Constituição Federal, artigo 33 da Constituição Estadual, para acompanhar a gestão,

fiscalizar e analisar os processos de prestações de contas, atos de admissão de pessoal, aposentadorias e pensões, licitações, contratos e convênios dos jurisdicionados.

Em relação à sua identidade Organizacional tem-se que sua missão reside em satisfazer as necessidades da sociedade, quanto à correta aplicação dos recursos públicos, garantindo um transparente, eficiente e eficaz sistema de fiscalização da gestão pública. Assim como sua visão busca o seu reconhecimento como instituição de excelência no controle da gestão e dos recursos públicos. Pautando seus valores na ética, no compromisso, na qualidade, no profissionalismo, na agilidade e na transparência.

Consonantemente no ano de 2005, com o objetivo de receber denúncias e reclamações de seus jurisdicionados, criou-se através da Lei nº 1.593, de 4 de julho 2005 a Ouvidoria do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. E desde então no decorrer dos anos, a unidade se estabeleceu como canal de comunicação entre a sociedade e o TCE-TO, recebendo manifestações de cidadãos relativas à atuação de agentes públicos tanto no âmbito municipal e estadual quanto no âmbito do próprio Tribunal.

A Ouvidoria do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins foi criada pela Lei nº 1.593, de 4 de julho 2005, com o objetivo de receber denúncias e reclamações de seus jurisdicionados. No decorrer dos anos, a unidade se estabeleceu como canal de comunicação entre a sociedade e o TCE-TO, recebendo manifestações de cidadãos de todos os municípios tocaninenses, seja sobre a atuação dos gestores públicos ou do próprio Tribunal. Destaca-se também que com o advento da Lei Federal nº 12.527/2011, incorporou também sob a competência da referida ouvidoria o Serviço de Informação ao Cidadão - SIC, sendo este a unidade responsável pelo recebimento de solicitações de informações públicas, sobre o TCE/TO e seus fiscalizados.

Atualmente as atribuições da Ouvidoria do Tribunal de Contas e seus procedimentos internos, regulamentam-se conforme disposto em instrumentos internos, tais como a Lei Orgânica do Tribunal de Contas, a Instrução Normativa nº 08 de 07 de novembro de 2012, a Resolução Administrativa TCE/TO nº 03 de 05 de agosto de 2009 e mais recentemente a Resolução Administrativa TCE/TO nº 04 de 03 de abril de 2019, juntamente com outras legislações como a Lei Federal nº 12.527/2011 que regula o acesso a informações públicas e a Lei Federal nº

13.460/2017 que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário aos serviços públicos da administração pública.

Assim, com subordinação imediata a Presidência do Tribunal de Contas, a Assistência de Ouvidoria (ASOUV) tem como finalidade contribuir para a melhoria da gestão do Tribunal e dos órgãos e entidades a ele jurisdicionado; cooperar para a proteção e defesa dos direitos dos usuários de serviços públicos; zelar pela transparência pública no âmbito do TCE/TO; e atuar na defesa da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência dos atos administrativos praticados por autoridades, servidores e administradores públicos, bem como dos demais princípios aplicáveis à Administração Pública (TCE/TO, 2019).

Menciona-se que a ouvidoria pode ser acionada pelo cidadão através de atendimento eletrônico por meio de site institucional (<http://ouvidoria.tce.to.gov.br/>), de atendimento telefônico, principalmente pelo número 0800 644 5800; de correspondência física; de atendimento presencial.

3.1 As demandas recebidas pela Ouvidoria do TCE-TO entre 2016 e 2018

De acordo com relatórios de atividade e gestão disponibilizados pelo TCE/TO, registra-se que no período que compreende os anos de 2016, 2017 e 2018, sua ouvidoria recebe um total de 1.205 demandas. Sendo 306 demandas em 2016, 365 em 2017 e 534 em 2018.

Diante dos dados nota-se um aumento exponencial na quantidade de demandas recebidas. Em relação ao ano de 2016, as demandas aumentaram 19,28% em 2017, e em comparação com ano anterior o aumento em 2018 foi de 46,30%. Sendo registrado ainda que entre 2016 e 2018 houve uma evolução quantitativa bastante expressiva, sendo esta estimada em 74,51%.

Ressalta-se que, em relatório de gestão elaborado pela Assistência de Ouvidoria (ASOUV) relacionou-se que os indicadores relativos à quantidade de demandas sofrem a influência da quantidade/qualidade das ações de divulgação dos serviços e dos canais de acesso da Ouvidoria nas mídias e nas redes sociais. Apresentando como exemplo disto, que se registrou um significativo incremento no número de demandas nos meses em que houveram ações pontuais que geraram mídia espontânea, tal como o Concurso de Vídeos – Fiscalize em 1 minuto,

amplamente divulgado no mês de julho de 2018. Apontando também a divulgação estratégica e constante como sentença de grande importância para a efetividade dos canais Ouvidoria e SIC – Serviço de Informação ao Cidadão.

Em atenção aos meios utilizados pelos cidadãos para registrar suas demandas, entre 2016 e 2017, 1113 demandas foram recebidas online, via site, pelo telefone registram-se 29 demandas, presencialmente foram 36 e via WhatsApp 27.

Conforme os números apresentados infere-se a expressiva predominância da utilização por parte dos cidadãos para encaminhamento de suas demandas do meio eletrônico disponibilizado pelo site <http://ouvidoria.tce.to.gov.br/>, este meio foi o escolhido em 92,37% dos casos. O WhatsApp apesar de ter sido disponibilizado apenas a partir de 2018 representou desempenho bem próximo aos atendimentos telefônicos e pessoais durante todo o período. Tem-se que sua disponibilização surgiu atendendo a pedidos dos usuários que desejavam enviar documentos anexos, fotos e vídeos de cidades do interior do Tocantins onde os sinais de internet são precários.

Em atenção ao atendimento presencial de acordo com a ASOUV destaca-se que atualmente o atendimento presencial dos cidadãos interessados em registrar pedidos de informação ou buscar atendimento no TCE-TO é, de fato, realizado em várias unidades técnicas do Tribunal de modo independente e sem integração, tais como no Protocolo, na Sala de Atendimento, no Cartório de Contas, Secretaria do Pleno e Instituto de Contas, além da Ouvidoria. Sendo assim, necessário se faz que se dê a definição de um procedimento único e geral para adequar os atendimentos, principalmente em consonância às exigências da Lei nº 13.460/2017.

A seguir, tem-se a natureza das 1205 demandas recebidas pela Ouvidoria do TCE-TO no período estudado. Sendo 768 denúncias, 347 pedidos de informação, 52 reclamações, 27 sugestões e 11 elogios.

Tem-se então que a comunicação de irregularidades na administração pública, identificada como sendo denúncia, com um total de 768 demandas, representa a maior parte das ocorrências (63,73%) sendo precedida pelos pedidos de informação com participação equivalente a 28,80% do total. Juntas, as reclamações, sugestões e elogios somam 90 demandas e representam apenas 7,47% das demandas.

Acerca do processamento e tratamento das demandas recebidas conforme apontado pela ASOUV destaca-se a integração dada entre a Ouvidoria e a Diretoria Geral de Controle Externo, as equipes técnicas da área fim e das relatorias a fim de ajustar condições de qualificação das demandas que entram como fontes do controle social para o controle externo, bem como das demandas que saem, como resposta útil esperada pelo cidadão.

De modo a ilustrar o resultado da integração acima mencionada, entre controle social e controle externo, com base em relatório de gestão confeccionado pela Assistência de Ouvidoria, apresenta-se aqui alguns desdobramentos que se deram a partir do tratamento de algumas demandas respondidas no ano de 2018, tem-se assim que:

- ü Emissão de 13 medidas cautelares em atenção às irregularidades comunicadas;
- ü Inserção do conteúdo das demandas em 110 processos de fiscalização (auditoria, inspeção e representação);
- ü Criação de 66 expedientes no sistema e-contas e envio de 42 ofícios “de ordem” dos competentes relatores com o objetivo de aprofundar as fiscalizações acerca das irregularidades comunicadas;
- ü Envio de 12 editais de licitação a cidadãos interessados, a fim de evitar possíveis limitações à concorrência e conseqüentemente possíveis danos ao erário;
- ü Cancelamento administrativo de 4 licitações pelos jurisdicionados, após contato telefônico decorrente das demandas da Ouvidoria do TCE.

Por fim, faz-se relevante mencionar também os principais assuntos relacionados às demandas estudadas por este trabalho. Assim, elenca-se a incidência de registros relacionados a atos de pessoal, procedimentos licitatórios, ilegalidades e irregularidades em atos de agentes públicos, execução irregular de despesas, desvios de finalidade, obras, transparência, acesso à informação e, falta de qualidade na prestação de serviços.

3.2 Demais atividades desempenhadas pela Ouvidoria do TCE

Diante da relevância e da magnitude do controle e da participação social e visando sua promoção, cabe aqui ressaltar que à Assistência de Ouvidoria do TCE-TO compete de modo articulado com demais setores do Tribunal e em parceria com

outras instituições, também o desenvolvimento de outras atividades para além do recebimento, tratamento e atendimento de denúncias, elogios, reclamações e solicitações de informações.

Assim, tem-se o desenvolvimento de projetos voltados para a capacitação tanto de agentes públicos quanto da população em geral. Dentre eles menciona-se o Projeto de Apoio à Capacitação de Ouvidorias dos Jurisdicionados do TCE-TO que ante à vigência do Código de Defesa do Usuário dos Serviços Público (Lei nº 13.460/2017, em 28 de junho de 2018), o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins compilou materiais educativos para facilitar e apoiar a capacitação de ouvidorias dos jurisdicionados, e dos membros de Conselhos Municipais e Estaduais nas várias áreas do controle social.

Registra-se também que em 2018 a Ouvidoria do TCE/TO também participou dos quatro encontros do Agenda Cidadã e realizou atendimentos, tanto para o cidadão apresentar demandas, quanto para o gestor aprender sobre capacitação de ouvidorias. Momentos em que foram explanados aos participantes, por exemplo, sobre como criar uma ouvidoria, quais os direitos do cidadão usuário dos serviços públicos, quais as sanções aplicáveis aos responsáveis pelo descumprimento da Lei nº 13.460/2017 e como testar a qualidade do portal da transparência das unidades gestoras.

Outra atuação de destaque se dá em virtude do programa “TCE de Portas Abertas” que abre espaço a jovens estudantes que se interessam em conhecer o papel do Tribunal de Contas do Tocantins e são proferidas palestras diversas sobre os canais de comunicação do TCE/TO, as principais ferramentas, a exemplo do Portal da Transparência, o Serviço de Informação ao Cidadão (SIC) e o Portal de Consulta Pública de Processos (e-Contas).

Destaca-se ainda a realização de seminários e palestras como o Seminário “Controle Social como instrumento de Combate à Corrupção”, ocorrido em setembro de 2018. E a realização também em 2018 da Semana do Controle Social, sendo esta uma ação com vistas à aproximação da sociedade e ao estímulo da participação do cidadão na fiscalização dos recursos públicos. E a promoção do concurso de vídeos da Ouvidoria “Fiscalize em 1 Minuto” sendo seu principal objetivo incentivar a produção independente de vídeos, em mídias digitais, a fim de

fomentar o exercício do controle social por meio da participação ativa da população tocantinense, considerando seus diversos meios de comunicação social.

CONCLUSÃO

Considerando os preceitos teóricos e normativos relacionadas ao controle externo da administração pública exercido pelos Tribunais de Contas, bem como ao controle e à participação social, o presente trabalho, debruçando-se também sobre temática das ouvidorias públicas buscou analisar aspectos da atuação da ouvidoria do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

Diante dos dados e informações obtidas foi possível identificar de um modo geral que a ouvidoria da Corte de Contas do Tocantins apresenta atuação relevante e positiva, estando assim, em consonância com as normas legais voltadas para a promoção do controle e da participação social, bem como da transparência e da busca por uma administração pública mais eficiente e responsável.

Por oportuno, menciona-se que este trabalho corrobora com os apontamentos de Sousa (2016) que em trabalho pregresso que também analisou a Ouvidoria do TCE-TO e concluiu em relação à interação da instituição com a sociedade que ações implementadas particularmente por sua ouvidoria podem ser identificadas como sendo potenciais transformações no relacionamento com o cidadão, uma vez que subsidiam a construção de processos de diálogo e aprendizado mútuos, que são fundamentais para o exercício da cidadania.

Por fim, observa-se ainda que o controle social realizado por atores qualificados pelo TCE rende resultados úteis e efetivos ao controle social, tal como no caso de uma parceria com o IFTO – Instituto Federal de Tecnologia do Tocantins que em 2018 culminou na apresentação de 10 demandas que se converteram em processos de representação sobre obras e serviços de engenharia em escolas públicas de Palmas e do Estado.

REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Mário Nelson. **A contribuição estratégica das ouvidorias para a melhoria dos serviços prestados pelas organizações**: um estudo de caso na Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina. 2002. Dissertação de mestrado. UDESC, Florianópolis, 2002.

ALVES JUNIOR, Mário Nelson. **Garantindo a efetividade das ouvidorias**. In: OMD Soluções para Ouvidorias. Florianópolis, 2005.

BASTOS, Marco Aurélio. **A ouvidoria pública no Paraná**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Administração Pública). Unibrasil, Curitiba, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de abril de 2019.

_____. **Decreto nº 966-A**, de 7 de novembro de 1890. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes às receitas e despesa da Republica. In: **Colecção de Leis Brasileiras (CLB)**, Rio de Janeiro, v.1, p. 3440, 1890 Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-norma-pe.html>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. **Emenda Constitucional nº45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. **Lei Complementar n. 101**, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 maio 2000. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. **Lei nº 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991 e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília,

DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. **Lei nº 13.460**, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **Glossário temático**: ouvidoria do SUS. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2.ed. rev. e atual. 2008

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de administração pública**, FGV, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30-50, 1990.

CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. **Ouvidoria x mediação**: reflexões sobre um conflito. **Revista Cliente SA**, v. 5, n. 51, p. 61-62, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo-SP: Atlas, 2013.

COMPARATO, Bruno Konder. Ouvidorias Públicas como instrumentos para o fortalecimento da democracia participativa e para a valorização da cidadania. **Ouvidoria Pública Brasileira**, p. 43, 2016.

FARIA, Nádia Rezende. **Tribunal de contas na constituição de 1988**: controle social e accountability. 2013. 186 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2013.

GALLON, Alessandra Vasconcellos et al. A compreensibilidade dos cidadãos de um município gaúcho acerca dos demonstrativos da Lei de Responsabilidade Fiscal publicados nos jornais. **Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 79-96, jan./abr. 2011.

GOMES, André Silva. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas**: limites materiais de suas decisões e extensão de suas atribuições constitucionais. **Revista Controle: Doutrinas e artigos**, v. 15, n. 1, p. 86-124, 2017.

JUND FILHO, Sergio Lopes. **As novas doutrinas de administração pública e os seus reflexos nos controles e na auditoria de desempenho dos programas governamentais**. 2002. 181 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LYRA, Rubens Pinto. (organizador). **A Ouvidoria na Esfera Pública Brasileira**. João Pessoa: Ed. Universitária/UFPB; Curitiba, 2000.316p.

LYRA, Rubens Pinto. **Ouvidor**: o defensor dos direitos na administração pública brasileira. In: LYRA, R.P. (organizador). *Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate*. João Pessoa: Ed. Universitária/UFPB, 2004 p.119-152.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OUVIDORIA GERAL DA UNIÃO. **Orientações para Implantação de uma Unidade de Ouvidoria** – rumo ao sistema participativo. 5ª edição. Brasília, 2012.

PALUDO, Augustinho. **Administração pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PEIXOTO, Stefano Frugoli; MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni; MORRONE, Luiz Carlos. Atribuições de uma ouvidoria: opinião de usuários e funcionários. **Saúde e Sociedade**, v. 22, p. 785-794, 2013.

PETRAGLIA, Simone. A Ouvidoria Pode Combater Injustiças? Limites e Possibilidades do Instituto na Administração Pública Brasileira. **Publicações da Escola da AGU**, n. 01, 2009.

SANTOS, Mônica Fonseca Almeida. Os tribunais de contas e a transparência como meios de combate à corrupção. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG**, v. 32, n. 2, p. 30-45, abr./jun. 2014.

SILVEIRA FILHO, Josemar Alves da. **Controle externo da administração pública**: Um olhar sobre a Lei de Acesso à Informação e a atuação do TCE/PB. João Pessoa, 2017.

SOUSA, Arlan Marcos Lima. **Controle social na Administração Pública**: eficácia da Ouvidoria no Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,controle-social-na-administracao-publica-eficacia-da-ouvidoria-no-tribunal-de-contas-do-estado-do-tocantins,57116.html>>. Acesso em: 12 de abril de 2019.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

TOCANTINS. Assembléia Legislativa. **Constituição Estadual**. 1989. Palmas: 2002. Disponível em: <http://www.al.to.leg.br/arquivos/documento_48506.PDF#dados> Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. Assembléia Legislativa. **Lei nº 1.284**, de 17 de dezembro de 2001. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Palmas: 2001. Disponível em: < https://www.tce.to.gov.br/sitetce/images/stories/pdf/Lei_Organica_TCE.pdf> Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. Assembléia Legislativa. Lei nº 1.593, de 4 de julho de 2005. Altera o Anexo II da Lei 1.527, de 17 de dezembro de 2004. In: **Diário Oficial nº 1.955**. Palmas: 2005. Disponível em: <http://www.al.to.leg.br/arquivos/documento_48506.PDF#dados> Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. **Relatório de Gestão da Ouvidoria do TCE-TO – 2018**. Palmas: TCE/TO, 2018.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. **Relatório Anual de Atividades – 2016**. Palmas: TCE/TO, 2016. Disponível em: <

<https://transparencia.tce.to.gov.br/documento/anexo/MTI0>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. **Relatório Anual de Atividades – 2017**. Palmas: TCE/TO, 2017. Disponível em: <<https://transparencia.tce.to.gov.br/documento/anexo/MTM1>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. **Relatório Anual de Atividades – 2018**. Palmas: TCE/TO, 2018. Disponível em: <<https://transparencia.tce.to.gov.br/documento/anexo/MjU4>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. Tribunal de Contas do Estado. **Instrução Normativa TCE-TO nº 08**, de 7 de novembro de 2012. Palmas: TCE/TO, 2012. Disponível em:<<https://www.tce.to.gov.br/sitetce/legisla%C3%A7%C3%A3o/instrucoes-normativas/category/107-instrucao-normativa-2012?download=345:instrucao-normativa-n-008-2012>> Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. Tribunal de Contas do Estado. **Resolução Administrativa TCE/TO nº 03**, de 5 de agosto de 2009. Palmas: TCE/TO, 2009. Disponível em:<[_____. Tribunal de Contas do Estado. **Resolução Administrativa TCE/TO nº 02**, de 3 de abril de 2019. Palmas: TCE/TO, 2019. Disponível em:<<https://www.tce.to.gov.br/sitetce/legisla%C3%A7%C3%A3o/resolucoes-administrativas>> Acesso em: 05 abr. 2019.](https://transparencia.tce.to.gov.br/home/download/OTk5ODg=)

VASQUEZ, María Luisa et al. Nível de informação da população e dos mecanismos institucionais de participação social em saúde em dois municípios do nordeste do Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 10, p. 141-155, Rio de Janeiro, set./dez.2005.

VILANOVA, Fátima. A Ouvidoria no Ceará. **Ombudsmen-Ouvidores. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha**, p. 163-186, 2004.

Nota:

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: vinicius.marques@catolica-to.edu.br.

DANO MORAL E DANO SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

ARLAN MARCOS LIMA SOUSA: Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Contador e Advogado. Professor Tutor Presencial - Universidade Anhanguera - Uniderp. Professor Especialista da Faculdade Serra do Carmo. Formação Contábil pela UFT (2007) e Direito pela Faculdade Serra do Carmo (2016). Pós-Graduado em Gestão e Auditoria na administração Pública, Direito Administrativo e Direito Constitucional. Mestrando em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção.

RESUMO: O presente artigo busca refletir sobre o dano no direito brasileiro. Fez-se um apanhado jurídico referente ao dano moral e o dano social e suas respectivas legislações. Dano moral é aquele que atinge o sujeito como pessoa, sem ofender o seu patrimônio material. E conclui destacando que a lesão recai especificamente sobre os direitos da personalidade, tais como, exemplifica, a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome e etc., provocando-lhe dor, sofrimento, tristeza, vexame ou humilhação. Os danos sociais são aqueles que causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade e que decorrem de conduta socialmente reprováveis. Tal tipo de dano dá-se quando as empresas praticam atos negativamente exemplares, ou seja, condutas corriqueiras que causam mal-estar social. Envolvem interesses difusos e as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis.

Palavras-chave: Dano Moral. Dano Social. Reparação.

ABSTRACT: The present article seeks to reflect on the damage in Brazilian law. A legal statement was made regarding moral damages and social damage and their respective legislation. Moral harm is one that strikes the subject as a person, without offending his material patrimony. And he concludes by pointing out that the injury falls specifically on personality rights, such as, exemplifies, honor, dignity, intimacy, image, good name, etc., causing pain, suffering, sadness, vexation or humiliation. Social damages are those that cause a lowering in the standard of living of the

community and that result from socially reprehensible behavior. This kind of damage occurs when companies practice acts that are negatively exemplary, that is, ordinary conduct that causes social unrest. They involve vague interests and the victims are indeterminate or indeterminable.

Keywords: Moral Damage. Social damages. Repair.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO; 2.1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE PELO DANO CAUSADO; 2.2 DANOS MORAIS COLETIVOS; 2.3 MEDIDAS JUDICIAIS CABÍVEIS PARA A TUTELA DE DANOS MORAIS; 3. DO DANO SOCIAL. DA RESPONSABILIDADE PELO DANO SOCIAL; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5 REFERENCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Dano segundo Santos (2001) é o mal que se faz a alguém; prejuízo ou ofensa material ou moral, resultante da culpa extracontratual ou aquiliana que importa em responsabilidade civil; prejuízo causado por alguém a outrem, cujo patrimônio seja diminuído, inutilizado ou deteriorado; qualquer ato nocivo, prejudicial, produzido pelo delito.

Nesse aspecto considera-se dano moral direto toda lesão a um interesse relativo à satisfação ou exercício de um bem jurídico extrapatrimonial, assim entendida qualquer ofensa que recaia sobre um dos direitos da personalidade (vida, integridade corporal e psíquica, honra, decoro, liberdade, intimidade etc.), ou nos atributos da pessoa (nome, capacidade, estado de família) ou ainda, venha a comprometer a dignidade da pessoa humana.

São várias as definições doutrinárias acerca dos danos morais, podendo-se caracterizá-lo, consensualmente, como aquela ofensa de cunho extrapatrimonial aos direitos personalíssimos da vítima, causando-lhe transtorno intolerável sem que isso implique, necessariamente, um prejuízo de ordem material.

Há parâmetros em leis, em decisões jurisprudenciais e em doutrina, mas devem ser eles considerados sempre em razão da hipótese sub examine, atentando o julgador para: a) as condições das partes, b) a gravidade da lesão e a sua repercussão e c) as circunstâncias fáticas. Com efeito, ao arbitrar a indenização

devida, não deve o magistrado deixar de avaliar fatores como a gravidade do dano e a extensão dos seus efeitos, as particularidades do caso concreto, o potencial econômico do ofensor e as condições financeiras da vítima.

Os danos sociais representam, sob a perspectiva da atual função civil-constitucional da responsabilidade no âmbito civil, a reparação não apenas da vítima, mas de toda a coletividade, através de indenizações que representem verdadeiro desestímulo ao ofensor e que respondam aos anseios da coletividade.

2. DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO

Gonçalves (2007) preceitua que dano moral é aquele que atinge o sujeito como pessoa, sem ofender o seu patrimônio material. E conclui destacando que a lesão recai especificamente sobre os direitos da personalidade, tais como, exemplifica, a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome e etc., provocando-lhe dor, sofrimento, tristeza, vexame ou humilhação.

Entretanto, no art. 5º da Constituição Federal (1988) é afirmado que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e os estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

Assim, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição:

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou

política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988, p. 22).

Nesse sentido Silva (1999) aponta que seja na Constituição (art. 5º, V e X), seja no Código Civil, artigos 159, 1.537 a 1.553, não há vedação à tipificação e legitimidade da pessoa jurídica, para o exercício do direito compensatório, em sede de dano moral. O "caput" do referido art. 5º, ao expressar que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", engloba o universo das pessoas: físicas e jurídicas, distinção esta que, por corolário, também não fazem os destacados incisos, com ênfase para o X, igualmente abrangente, na expressão "honra e imagem das pessoas", quer dizer, todas as pessoas, físicas e jurídicas.

São considerados responsáveis pelo dano moral todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão. A indenização por danos morais pode ser pedida cumulativamente com os danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. Se houver cumulação de pedidos de indenização, o juiz, ao exarar a sentença, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e de danos morais. A composição das perdas e danos, assim compreendidos, os lucros cessantes e os danos emergentes, não se refletem na avaliação dos danos morais (BRASIL, 2002).

A situação de irregularidade do agente ou preposto da Administração não a isenta da responsabilidade objetiva de indenizar o dano moral, ressalvado o direito de regresso. Nesse sentido, ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa:

Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis: I – ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte

mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais); III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) (BRASIL, 2002).

Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso (FREITAS, 2016).

A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado. Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização. Prescreve em 6 (seis) meses o prazo para o ajuizamento de ação indenizatória por danos morais, a contar da data do conhecimento do ato ou omissão lesivos ao patrimônio moral (BRASIL, 2002).

2.1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE PELO DANO CAUSADO

Silva (1998) afirma que a “noção de reparação de dano encontra-se claramente definida no Código de Hamurabi. As ofensas pessoais eram reparadas na mesma classe social, à causa de ofensas idênticas. Todavia o Código incluía ainda a reparação do dano à custa de pagamento de um valor pecuniário”.

Nesse sentido a indenização mede-se pela extensão do dano. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar (BRASIL, 2002).

O projeto de Lei n°. 334/08, regulamenta o dano moral e a sua reparação. Assim considera em seus artigos:

Art. 1º A indenização do dano moral, quando devida, será fixada em conformidade com o disposto nesta Lei. Parágrafo único. Sempre que possível, tempestiva e suficiente, a reparação natural terá preferência sobre a pecuniária. Art. 2º Considera-se dano moral toda ação ou omissão que ofenda o patrimônio ideal da pessoa física ou jurídica e dos entes políticos. § 1º O dano à imagem das pessoas jurídicas será verificado depois de aferida a repercussão material do fato. § 2º O simples aborrecimento não gera direito a indenização (BRASIL, 2008).

O Art. 3º do referido projeto de Lei menciona que ressalvada da hipótese de reparação natural tempestiva e suficiente, a indenização a que se refere o art. 1º tem caráter exclusivamente compensatório e a sua fixação deverá considerar: I – o bem jurídico ofendido; II – a posição socioeconômica da vítima; III – a repercussão social e pessoal do dano; IV – a possibilidade de superação psicológica do dano, quando a vítima for pessoa física, e de recomposição da imagem econômica ou comercial, quando pessoa jurídica; V – a extensão da ofensa e a duração dos seus efeitos; VI – o potencial inibitório do valor estabelecido. Na apreciação da demanda, o juiz poderá considerar outros elementos que determinem a gravidade da lesão ao patrimônio ideal do ofendido.

Vale ressaltar que a indenização do dano moral pode ser pedida cumulativamente com a dos danos materiais decorrentes do mesmo fato. A sentença que acolher os pedidos determinará o tipo de reparação pertinente ao dano moral e discriminará, quando pecuniária, o respectivo valor. A indenização pelo dano material será considerada integrante da devida pelo dano moral, quando importar em abrandamento deste.

O valor da indenização por dano moral será fixado de acordo com os seguintes parâmetros, nos casos de:

I – morte: de R\$ 41.500,00 (quarenta e um mil reais) a R\$ 249.000,00 (duzentos e quarenta e nove mil); II – lesão corporal: de R\$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinquenta reais) a R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais); III – ofensa à liberdade: de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos

reais); IV – ofensa à honra: a) por abalo de crédito: de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais); b) de outras espécies: de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais); V – descumprimento de contrato: de R\$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinquenta reais) a R\$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais) (BRASIL, 2008).

Na fixação da indenização, o juiz considerará sempre as circunstâncias descritas no art. 3º e especialmente: I – na hipótese do inciso I do caput deste artigo, a proximidade do ofendido com a vítima, bem como a expectativa de vida desta; II – no caso do inciso II do caput deste artigo: a) o grau de incapacidade resultante para a vítima, que determinará, sendo total ou permanente, o acréscimo de cinquenta por cento no valor fixado; b) a existência de dano estético, passível de correção, total ou parcial, mediante tratamento, cujo custo deverá ser assumido pelo ofensor ou pago ao ofendido, se este assim o preferir, a título de reparação natural, sem prejuízo da indenização de dano moral de natureza diversa, decorrente do mesmo fato; c) a existência de dano estético, não passível de correção, que deverá ser indenizado mediante acréscimo de vinte por cento no valor fixado para a reparação pecuniária do dano moral de natureza diversa, decorrente do mesmo fato, ou, na sua falta, mediante o pagamento de um valor entre R\$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinquenta reais) e R\$ 62.250,00 (sessenta e dois mil e duzentos e cinquenta reais), de acordo com a gravidade do dano.

Cabe salientar que na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o tempo em que o ofendido ficou injustamente privado da liberdade; IV – no caso do inciso IV do caput deste artigo, a utilização da imprensa para a realização da ofensa, hipótese em que o valor da reparação pecuniária será fixado em razão de número de emissões, da amplitude da circulação e da abrangência do veículo, e acrescido de dez por cento.

No caso de ofensa à honra por abalo de crédito, a reparação pecuniária, quando for o caso, deverá considerar: I – as providências que o ofensor tiver adotado para evitar a persistência do fato; II – a existência de fatos similares e contemporâneos; III – a repercussão objetiva, de acordo com a existência de outros fatos diretamente relacionados com a natureza do dano.

Sempre que a ofensa resultante de descumprimento de contrato importar risco grave à vida ou à saúde, a reparação será fixada no limite máximo a que se refere o inciso V do caput deste artigo.

A reparação do dano, quando condenada a Fazenda Pública, será feita segundo os parâmetros estabelecidos neste artigo, observada a redução final de vinte por cento sobre o respectivo valor. Na hipótese de culpa concorrente, o valor da reparação será reduzido pela metade.

No art. 7º do Projeto de Lei 334/2008 a ação de indenização por danos morais deverá ser proposta em litisconsórcio ativo necessário: I – pelo ofendido e integrantes de seu núcleo familiar, quando a todos for possível demandar em nome próprio; II – pelos integrantes do núcleo familiar do ofendido, quando a este não for possível demandar em nome próprio. Integram o núcleo familiar, para os efeitos desta lei, os descendentes, o cônjuge ou companheiro sob união estável, os ascendentes e, na linha colateral, os parentes em primeiro grau.

A sentença que acolher o pedido deverá, se houver reparação pecuniária, acrescer um terço ao valor fixado de acordo com os parâmetros previstos no art. 6º, bem como definir a parte de cada litisconsorte.

As ações de pessoas diversas das referidas nos incisos I e II da Lei 334/2008 deverá ser proposta em conformidade com as regras gerais previstas na legislação processual civil e julgadas de acordo com a qualidade da relação entre o autor e o ofendido, observado o disposto nesta Lei.

Os acréscimos e reduções de que tratam os arts. 6º e 7º serão considerados após a fixação do valor da reparação, dentro dos limites estabelecidos pelos incisos do caput do mesmo art. 6º, ainda que o resultado final os extrapole. O artigo 9º Prescreve em três anos, contados da data da ofensa, a pretensão que tenha por objeto a reparação de dano moral. No artigo 10º fica estabelecido que os valores mencionados no art. 6º serão corrigidos mês a mês pelo índice nacional de preços ao consumidor medido por instituição pública federal ou qualquer outro que venha a substituí-lo (BRASIL, 2008).

Silva (2013) menciona que tem-se observado, não raro, uma generalizada exacerbação e descritério, em pedidos e até deferimentos, em ações indenizatórias por danos materiais e/ou morais, estes sejam "puros" ou sejam cumulados com

aqueles, em sede de responsabilidade civil, cujo status passou a gerar abusos de toda ordem, máxime nas propostas e perplexidade dos jurisdicionados, ante a disparidade, numeral das outorgas, fruto da ausência de normação substantiva, constatável na maioria dos casos, e, conseqüentemente, adoção de critérios subjetivos, variados, alguns, estranhos ao bom senso e à melhor orientação jurisprudencial, erigindo arbítrio desaconselhável e, com ele, o descrédito do próprio instituto.

O direito à indenização por dano moral deve basear-se no Código Civil, pelo qual o autor precisará provar o ato culposo do agente, o nexó causal entre o ato e o resultado, bem como o prejuízo decorrente.

Compreende-se, pois, que qualquer prejuízo injusto suportado por uma pessoa deve encontrar resposta no ordenamento jurídico, eis que, diante da unitariedade da teoria do dano, acha-se ela direcionada, no plano do Direito, para a plena satisfação dos interesses violados.

Isso justifica a eleição da fórmula de distribuição de danos adotados, até porque a simples classificação do bem alcançado pelo fato lesivo não atende, em toda a sua amplitude, à realidade da vida de relações. É que nem toda violação a direito da personalidade produz dano moral, ou somente dano dessa natureza: pode ou não haver, ou mesclar-se a dano patrimonial. Com efeito, não se pode, *verbi gratia*, extrair que da lesão a componente físico (direito da personalidade) provenha dano moral, diante da multiplicidade de fatores que, em concreto, podem interferir, como: as condições da pessoa; suas reações; seu estado de espírito; a gravidade do fato violador; a intenção do agente e outros tantos.

Para Bittar (2015) qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto como tais aqueles que atingem os aspectos os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal, na autoestima), ou o da própria intimidade e da consideração pessoal, na autoestima), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social, na estima social).

Localiza-se, assim, a temática dos danos morais na teoria da responsabilidade civil, na exata medida da consideração da pessoa em si, ou em

suas projeções sociais, individualizando-se aqueles nas lesões às sedes assinaladas. São, fundo, reações na personalidade do lesado a agressões ou a estímulos negativos recebidos do meio ambiente por meio da ação de terceiros, que atinjam seus bens vitais (BITTAR, 2015).

2.2 DANOS MORAIS COLETIVOS

O dano moral coletivo é uma modalidade de dano moral, o qual, por sua vez, encontra no Brasil expressa e inaugural previsão no Art. 5º, V e X da Carta de 1988, que assegura, qualificando de fundamental, “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e taxa de invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (CAVALIERI FILHO, 2010).

Conceituando,

O dano moral coletivo é assim definido: O dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*) (BITTAR, 2015 p. 14).

O reconhecimento dos danos morais coletivos ainda não é uma matéria pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Para Ministra Nanci Andrigli, “nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado”. Segundo ela, “nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos

extrapatrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos”.

Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Assim sendo:

são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Advirta-se que este enunciado, embora correto, encontra-se incompleto e desatualizado, pois, no atual estágio da doutrina e da jurisprudência, além de danos morais e materiais, o mesmo evento poderá ensejar pedido de indenização também por danos estéticos, que com aqueles não se confunde (BITTAR, 2015 p. 68).

As ações coletivas foram introduzidas no sistema brasileiro sob a inspiração da *class action* norte-americana. Um dos motivos da criação desta última foi a necessidade de tutela por danos relativamente diminutos se individualmente considerados, o que desestimulava a propositura de demandas individuais, geralmente custosas e demoradas.

A *class action* permitiu ao Poder Judiciário norte-americano conhecer questões que, embora sob a perspectiva coletiva fossem relevantes, antes não eram levadas a Juízo porque eventual ganho individual do autor seria tão pequeno que não encontrava ele estímulo para a judicialização do caso. O agente ofensor, que antes era beneficiado por esta justificada inércia e tolerância dos ofendidos – e via com isto um incentivo para a reiteração da conduta ilícita – passou a ser demandado em juízo (BITTAR, 2015).

Esta ideia pode ser transposta, com alguns ajustes, para a ação civil pública que objetive a reparação por dano moral coletivo, assim:

Com efeito, nas ações individuais que postulam indenização por dano moral, é comum o julgamento de improcedência do pedido ao fundamento de que o evento

não causou mais do que mero dissabor, pequeno aborrecimento, sensações a que todos estão sujeitos na vida em sociedade. Em suma, a jurisprudência tem entendido que os sentimentos negativos (dor, sofrimento etc.) provocados pela ação do agente, ensejadores da reparação por dano moral (individual), devem ser intensos, capazes de atingir profundamente a vítima, perturbando-lhe a alma, o espírito e a mente. Todavia, no campo do dano moral coletivo, a aplicação do Direito não pode pautar-se pelas mesmas concepções, sob pena de tornar inviável a reparabilidade desta espécie de lesão a direitos coletivos lato sensu. Se uma determinada ofensa, considerada isoladamente em relação a cada uma das pessoas atingidas (efetiva ou potencialmente) pode não ser muito significativa no caso concreto, o conjunto de lesões causadas pode ser apta a ensejar a reparação pelos danos morais vistos sob uma perspectiva coletiva (AZEVEDO, 2004, p. 78).

Ainda segundo Azevedo (2004) neste caso, como os recursos obtidos com eventual indenização são vertidos aos Fundos de Defesa de Direitos Difusos, obtém-se a solução mais adequada, pois ainda que se considere que o sentimento negativo experimentado individualmente não justificaria o pagamento de indenização a cada pessoa lesada pela conduta, a falta de condenação por danos morais estimularia o agente ofensor a repetir a conduta injusta.

2.3 MEDIDAS JUDICIAIS CABÍVEIS PARA A TUTELA DE DANOS MORAIS

A indenização em dinheiro pelo dano moral coletivo causado deve ser a última alternativa. No entanto, não sendo possível a concessão de uma tutela preventiva e específica objetivando a sua não ocorrência, muitas vezes porque o evento já encontra-se concretizado, e a míngua de prestações alternativas não-pecuniárias mais compatíveis com a tentativa de retorno ao status quo ante, a reparação do dano moral coletivo far-se-á mediante o pagamento de uma indenização em dinheiro, a ser suportada pelo causador do evento danoso (BITTAR, 1999).

A doutrina e a jurisprudência majoritárias, baseadas na teoria norte-americana das *punitive damages*, vislumbram nessa indenização pecuniária uma dúplice função: por um lado, mediante a entrega de uma determinada quantia em dinheiro, compensar os ofendidos pelos sentimentos negativos provocados pelo evento danoso; de outro lado, a indenização teria um efeito dissuasório para que novos atentados de mesma espécie não mais ocorram, conscientizando o causador do dano a respeito da antijuridicidade de sua conduta (prevenção específica) e demonstrando a toda a sociedade a não-tolerância de ações do mesmo jaez (prevenção geral) (BITTAR, 1999).

Contudo, convém mencionar:

Com espeque nessas funções, o julgador deve promover o arbitramento do valor da indenização pelo dano moral (individual ou coletivo), pois, nas palavras de Bittar (1999) deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante (MEDEIROS NETO, 2004 p. 81).

Coaduna-se essa postura, ademais, com a própria índole da teoria em debate, possibilitando que se realize com maior ênfase, a sua função inibidora de comportamentos. Com efeito, o peso do ônus financeiro é, em um mundo em que cintilam interesses econômicos, a resposta pecuniária mais adequada a lesionamentos de ordem moral. Sem perder de vista as duas funções da indenização pelo dano moral (preventiva e compensatória), alguns critérios são comumente utilizados para a fixação, no caso concreto, do montante devido.

As balizas acima, geralmente invocadas no arbitramento do dano moral individual, aplicam-se, de um modo geral, ao dano moral coletivo. Impende, todavia, destacar algumas peculiaridades com relação a este último. Por afetar

interesses coletivos lato sensu, no dano moral coletivo a extensão e a repercussão do dano, aferida pelo número (real ou potencial) de pessoas atingidas e pelos limites territoriais alcançados, devem merecer especial atenção do julgador na fixação do valor da indenização. Veja-se a hipótese de uma publicidade com conteúdo discriminatório (contra uma determinada raça, por exemplo) veiculada em horário nobre de emissora televisiva com abrangência nacional e com público telespectador virtual que abranja praticamente toda a população do país.

Menciona ainda Bittar (1999) que suponha-se que não seja viável a veiculação de uma “contrapropaganda” de retratação neste caso (tal como ocorre, mutatis mutandis, com o crime de injúria, no Direito Penal). Ora, o valor da indenização pelo dano moral coletivo causado deve levar em conta a larguíssima extensão dos efeitos do evento, tanto no aspecto territorial (todo o país) como no tocante a quantidade de ofendidos (praticamente toda a população). O destino da indenização por dano moral coletivo também apresenta uma peculiaridade. Tratando-se de indenização por danos morais em razão de ofensa a interesses difusos ou coletivos stricto sensu, os recursos obtidos serão destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, previsto no artigo 13 da Lei 7.347/85, ou para outros fundos específicos, como o Fundo de Amparo ao Trabalhador (no caso de danos verificados na seara trabalhista) ou o Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente (se a lesão atingir essas classes de pessoas).

Esta parece ser a sistemática mais adequada, pois os recursos de tais fundos são empregados na adoção de medidas tendentes à proteção e à recomposição de direitos coletivos lesados. Ademais, como os recursos são destinados aos mencionados fundos, afasta-se o argumento de que indenizações de vulto acarretariam o enriquecimento sem causa do autor da ação, alegação muito comum dos réus das demandas por danos morais. Com relação aos direitos individuais homogêneos, a indenização por danos morais coletivos beneficiará os próprios titulares dos interesses lesados, pois, como já dito, são perfeitamente determinados e divisíveis os objetos e seus titulares. Ainda assim, se após um ano da condenação não houver a habilitação de um número de lesados compatível com a gravidade do dano, o autor legitimado para a ação promoverá a execução coletiva, que se reverterá em prol do Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

3. DO DANO SOCIAL

Os danos sociais para Tartuce (2009), são aqueles que causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade e que decorrem de conduta socialmente reprováveis. Tal tipo de dano dá-se quando as empresas praticam atos negativamente exemplares, ou seja, condutas corriqueiras que causam mal-estar social. Envolvem interesses difusos e as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis.

Assim quando o juiz percebe condutas socialmente reprováveis, fixa a verba compensatória e aquela de caráter punitiva a título de dano social. Essa indenização derivada do dano social não é para a vítima, sendo destinada a um fundo de proteção consumista, ambiental ou trabalhista, por exemplo, ou até mesmo instituição de caridade, a critério do juiz (BRASIL, 2002).

Maior (2007) menciona que os direitos sociais são o fruto do compromisso firmado pela humanidade para que se pudesse produzir, concretamente, justiça social dentro de uma sociedade capitalista. Esse compromisso em torno da eficácia dos Direitos Sociais se institucionalizou em diversos documentos internacionais nos períodos pós-guerra, representando também, portanto, um pacto para a preservação da paz mundial. Vale ressaltar que o dano social é aquele que repercute socialmente, podendo gerar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial aos membros da coletividade.

Vale ressaltar que a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Sobre a responsabilidade civil:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano (GONÇALVES, 2012 p. 19).

Assim responsabilidade civil tem a função de restaurar a ordem social alterada pelo dano, seja através da reparação integral ou de sua compensação, porém, em segundo plano, acoplada às funções primárias, afirma-se que estaria a função de sancionar e prevenir a reincidência de tal conduta (punitivo-pedagógica). Parte significativa da doutrina assevera que a função punitiva realmente se vê presente na responsabilidade civil, em especial no que tange aos danos morais, todavia esta característica só está presente por ser uma espécie de consequência da necessidade de compensar o prejuízo ocasionado (LONGHI, 2014).

O art. 944 no Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também – esse é o ponto – também uma indenização pelo dano social. A “pena” – agora, entre aspas, porque no fundo, é reposição à sociedade -, visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito.

Azevedo (2009) corrobora afirmando que o dano social tem algumas características. Ele se contrapõe ao dano individual e representa as funções de punição e prevenção da indenização. Em relação aos danos individuais, como se observará, fala-se em função de equivalência para os danos patrimoniais e de compensação para os danos não patrimoniais. Ao limitar a indenização, o art. 944 não impede a reparação por dano social, pois o quantitativo visa restaurar o nível social ao status quo ante diminuído pelo ilícito. A indenização não seria um plus, seria a “medida da extensão do dano”, a medida do dano social. Todavia, alguns acréscimos precisam ser feitos. Primeiro, o dano social faz parte de uma nova dicotomia: danos individuais e danos sociais.

Em resumo, é preciso repor, quer num caso, por punição, quer noutro, por dissuasão, o que foi tirado da sociedade. O dano social se apresenta aqui nas duas vertentes: merece punição e acréscimo dissuasório, ou didático.

3.1 DA RESPONSABILIDADE PELO DANO SOCIAL

Azevedo (2009) afirma que os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que traduzem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.

Nesses casos, o juiz fixa a verba compensatória e aquela de caráter punitivo ao dano social. Esta indenização não se destina à vítima, mas a um fundo de proteção consumerista, ambiental ou trabalhista, por exemplo, ou até mesmo a uma instituição de caridade, a critério do juiz. Constitui, em suma, a aplicação social da responsabilidade civil.

Conforme Andrade (2006) a responsabilidade civil, além da função reparatória, no dano social possui também função preventiva e punitiva. Esse alargamento do papel desempenhado pela responsabilidade civil decorre da necessidade de dar à vítima e à sociedade uma resposta satisfatória, o que não é alcançado somente com a reparação do dano sofrido. A função reparatória se mostra insuficiente, quando, por exemplo, é mais lucrativo para o ofensor reparar o dano do que deixar de praticar o ilícito civil.

Nesse sentido a conduta reparável por danos sociais não atingiria apenas a um indivíduo determinado e isolado, mas sim, a indivíduos indeterminados indetermináveis, pois é a sociedade quem seria prejudicada pela conduta.

Tartuce (2011) enfatiza que a necessidade de proteção aos direitos sociais enseja uma indenização pelos danos causados a estes, que se caracteriza como uma espécie de indenização punitiva vez que sua maior pretensão é a do desestímulo da prática de atos danosos contra a coletividade, não olvidando também das funções punitiva e pedagógica em sua aplicação. Todavia, como todo novo instituto jurídico, ainda existem questões controversas acerca de sua aplicação, no caso dos danos sociais a destinação da indenização, a vedação ao enriquecimento ilícito e a possibilidade processual e material de sua aplicação são algumas das problemáticas. Desse modo a grande dificuldade do dano social, sem dúvida, refere-se à questão da legitimidade, ou seja, para quem deve ser destinado o valor da indenização.

O autor corrobora afirmando ainda:

A ideia, nesse sentido, é perfeita, se os prejuízos atingiram toda a coletividade, em um sentido difuso, os valores de reparação devem também ser revertidos para os prejudicados, mesmo que de forma indireta. A possibilidade de destinar a indenização a uma entidade beneficente se encontra por

analogia ao art. 883, parágrafo único do Código Civil Brasileiro, cuja redação é a seguinte: Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz (TARTUCE, 2011 p. 247).

Incumbe ressaltar que:

o art. 944 do Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também – esse é o ponto – uma indenização pelo dano social. A pena porque no fundo é reposição à sociedade -, visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito (AZEVEDO, 2004 p. 387).

Assim sendo o dano social é um dos aparatos que surgiram em razão do advento dos direitos coletivos e difusos na Constituição Federal brasileira de 1988, com intuito de assegurá-los maior proteção.

A grande dificuldade do dano social, sem dúvida, refere-se à questão da legitimidade, ou seja, para quem deve ser destinado o valor da indenização. A ideia, nesse sentido, é perfeita, se os prejuízos atingiram toda a coletividade, em um sentido difuso, os valores de reparação devem também ser revertidos para os prejudicados, mesmo que de forma indireta (FIÚZA, 2015).

Rodrigues (2003) distingue que responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. O termo responsabilidade Civil, é: Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade,

em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

Juridicamente, o termo responsabilidade normalmente está ligado ao fato de respondermos pelos atos que praticamos. Revela, então, um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato.

Neste contexto, Silva (2088) menciona que dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

O art. 944, caput, do Código Civil de 2002 agirá nos dois momentos. No primeiro, verifica-se que a obrigação decorrente da responsabilidade civil exige basicamente como fato típico três pressupostos: 1 – conduta; 2 – nexo de causalidade; 3 – dano.

Em relação à responsabilidade objetiva, como é a regra na situação estatal, a peculiaridade é que se dispensa o dolo e a culpa para a existência do dever de indenizar. Nesse primeiro panorama, a norma será útil para fixar o teor do termo dano. Não há dúvidas de que o dano patrimonial e o não patrimonial integram o terceiro pressuposto na modalidade dano-prejuízo. Entretanto, a sociedade pós-moderna exigiu uma análise não estritamente individualista do dano-prejuízo e fez surgir o chamado dano social.

O princípio da reparação integral somente será compreendido em sua inteireza com a assimilação do conceito atual de dano moral e de dano social. No segundo momento da responsabilidade civil, fixa-se o conteúdo indenizatório. Para a assimilação e verificação do alcance do dispositivo nesta situação, as funções da indenização são imprescindíveis.

O dano social tem algumas características. Ele se contrapõe ao dano individual e representa as funções de punição e prevenção da indenização. Em

relação aos danos individuais, como se observará, fala-se em função de equivalência para os danos patrimoniais e de compensação para os danos não patrimoniais.

Ao limitar a indenização, o art. 944 não impede a reparação por dano social, pois o quantitativo visa restaurar o nível social ao status quo ante diminuído pelo ilícito. A indenização não seria um plus, seria a “medida da extensão do dano”, a medida do dano social.

Todavia, alguns acréscimos precisam ser feitos. Primeiro, o dano social faz parte de uma nova dicotomia: danos individuais e danos sociais. O segundo relaciona-se aos parâmetros para se fixar a dicotomia. O dano social diferencia-se do individual em relação à pessoa que sofre a lesão, não quanto ao conteúdo ser patrimonial ou não. Assim, um dano social pode ser patrimonial (no caso, por exemplo, de uma lesão na bolsa de valores que gere perda de divisas) como pode ser não patrimonial (no caso de uma consequência não patrimonial como é a extinção de uma espécie).

Considera-se que o dano social pode ser patrimonial ou não patrimonial. Os fundamentos das duas dicotomias (dano patrimonial e não patrimonial de um lado e individual e social de outro) são diversos. Essa divergência fica clara com a impossibilidade de se enquadrar o dano ambiental como dano social para o criador da teoria, enquanto, para nossa modesta contribuição, seria plenamente possível (AZEVEDO, 2004).

Aliás, parece haver um pequeno problema em assim não se considerar, porque o fundamento da posição contrária é justamente a medida da indenização pelo dano, seja ele patrimonial ou não. O mesmo deveria ocorrer com o social. Tanto que se afirma: os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que traduzem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.

Azevedo (2009) menciona que o terceiro aspecto a ser levantado é que o dano social é integrante do dano prejuízo. Assim, não assiste razão aos que o identificam em relação à natureza da norma protetora de interesses ou direito subjetivo lesado. Até o termo dano moral ecológico ou dano moral coletivo não é dos mais convenientes. Como se relaciona a uma consequência danosa e não ao evento lesivo, afeta a coletividade, a sociedade como um todo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo acima abrangeu sobre o dano no direito brasileiro. Os títulos desenvolvidos trouxeram a compreensão a respeito do dano moral, dano social bem como a reparação de ambos e sua evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Civil de 2002 regula o dano moral no artigo 186, assim em seu art. 1º menciona que constitui dano moral a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade. No Art. 2º fica explícito que são bens juridicamente tutelados por esta Lei inerentes à pessoa física: o nome, a honra, a fama, a imagem, a intimidade, a credibilidade, a respeitabilidade, a liberdade de ação, a autoestima e o respeito próprio.

Regulamentando o dispositivo constitucional o Código Civil de 2002, previu em seu Art. 186 o dano moral, dotando-o de clara autonomia em relação ao dano material ao anunciar que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

A possibilidade de destinar a indenização a uma entidade beneficente se encontra por analogia ao art. 883, parágrafo único do Código Civil Brasileiro, cuja redação é a seguinte: Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

REFERENCIAS

BRASIL. Código Civil (2002). Código civil brasileiro e legislação correlata. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na

Responsabilidade Civil. In: Antonio Junqueira de Azevedo, Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil. In: Antonio Junqueira de Azevedo, Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, A. C. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewFile/145/84> . Acesso em fev: 2019.

BITTAR, A. C. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewFile/145/84> . Acesso em fev: 2019.

BITTAR, C. A. Reparação Civil por Danos Morais. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

FIÚZA, César. Direito Civil. Curso Completo. Belo Horizonte: Del Rey.2015.

LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O Dano Social e sua Reparação. vol. 71, nº 11. Revista LTr. 71-11/1317, novembro de 2007

MORATO, Antonio Carlos. A Proteção Jurídica do Bem Ambiental. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, n. 9, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil, v. 1. 34 ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

SANTOS, Washington dos. Dicionário jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico conciso. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2013.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Método, 2011.

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: PRIVILÉGIO OU MITIGAÇÃO PROCESSUAL?

ENI PEREIRA VIEIRA: Graduando do Curso de Direito. 10º Período. Faculdade Católica do Tocantins.

FÁBIO BARBOSA CHAVES^[1]

(Orientador)

RESUMO: O trabalho apresentado busca explicar o procedimento adotado para aqueles que possuem a prerrogativa de foro em razão da função. A CFBR/88 outorga a possibilidade do agente que ocupar os cargos nela previsto, se processado nos crimes comuns e infrações políticas administrativas possa ser processado e julgado por cortes colegiadas que compõem as instâncias superiores do Poder Judiciário. A competência originária dos Tribunais e o respectivo rito processual repercute no que diz respeito às possibilidades recursais. O sentido de privilégio presumido a partir da prerrogativa de foro, fundamentado no senso comum social, contradiz com o que se depreende da atividade comparativa tendo como parâmetro o rito processual comum, das possibilidades recursais, da instrução processual, e do exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. As garantias constitucionais relacionadas ao processo judicial não podem ser consideradas empecilhos à efetividade processual, Os Tribunais Superiores possuem instrumentos voltados à efetividade processual, mas o duplo grau obrigatório acaba por ser mitigado. Questiona-se, desta forma, o que pode ser considerado privilégio, se o sujeito passivo processual deixa de contar à seu favor com todas as garantias constitucionais processuais.

Palavras-chaves: Foro. Prerrogativa. Competência. Procedimento. Órgãos Superiores.

ABSTRACT: *The paper presented seeks to explain the procedure adopted for those who have the prerogative of the forum because of the function. The CFBR / 88 grants the possibility that the agent who occupies the positions therein, if processed in common crimes and administrative political infractions can be prosecuted and judged by collegiate courts that compose the higher courts of the Judiciary. The originating jurisdiction of the Courts and the respective procedural rite have*

repercussions with respect to the appeals possibilities. The sense of privilege presumed from the prerogative of a forum, based on social common sense, contradicts what can be deduced from the comparative activity having as a parameter the common procedural rite, of the appeals, procedural instruction, and the full exercise of the adversary and of the wide defense. The constitutional guarantees related to the judicial process can not be considered as impediments to the procedural effectiveness. The Superior Courts have instruments focused on procedural effectiveness, but the obligatory double degree ends up being mitigated. Therefore, it is questioned what can be considered a privilege if the taxable person fails to count in his favor with all the constitutional procedural guarantees.

Keywords: Forum. Prerogative. Competence. Procedure. Upper Organs.

INTRODUÇÃO

Assunto sempre em pauta nos últimos anos é a prerrogativa de foro funcional. Diante das novas interpretações dada ao tema, surgem neste cenário idéias divergentes, existem aqueles que querem manter a interpretação literal, e aqueles que acreditam ser necessário uma restrição ao texto constitucional. Conforme este último, é necessário a restrição por não se tratar de privilégio e sim de garantia.

Destina este trabalho ao estudo das ações originárias dos Tribunais e se diante do processamento e julgamento por estes órgãos superiores não ocorreria um privilégio ao invés de uma mitigação processual.

O presente artigo encontra-se dividido em tópicos que abordam o tema referente a competência e ao rito a ser seguido quando se tratar de crime comum ou infração política administrativa pelos detentores da prerrogativa.

Será tratado acerca do rito e as possibilidades recursais nos órgãos que têm competência originária, trazendo um aspecto geral sobre tais possibilidades. Será estudado também a competência originária do Supremo Tribunal Federal para os crimes comuns e de responsabilidade da Suprema Corte. Como se processa a ação.

Há comparativo entre o rito a ser seguido nas ações comuns, para o acusado que não possui a prerrogativa e o rito nas ações originárias dos Tribunais. E por fim, será abordada a Ação Penal nº 937/2018, de tramitação originária junto ao Supremo Tribunal Federal, expressando o entendimento da corte suprema.

1 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E SUA POSIÇÃO DOGMÁTICA

A prerrogativa de função é critério de definição de competência prevista, originariamente pelo texto constitucional (CRFB/88), e de forma derivada, no Código de Processo Penal. Do ponto de vista técnico trata-se de hipótese de definição de competência objetiva em razão da qualidade da parte.

Existem pessoas que, por exercerem cargos especiais e de grande relevância para o Estado, não serão processadas e julgadas pelos órgãos comuns a qualquer cidadão e sim por instâncias superiores. (MANZANO, 2013)

Nesse sentido dispõe o autor Renato Brasileiro Lima:

Em face da relevância das funções desempenhadas por certos agentes, a Constituição Federal, as Constituições Estaduais e a legislação infraconstitucional lhes confere o direito de serem julgados por tribunais. Cuida –se da denominada competência *ratione functionae* (2019, p.587).

Em face da relevância das funções desempenhadas por certos agentes, a Constituição Federal, as Constituições Estaduais e a legislação infraconstitucional lhes confere o direito de serem julgados por tribunais. Cuida –se da denominada competência *ratione functionae* (2019, p.587).

A expressão correta para se utilizar seria *ratione functionae* em detrimento de *ratione personae*, pois essa jurisdição especial é assegurada a certas funções públicas, por força do cargo ocupado e não da pessoa que a exerce.

Neste sentido entende se tratar de uma garantia que é assegurada a algumas pessoas em razão do cargo público que ela exerce, com o objetivo de que se possa exercer as funções em plenitude e independência.

Compreende-se então que a competência por prerrogativa de função é estabelecida não em função da pessoa, mas pelo cargo que ela ocupa. Desse

modo extinta a função pública por qualquer motivo, não há falar em prerrogativa de foro para aquele que não mais ocupa o cargo. Nesse sentido dispõe a Súmula 451 do Supremo Tribunal Federal.

A prerrogativa nas palavras de Rogério Sanches Cunha, significa que “Em determinadas situações, cometido um crime, não em virtude da pessoa, mas do cargo por ela ocupado, a competência para julgamento não é o do local onde se deu o fato, mas sim de um tribunal” (2017, pag.246).

Para Tourinho Filho (2009, p. 139), “Consiste no poder que concede a certos órgãos superiores da jurisdição de processarem e julgarem determinadas pessoas”.

Há quem considerada o foro por prerrogativa de função uma garantia da sociedade, outros entendem se tratar de privilégio. O questionamento que comumente se estabelece relaciona a suposta violação aos princípios de Isonomia e do Juiz Natural.

Mais uma vez estabelece Renato Brasileiro Lima:

Como esse foro por prerrogativa de função é estabelecido em decorrência das funções desempenhadas pelo agente, e não em razão da pessoa, predomina na doutrina o entendimento de que não há qualquer ofensa ao princípio da isonomia (2019, p.597)

Como esse foro por prerrogativa de função é estabelecido em decorrência das funções desempenhadas pelo agente, e não em razão da pessoa, predomina na doutrina o entendimento de que não há qualquer ofensa ao princípio da isonomia (2019, p.597)

É necessário salientar que a Constituição veda qualquer privilégio, pois a lei não pode ter preferências de um em detrimento a outro, porém deve se levar em consideração os cargos e funções públicas. “O foro por prerrogativa de função está fundado na utilidade pública, no princípio da ordem e da subordinação e na maior independência dos tribunais superiores” (MIRABETE,2005, p.176.)

O foro por prerrogativa de função é o mesmo que foro especial, que a Constituição Federal admite. A maioria deles está prevista no próprio texto constitucional. Por outro lado, o foro privilegiado é o mesmo que juiz ou tribunal de exceção, que a Constituição Federal veda, (art. 5º, inc. XXXVII) por ofensa ao Juiz natural (MANZANO, 2013, p. 255).

2 ASPECTO PROCESSUAL PENAL, RITO E AS POSSIBILIDADES RECURSAIS

A prerrogativa de função implica em competência originária dos Tribunais. Os Tribunais não julgam somente recursos, mas ações de forma inicial, em razão da matéria ou da prerrogativa de função (MANZANO, 2013, p. 255). Por se tratar de julgamento sobrepondo outras esferas que poderiam ter apreciada a demanda anteriormente, entende-se ser hipótese de mitigação recursal.

Conforme entendimento de Aury Junior (2013) a idéia de que a prerrogativa constitui um grande benefício para o réu nem sempre é verdadeira. O argumento de que ser julgado por um tribunal composto por juízes (em tese) mais experientes (o que não significa maior qualidade técnica para o julgamento) é uma vantagem a qual esbarra na impossibilidade de um verdadeiro duplo grau de jurisdição.

Desse modo se o acusado for julgado pelo Tribunal de Justiça caberá recurso ao STJ e ao STF. Porém se ele for julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal não gozará do duplo grau de jurisdição. Após o julgamento pela corte não há recurso para outro Tribunal.

A CRFB/88 pode prever os casos de foro por prerrogativa de função. A exceção encontra-se no art. 125, caput e § 1º que autorizam que as Constituições Estaduais prevejam hipóteses de foro por prerrogativa de função nos Tribunais de Justiça. Para ser válida essa previsão, deve ser respeitado o princípio da simetria com Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O procedimento a ser adotado quando se constatar hipótese de aplicação de regra de competência voltada ao reconhecimento do foro por prerrogativa de função, dependerá do órgão que é competente. Observando a lei 8.038/90 (arts. 1º a 12), que dispõe sobre normas procedimentais para os processos em curso nesses tribunais, sempre combinados com os regimentos de cada um deles (RISTF e RISTJ). Neste sentido o art. 96, I, da CF estabelece caber

exclusivamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais (BRASIL,1988).

Dependendo da natureza do delito, e da autoridade que está sendo acusada de sua autoria, existirá caminhos diferentes a serem perseguidos, que dependerão do tipo de infração penal.

Assim sendo, quando se tratar de crime comum ou crime de responsabilidade, praticados por presidente da república ou por governadores, poderão ser processados e julgados por órgãos políticos, na segunda hipótese, ou jurídicos, na primeira.

No que tange aos Prefeitos Municipais quando se tratar de crimes comuns, aqueles que estão previstos no art. 1º do Decreto lei nº 201/67 quem será competente para processar e julgar será o Tribunal de Justiça do respectivo Estado, assim dispõe art. 29, X, da Constituição Federal. Nestes casos, independe para o andamento da ação o prévio pronunciamento da Câmara dos Vereadores (BRASIL,1988).

Os crimes comuns são todos os delitos e contravenções que não se confundem com os crimes de responsabilidade (infrações políticas administrativas).

Definição dada pelo autor Pacelli:

Os chamados crimes de responsabilidade não configuram verdadeiramente infrações penais. Constituem, ao contrário, infrações de natureza eminentemente política, com tratamento bastante distinto, daquele reservado as infrações abrangidas pelo Direito Penal. Estão submetidos a processo e julgamento perante jurisdição política. PACELLI (2016, p.189).

Os chamados crimes de responsabilidade não configuram verdadeiramente infrações penais. Constituem, ao contrário, infrações de natureza eminentemente política, com tratamento bastante distinto, daquele reservado as infrações abrangidas pelo Direito Penal. Estão submetidos a processo e julgamento perante jurisdição política. PACELLI (2016, p.189).

Uma questão que sempre surge quando se trata de pessoa com prerrogativa de foro funcional é sobre a competência do júri para os crimes dolosos contra a vida. A CFBR/88 determina no art. 5º XXXVIII, "d" que ao Tribunal do júri compete o julgamento de tais crimes.

Se a competência estiver prevista na própria Constituição Federal, esta deverá prevalecer, sendo competente o tribunal do Júri, em face do princípio da especialidade (LIMA, 2016, p.484.)

Resta entendido que quando a própria Constituição Federal estabelecer o foro por prerrogativa de função esta competência prevalecerá. Neste sentido complementa Aury Lopes Júnior (2016, p.487) "Em que pese a competência do júri ser constitucional, se a prerrogativa de foro também estiver prevista na Constituição, prevalece a prerrogativa de função".

No caso de prerrogativa em Constituição Estadual ou lei ordinária, o cenário muda, deverá ser julgado pela competência constitucional do Júri, não podendo esta ser limitada por norma de grau inferior. Ressalte ainda a exemplo citado por Renato Lima, se um Secretário de Estado, que geralmente possui foro por prerrogativa de função previsto nas Constituições Estaduais, comete um crime doloso contra a vida, este deverá ser julgado pelo tribunal do Júri e não pelo Tribunal de Justiça.

Neste raciocínio, em que pese o art. 125 § 1º da CFBR/88 prever a possibilidade de estas instituírem foro por prerrogativa de função não podem excluir a competência constitucional do júri para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida. Para esse entendimento o STF editou a súmula 721: "A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido pela Constituição Estadual".

Em resumo, quando se tratar de competência especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal prevalece sobre a competência constitucional do Júri. Se no entanto, a prerrogativa de foro estiver prevista na Constituição Estadual, prevalecerá a competência do Júri (LIMA, 2016. p. 485).

3 RITO PROCESSUAL NOS CRIMES DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A mais alta corte no exercício de além de guarda da CRFB/88, possui competência recursal e competência originária. O art. 102, inciso I, determina que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente: [...] nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador Geral da República. (BRASIL,1988).

Da mesma forma, para processar e julgar tanto nos crimes comuns e de responsabilidade: art.102, I, "c" da Carta Magna os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército, e da Aeronáutica, salvo se o crime de responsabilidade for conexo ao do Presidente ou Vice, porque nestes casos a competência será do Senado Federal (art. 52, I, CF), os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os Chefes de missão Diplomática de caráter permanente (BRASIL, 1988).

As infrações penais comuns abrangem os crimes eleitorais, contravenções penais, crimes militares, o crime político e os crimes dolosos contra a vida. Os crimes de responsabilidade são as infrações político-administrativas.

Para que seja admitida a acusação por crime comum, contra o Presidente da República, deverá ser deferida por dois terços (2/3) dos membros da Câmara dos Deputados. Satisfeita esta condição, será julgado definitivamente, e em instância única, pelo STF. Autorizado a análise pelo STF, e se recebida a denúncia ou queixa, ficará suspenso de suas atividades pelo prazo de 180 dias (BRASIL, 1988, art.86).

Para o processamento das ações originárias perante o STF será necessário nos atentar a lei 8.038/90 (art.1º a 12) que institui normas procedimentais para o prosseguimento da ação. Por força do art. 1º da lei 8.658/98.

A lei 8038/90 logo no seu art. 2º diz que o relator será o juiz da instrução. Será escolhido na forma regimental, possuindo atribuição para determinar o arquivamento do inquérito ou peças de informações quando o requerer o Ministério Público, o prosseguimento será o que está previsto na referida Lei, no Código de Processo Penal, no que for aplicável e no regimento interno do Tribunal, no caso o RISTF. Esse mesmo procedimento será observado nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça.

O regimento interno do Supremo Tribunal Federal regula boa parte da organização e de como se dará o funcionamento do órgão. O art.1º “estabelece que a composição e competência dos órgãos do Supremo Tribunal Federal, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhes são atribuídos pela Constituição Federal e a disciplina dos seus serviços” (BRASIL, 1980, p.1)

O art. 5º do regimento vem em seguida dispendo que é da competência do Plenário para processar e julgar originariamente:

Art.5º,I– nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta; (BRASIL, 1980)

Observa-se que, nos termos do art. 9º, I, “j”, a competência do Plenário do STF não se estende ao julgamento dos Deputados e Senadores por crime comum, estes serão processados e julgados pelas turmas, cabe ao Pleno o julgamento somente dos Presidentes das respectivas casas. (BRASIL, 1980)

Sendo recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime comum ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência a casa respectiva, sendo que por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá até a decisão final sustar o andamento da ação que será apreciado pela casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias (BRASIL, 1988).

As turmas também processam e julgam “nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade da conduta” (BRASIL, 1980).

O Supremo Tribunal Federal também poderá ser provocado na sua competência recursal por meio de dois recursos distintos, são eles: recurso ordinário Constitucional e o recurso extraordinário.

4 PROCEDIMENTO COMUM X PROCEDIMENTO ORIGINÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como mencionado, dada a importância do cargo que ocupa, algumas pessoas serão processadas e julgadas por órgãos superiores. Desse modo, quando se tratar-se de Processo Penal condenatório de competência originária dos órgãos superiores do Poder Judiciário, o procedimento será um; quando o indivíduo, sujeito passivo da pretensão punitiva, não fizer jus ao foro por prerrogativa de função, o procedimento não poderá ser o mesmo.

Quando o acusado não fizer jus ao foro pela prerrogativa de função, o procedimento seguirá o que está disposto no código de processo penal, com redação dada pela lei 11.719/08. Nela dispõe que o procedimento será comum ou especial, a forma para se proceder deverá ser procurada em função da sanção penal cominada com a infração penal (TOURINHO FILHO, 2009, p. 265).

O procedimento comum pode apresentar subdivisões, de acordo com maior ou menor concentração dos atos processuais, para que haja maior celeridade do procedimento. Assim sendo, poderá ser ordinário que é o mais amplo, sumário e sumaríssimo para as infrações de menor potencial ofensivo.

Já os procedimentos especiais são aqueles que apresentam alguma especificidade procedimental, como no procedimento dos crimes contra a honra, há uma fase prévia visando a conciliação das partes, por se tratar de bem penalmente tutelado disponível (BADARÓ, 2018).

Nestes casos, a depender da infração cometida, o procedimento poderá ser ordinário, na hipótese de pena máxima privativa de liberdade igual ou superior a quatro anos; sumário, quando a pena máxima privativa de liberdade cominada for inferior a quatro anos e superior a dois anos; sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo previstas na lei 9.099/95.

O procedimento comum ordinário se resume em oferecimento da denúncia ou queixa, recebimento ou rejeição preliminar, citação, resposta à acusação, possibilidade de absolvição sumária, audiência de instrução, debates e julgamento.

O procedimento sumário (art. 531 e 538 CPP) diverge em pouca coisa do ordinário. A primeira fase é idêntica, por expressa previsão do art. 394 §4º do CPP. No procedimento ordinário podem ser ouvidas até 8 testemunhas, enquanto que no sumário apenas cinco. No ordinário, a audiência de instrução e julgamento deverá ser realizada no prazo máximo de 60 dias, e no sumário o prazo cai para 30 dias. No procedimento ordinário pode haver diligências complementares, previsão igual não há no sumário. Como já mencionado o procedimento ordinário é mais amplo (BADARÓ,2018).

Em relação às ações originárias dos tribunais, quando o acusado fizer jus ao foro por prerrogativa de função e for julgado e processado em última instância, como é o caso da competência originária do STF, deve ser observado o procedimento da lei 8.038/90, o RISTF para os crimes comuns e, quando se tratar de crimes de responsabilidade, a lei 1.079/50, que também regula o respectivo processo e julgamento.

Quando se tratar de crime comum cometido pelo Presidente da república, o procedimento estará disposto na lei 8.038/90 e no RISTF arts. 230 a 246. O Supremo recebe a denúncia do Procurador da República e a encaminha para a votação. Para abertura do processo é necessário o apoio 2/3 dos deputados. Ainda sim haverá um juízo de admissibilidade do STF, se a maioria recusar, arquivam-se a denúncia.

No caso dos Ministros do STF também quem oferece a denúncia é o Procurador da República que terá 15 para oferecer ou pedir o arquivamento (RISTF art.231). Os requisitos da denúncia deverão obedecer o que contam no art. 41 do código de Processo Penal.

O relator tem competência para arquivar a denúncia quando requerer o Procurador da Geral da República, ou quando verificar causa excludente de ilicitude, que o fato narrado não constitui crime, extinção da punibilidade ou quando não houver ausência mínima de indícios de autoria (RISTF art. 231 §3º. O prazo para oferecer resposta escrita será de 15 dias.

Porém, o Supremo Tribunal Federal processa e julga também nos crimes de responsabilidade aqueles que estão indicados no art. 102, I, "c" da Constituição Federal e neste caso deverá ser observado a lei 1079/50 que define os crimes de responsabilidade e o respectivo processamento e julgamento.

A lei 1079/50 além de definir quais são os crimes de responsabilidades, determina também quais são os cargos que são submetidos a ela. Dispõe também sobre a denúncia acusação e julgamento. O art. 39 trata dos crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e que nestes casos deverá ser observados o rito instituído pela lei 8038/90.

5 AÇÃO PENAL 937 - NOVA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A CRFB/88, art.53 § 1º, dispõe que Deputados e Senadores serão, desde a diplomação, submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Assim era o entendimento tradicional do STF. Se um parlamentar praticasse crime (aqui entendido por crimes comuns) antes da diplomação, com ela o processo seguiria para o STF.

Se praticasse qualquer crime após a diplomação o crime também seria julgado pelo STF, inclusive crime dolosos contra a vida, porque a prerrogativa de foro prevista na Constituição Federal afasta a competência do Tribunal do Júri.

Vale ressaltar que a diplomação é o ato que configura que a eleição se operou de forma válida. Ela ocorre em Dezembro e a posse ao cargo em Janeiro.

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal era competente para julgar Deputados e Senadores por crimes praticados antes da diplomação ou após, mesmo que não houvesse relação entre o crime e o exercício das funções .

O que aconteceu em maio de 2018 foi uma mudança radical de entendimento. Hoje o STF reinterpretando o art. 53 § 1º da CF decidiu que será competente para processar e julgar Deputados e Senadores por crimes ocorridos após a diplomação e que tenham relação com o exercício das funções governamentais.

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal hoje é competente para processar e julgar parlamentares Federais por crimes ocorrido após a diplomação e com relação ao exercício das atividades políticas. Se crimes cometidos antes da diplomação ou se após que não tenham relação com a função serão julgadas pela justiça de primeiro grau.

Pode-se concluir que na Ação Penal 937 de maio 2018 houve uma mutação constitucional. Houve uma restrição ao foro por prerrogativa de função dos parlamentares Federais.

A jurisprudência firmada a partir do processamento e do julgamento dos pedidos formulados na Ação Penal nº 937/2018 prevê o momento da fixação definitiva da competência do STF. Se o réu deixou de ocupar o cargo antes de a instrução terminar cessa a competência do STF, e o processo será remetido para a 1º instância para a instrução e posterior julgamento. Se o réu deixou de ocupar o cargo depois de a instrução se encerrar, o STF permanece sendo competente para julgar a ação penal.

CONCLUSÃO

Na originalidade, o fundamento do foro por prerrogativa de função é necessário para assegurar a independência dos órgãos em detrimento dos relevantes cargos exercido. Ao ser criado pelo legislador constituinte, a idéia é que se evitaria ou reduziria influências políticas para o processamento e julgamento das autoridades em desempenho de suas funções. Neste sentido foi criado para garantir o livre exercício de algumas funções públicas. Compreendido dessa forma por inúmeros doutrinadores, alguns deles mencionados nesta obra, não se trata de privilégio e sim de garantia inerente a função.

A prerrogativa de foro funcional é assunto recorrente nas Constituição do mundo inteiro. Aqui no Brasil, a CFRB/88 ampliou o número de pessoas que estariam em gozo desta prerrogativa. A crítica acerca da previsibilidade e da efetividade desta competência reservada não se incide no tratamento privilegiado, ou a obtenção de vantagens não isonômicas, mas sobre a amplitude exacerbada do instituto, com critérios brandos, e com a previsibilidade inconstitucional.

Com a ampliação das possibilidades para atuar em exercício da sua competência originária, a vocação precípua do órgão superior do Poder Judiciário, voltada à revisão meritória ou jurídica, a colegialidade e a garantia do duplo grau de jurisdição, expressa na competência recursal, acaba por diminuída ou, na melhor das hipóteses, prejudicada em face do tempo que se gasta para compatibilização das duas competências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição 1988. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília, DF

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

CUNHA, Rogério Sanches. **Código de Processo Penal e lei de execução penal**. Salvador: JusPodivm, 2017

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**, 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MANZANO, Luis Fernando Moraes. **Curso de processo penal 3**. ed. São Paulo : atlas, 2013

MIRABETTE, Julio Fabrinni. **Processo Penal 18 ed**.Sao Paulo: Atlas, 2007

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Pratica de processo penal 30**. ed. rev. ed atual. São Paulo: saraiva, 2009

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal 31. ed. rev. atual**. São Paulo: saraiva, 2009

REGIMENTO INTERNO STF, 2018, Disponível em : http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf> acesso em: 29 março 2019

REGIMENTO INTERNO STJ,2018,Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>> acesso em: 02 abr 2019

Decreto Lei, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm > acesso em: 04 abr 2019

^[1] Doutor em Direito pela PUCMINAS. Mestre em Direito e Relações internacionais pela PUCGOIÁS. Especialista em Direito Processual pela UNAMA. Professor de Graduação e Pós-graduação da Faculdade Católica do Tocantins.

O BULLYING E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS PARTICULARES

ROBERTA CAROLINE CARNEIRO FARIA:

Acadêmica do Curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS [III](#)

(Orientador)

RESUMO: Este artigo aborda o tema “O *bullying* e a responsabilidade civil das escolas particulares”, já que o número de vítimas cresce exponencialmente, não só no Brasil, como no mundo. O aumento do índice da prática do *bullying*, sobretudo nas instituições escolares, é fator preocupante que deve ser tema de debate no campo jurídico, já que caracteriza infrações da legislação. Entende-se que *bullying* é todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas, portanto analisa-se de que forma as escolas particulares são responsabilizadas pelos casos de *bullying* que nelas ocorrem? Assim, defende-se como objetivo geral compreender a importância da responsabilização civil nos casos de *bullying* em escolas particulares. Os objetivos específicos se propuseram a discorrer sobre o *bullying*, bem como, enfatizar as principais leis que tratam do *bullying* e analisar a responsabilidade civil nos casos de *bullying* em escolas particulares de Palmas/TO, destacando jurisprudências nesses casos, diagnosticando bases legais no combate dessa prática e verificando ações desenvolvidas em escolas particulares de Palmas/TO, no combate ao *bullying*. A pesquisa é realizada através da utilização do método dedutivo, uma vez que, parte de uma situação geral já existente para uma específica, a ser desenvolvida por meio de abordagem qualitativa. A técnica empreendida, a pesquisa bibliográfica em diversas fontes de consulta. As fontes de consulta impressas e virtuais foram artigos relativos às áreas jurídicas e educacionais, para retratar a realidade do *bullying* em escolas particulares da Capital do Tocantins, e na parte legal, as leis, jurisprudências que tratam o tema e ainda de pesquisas nos sites de escolas particulares de Palmas/TO. A Lei de combate ao *bullying*, publicada em 2018, fortalece o que defende os Códigos Civil/Consumidor, a Constituição Federal, para uma

responsabilidade direta e muito maior, ao determinar, na própria LDB, que as escolas previnam e resolvam o problema.

Palavras-chave: *Bullying*; Escolas Particulares; Legislação; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This article deals with the theme "Bullying and the private responsibility of private schools", as the number of victims is growing scarily, not only in Brazil, but also in the world. The increase in the index of bullying, especially in school institutions, is a worrying factor that should be a topic of debate in the legal field, since it characterizes infractions of the legislation. It is understood that bullying is any act of physical or psychological, intentional and repetitive violence that occurs without obvious motivation, practiced by an individual or group, against one or more people, with the purpose of intimidating or assaulting it, causing pain and anguish to the victim, in a relationship of imbalance of power between the parties involved, so it is analyzed how private schools are held accountable for the cases of bullying that occur in them? Thus, it is defended as a general objective to understand the importance of civil accountability in cases of bullying in private schools. The specific objectives were to discuss bullying, as well as to emphasize the main laws that deal with bullying and to analyze civil responsibility in cases of bullying in private schools in Palmas / TO, highlighting jurisprudence in these cases, diagnosing legal bases in the fight against bullying. practice and verifying actions developed in private schools in Palmas / TO, in the fight against bullying. The research is carried out through the use of the deductive method, since, part of a general situation already existing for a specific, to be developed through a qualitative approach. The technique undertaken, the bibliographic research in several sources of consultation. Printed and virtual sources of information were articles related to the legal and educational areas, to portray the reality of bullying in private schools in the capital of Tocantins, and in the legal part, the laws, jurisprudence that deals with the subject and also research on the websites of private schools in Palmas / TO. It is concluded that the 2018 law on bullying strengthens what the Civil / Consumer Codes, the Federal Constitution, for direct and much greater responsibility, when determining in LDB itself, that schools prevent and solve the problem.

Keywords: Bullying; Private schools; Legislation; Civil responsibility.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 O BULLYING NO SÉCULO XXI. 2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO DE TERCEIRO. 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS

PARTICULARES. 3.1 AS CONSEQUÊNCIAS QUE A RESPONSABILIDADE CIVIL TRARÁ ÀS ESCOLAS PARTICULARES PELO BULLYING PRATICADO POR SEUS ALUNOS. 3.2 JURISPRUDÊNCIAS NOS CASOS DE BULLYING EM ESCOLAS PARTICULARES. 3.3 AÇÕES DESENVOLVIDAS POR ESCOLAS PARTICULARES DE PALMAS/TO NO COMBATE AO BULLYING. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

No Brasil, o *bullying* é entendido como o ato de bulir, tocar, bater, socar, zombar, tripudiar, ridicularizar e colocar apelidos humilhantes, como defende Caldas (2013). Referidas ações contribuem, para que as vítimas de *bullying* sofram com as humilhações, favorecendo que as mesmas não sintam vontade de frequentar a escola.

Como afirma Alves (2017), *bullying* é a prática de atos violentos, intencionais e repetidos, contra uma pessoa indefesa, que podem causar danos físicos e psicológicos às vítimas. A autora Maria Maiza Barros (2017) discorre em seu artigo "Prevenção e Combate ao *Bullying*", que referido termo surgiu a partir do inglês *bully*, palavra que significa tirano, brigão ou valentão.

Infelizmente, o número de crianças, jovens e adultos vítimas do *bullying* cresce a cada dia, de forma alarmante. Para Nazário (2012), qualquer pessoa pode sofrer *bullying*, seja na escola, no prédio, no clube, ou seja, em qualquer lugar ou classe social. Portanto, é um problema social mundial.

Verifica-se que o *bullying* sempre existiu, mas antes não dispúnhamos de tecnologia avançada. Assim, referida prática era considerada normal, entendida como brincadeiras ou mesmo encarada como apelidos. Já na era digital, o *bullying* torna-se *cyberbullying*, tomando dimensões gigantescas, ultrapassando o espaço onde acontece as agressões verbais, físicas e psicológicas, fazendo com as vítimas sejam conhecidas no mundo. Percebe-se que, o *bullying* é ação frequente, principalmente entre crianças e adolescentes, no ambiente escolar, tanto nas escolas particulares como nas públicas.

De acordo com a série exibida na Netflix, "13 Reasons Why" (2018), baseada em um livro homônimo de Jay Asher (publicado no Brasil como "Os 13 Porquês"), aborda uma apresentação de questões sérias enfrentadas no âmbito escolar, como o *bullying*, machismo, LGBTfobia, abuso sexual e, de uma forma geral, a difícil missão

de adolecer. Essa série reacendeu a discussão no Brasil de que a prática do *bullying* precisa ser prevenida, para que as instituições de ensino não se tornem um "campo de batalha", ao invés de um espaço de educação e paz.

Para Nazário (2012), o praticante do *bullying* possui necessidade de dominar, de subjugar e de impor sua autoridade sobre outrem, mediante coação. Apresenta a necessidade de aceitação e de pertencimento a um grupo, ou seja, de autoafirmação, de chamar a atenção para si. Possui ainda, a incapacidade de expressar seus sentimentos mais íntimos, de se colocar no lugar do outro e de perceber suas dores e sentimentos.

Como medida legal de combate à violência no ambiente escolar, no ano de 2015 foi aprovado o projeto que originou a Lei 13.185/15, mais conhecida como "Lei do *Bullying*". A norma criou o Programa de Combate à Intimidação Sistemática, que obriga a produção e publicação de relatórios bimestrais das ocorrências de *bullying* nos estados e municípios para planejamento de ações.

A Lei nº 13.185/15 determina que é considerada intimidação sistemática (*bullying*) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas, este artigo pretende analisar de que forma as escolas particulares são responsabilizadas pelos casos de *bullying* que nelas ocorrem.

O desenvolvimento do estudo é relevante, tanto para a comunidade acadêmica como para todos os interessados no tema. Mesmo diante dos inúmeros estudos publicados sobre o *bullying*, é bom frisar a relevância de se desenvolver novas pesquisas, com o intuito de contribuir com a aquisição e publicação de informações relativas ao tema.

Nesse contexto, acredita-se que essa problemática não pode ser restringida ao ambiente escolar. Precisa ser abordada em outros espaços, principalmente no campo jurídico. Assim, entende-se que o tema abordado neste artigo é uma realidade vivenciada, que está desencadeando consequências graves a milhares de crianças, adolescentes, jovens e adultos, como a depressão, ansiedade e até mesmo o suicídio.

Sendo assim, a problemática da pesquisa foi verificar de que forma as escolas particulares são responsabilizadas pelos casos de *bullying* que nelas ocorrem?, já que a finalidade da escola não está restrita apenas à instrução formal, mas, principalmente, ao cuidado e vigilância que se deve tomar em favor dos alunos, que em sua maioria são menores e estão ainda em processo de formação psicológica, social, profissional, atitudinal, intelectual e procedimental, ou seja, estão sendo preparados para a vida.

Sabe-se que a prática do *bullying* não se restringe ao ambiente escolar das instituições particulares, mas que também ocorre em escolas públicas. No entanto, para melhor delimitar o tema, a nossa pesquisa se restringe a responsabilidade civil das escolas particulares nos casos de *bullying*, em Palmas/TO.

O objetivo geral se pautou em compreender a importância da responsabilização civil nos casos de *bullying* em escolas particulares. Os objetivos específicos se propuseram a discorrer sobre o *bullying*, bem como, enfatizar as principais leis que tratam do *bullying* e analisar a responsabilidade civil nos casos de *bullying* em escolas particulares de Palmas/TO.

O método utilizado nesta pesquisa foi o dedutivo, uma vez que, parte de uma situação geral já existente para uma específica, a ser desenvolvida por meio de abordagem qualitativa. A técnica empreendida, a pesquisa bibliográfica em diversas fontes de consulta. As fontes de consulta impressas e virtuais foram artigos relativos à área educacional, para retratar a realidade do *bullying* em escolas particulares da Capital do Tocantins, e na parte legal, as leis e jurisprudências que tratam o tema.

Este trabalho é sistematizado em capítulos para a melhor compreensão dos leitores, sendo que o primeiro item trata de aspectos relativos ao *bullying*, focando aspectos conceituais e principais características. O segundo discorre sobre qual é a responsabilidade civil das escolas particulares de Palmas/TO aos menores que estão sob a sua tutela, verificando jurisprudências e como a legislação trata o assunto e no terceiro, aborda-se o combate ao *Bullying*, destacando as ações desenvolvidas por escolas particulares de Palmas/TO e enfatizando os caminhos percorridos por instituições de ensino para diminuir o índice dessa prática em suas dependências e fora do espaço escolar.

Por fim, apresenta-se as considerações finais sobre o tema, defendendo a importância de combater a prática de *bullying*, tanto no ambiente escolar como em outros espaços.

1 O BULLYING NO SÉCULO XXI

Para Nunes (2016), o *bullying* começou a ser pesquisado há mais ou menos dez a vinte anos atrás na Europa, com vistas a se descobrir a motivação de muitas tentativas de suicídio entre os adolescentes. Verificou-se que a maioria das vítimas, sem receber a atenção da escola ou dos pais, que geralmente achavam as ofensas “bobas”, recorria a uma medida desesperada. Na atualidade, é um tema que vem despertando cada vez mais o interesse de profissionais, em diversas áreas.

A autora Ramos (2015) salienta que o estudo do fenômeno do *bullying* teve início, precisamente, com os trabalhos do Professor Dan Olweus, na Universidade de Bergen, Noruega. No início dos anos 70, referido pesquisador realizou as primeiras investigações, tendo como campo de estudo escolas, observando a problemática com base no comportamento dos agressores e suas vítimas. Segundo o pesquisador, para que o *bullying* ocorra, há a necessidade da repetição do ato de violência, caracterizando-se como uma ação repetitiva os ataques desferidos contra a mesma vítima, pelo menos duas ou mais vezes ao longo de um mesmo ano letivo.

Os estudos sobre *bullying* se iniciaram na década de 70 na Suécia e na Dinamarca, no entanto esse fenômeno sempre existiu no ambiente escolar, mas não era caracterizado como tal, por se acreditar que não se passava de brincadeiras inofensivas e normais entre os estudantes. Foi na década de 80 que os estudos sobre o tema tomaram proporções maiores devido aos estudos feitos na Noruega por Dan Olweus (CHALITA, 2007, p. 16).

Nesse contexto, como é que podemos caracterizar o agressor (praticante do *bullying*) e a vítima dessa ação? Verifica-se que, em seu livro “*Proteja seu Filho do Bullying*”, Impeça que Ele Maltrate os Colegas ou seja Maltratado por Eles”, o autor Allan L. Beane, Ph. D., destaca algumas causas que determinam que uma pessoa se transforme em um agressor, são elas:

Gosta de se sentir poderoso e no controle da situação;
Procura dominar ou manipular as pessoas (ou os dois);

Vangloria-se de sua superioridade real ou imaginada sobre os colegas; É popular com outros alunos que invejam seu poder; É impulsivo, se zanga com facilidade e tem pouca tolerância à frustração; Adora vencer, odeia perder e é exibido; Parece obter satisfação ou prazer com o medo, o desconforto ou a dor dos outros; Parece exageradamente preocupado com o “desrespeito” dos outros por ele, comparando respeito a medo; Parece ter pouca ou nenhuma empatia ou compaixão pelos outros. No entanto, o agressor pode também possuir transtornos e distúrbios que favorecem a agressividade, portanto o *bullying* é causado pela falta de amor ao próximo (BEANE, 2010, p. 06).

Concorda-se com a afirmação do autor acima, já que o *bullying* é uma prática agressiva que remete à falta de respeito ao próximo, ou seja, resume que a vítima não tem valor ao agressor e, portanto é a expressão da prática da falta de amor ao outro. Para o advogado Perisse (2016, p.01), “se hoje o tema é parte da agenda pública é porque, na década de 1970, o [pesquisador sueco Dan Olweus](#) passou a estudar o assunto, que ganhou notoriedade nos anos 1980, chegando ao Brasil no final dos anos 1990”. Todavia, antes desse período, o *bullying* acontecia no Brasil disfarçado de “brincadeira”, como nos mostra o pesquisador a seguir.

No entanto, agressões deste tipo já eram identificadas nas escolas nos séculos XVIII e XIX, quando o comportamento era visto como “natural”, inerente ao ser humano, tanto é que há descrições de professores participando de dinâmicas hoje entendidas como *bullying*. Essas descrições mais antigas relatam apenas agressões físicas realizadas por meninos contra seus colegas, geralmente mais novos. Os relatos atuais descrevem também agressões mais elaboradas, envolvendo violência psicológica, por exemplo, por meio do isolamento de uma pessoa do grupo (PERISSE, 2016, p. 02).

Com foco na história do *bullying* no Brasil, verifica-se que Gomes (2010) destaca que só há registro de estudos recentes sobre o tema na escola, sendo reflexos dos trabalhos europeus, podendo focar as pesquisas realizadas pelos seguintes professores:

a) O trabalho realizado pela Prof.^a Marta Canfield e colaboradores (1997), em que as autoras procuraram observar os comportamentos agressivos apresentados pelas crianças em quatro escolas de ensino público em Santa Maria (RS), usando uma forma adaptada pela própria equipe do questionário de Dan Olweus (1989);

b) As pesquisas realizadas pelos Profs. Israel Figueira e Carlos Neto, em 2000/2001, para diagnosticar o *BULLYING* em duas Escolas Municipais do Rio de Janeiro, usando uma forma adaptada do modelo de questionário do TMR;

c) As pesquisas realizadas pela Prof.^a Cleodelice Aparecida Zonato Fante, em 2002, em escolas municipais do interior paulista, visando ao combate e à redução de comportamentos agressivos. Em 2002 e 2003, a ABRAPIA (Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência) realizou uma pesquisa em 11 escolas municipais do Rio de Janeiro e um dos dados levantados que surpreendeu a todos foi que as ocorrências de *bullying* aconteceram, na sua maioria, em sala de aula, ou seja, 60,2% (GOMES, 2010, p. 03).

Considera-se que não há como abordar o tema *bullying*, sem destacar a educação. Primeiro, porque os agressores não nascem agressivos, ao menos que tenham alguma doença. Segundo, porque tudo que somos é o resultado de um processo educativo, que não se inicia na escola e sim no seio familiar.

Assim, entende-se que a responsabilidade civil é de todos. Todavia, este trabalho de pesquisa é dedicado a analisar somente o que trata a legislação sobre a responsabilidade das escolas, sobretudo das particulares, tendo em vista que é prestadora de serviço educacional privado, se comprometendo a formar cidadãos e não agressores e vítimas de *bullying*.

Continuando a caracterização dos envolvidos no *bullying*, enfatiza-se que o autor Beane (2010) divide a vítima em três grupos, sendo a passiva, a provocadora e a *bullie*-vítima. Vejamos a definição dada pelo pesquisador:

As vítimas passivas são a maioria. Elas não provocam os agressores. São alunos mais fracos e que não sabem se defender. Muitas vezes, são superprotegidos pelos pais. Não

têm muitos amigos. Já as vítimas provocadoras podem ser agressivas, especialmente com aqueles que são mais fracos do que elas. Como têm dificuldade para lidar com a raiva, não têm muitos amigos. Elas sempre reagem de maneira negativa ao conflito ou à perda. Os bullies-vítimas são minoria. São vítimas de agressões em casa ou na escola. São mais fracas do que os "valentões", mas são mais fortes do que aqueles que as subjagam (BEANE, 2010, p. 08).

Percebe-se que a maioria das vítimas de *bullying* é considerada pessoas tranquilas, amáveis, frágeis e que os pais superprotegem, dificultando o relacionamento com os outros. As características de todos os grupos de vítimas apontam para falhas no processo educativo familiar, seja pela agressão ou superproteção.

Os resultados de quem sofre o *bullying* são marcantes, podendo acarretar problemas sérios na vida da vítima, que em muitos casos não são superados. Em seu artigo "Responsabilidade Civil por *Bullying*", a autora Fernanda B. R. Ramos (2015), apresenta as considerações da psicóloga Ana Beatriz Barbosa Silva, que aponta como principais consequências na vida das vítimas de *bullying*, nove transtornos:

Sintomas psicossomáticos: são sintomas físicos que são causados por práticas de *bullying*. Podem ser destacados: cefaleia, cansaço crônico, insônia, dificuldades de concentração, náuseas, diarreia, boca seca, palpitações, alergias, crises de asma, sudorese, tremores, sensação de "nó" na garganta, tonturas ou desmaios, calafrios, tensão muscular, formigamentos; **Transtorno do pânico:** caracteriza-se pelo medo intenso e infundado que parece surgir do nada, sem qualquer aviso prévio. Uma crise de pânico pode durar de 20 a 40 minutos; **Fobia escolar:** muitas das vítimas começam a ter medo de frequentar a escola, ocasionando diversas faltas, problemas de aprendizagem e evasão escolar; **Fobia social:** essa vítima sofre de ansiedade excessiva e persistente, com o temor de se sentir o centro das atenções ou estar sendo julgado e avaliado negativamente. Esse tipo de sintoma pode acarretar problemas em suas vidas acadêmica, social, profissional e afetiva; **Transtorno de ansiedade**

generalizada: é uma sensação de medo e insegurança persistente. A pessoa se preocupa com todas as situações ao seu redor, desde as mais delicadas e importantes até as mais corriqueiras; **Depressão:** é uma doença que afeta o humor, os pensamentos, a saúde e o comportamento; **Anorexia e bulimia:** a anorexia é o pavor que a vítima tem de engordar, com grave distorção de sua imagem corporal. Já a bulimia é a ingestão compulsiva e exagerada de alimentos seguida por um sentimento de culpa em função dos "excessos"; **Transtorno obsessivo-compulsivo:** caracteriza-se por pensamentos de natureza ruim, intrusivos e recorrentes (obsessões), causando muita ansiedade e sofrimento; **Transtorno do estresse pós-traumático:** ocorre em pessoas que passaram por experiências traumáticas como vivenciar a morte de perto, acidentes, sequestros, catástrofes naturais, que lhes trouxeram medo intenso (SILVA APUD RAMOS, 2014, p. 27).

Entende-se que é de suma importância a criação das leis contra o *bullying*, uma vez que essa prática não pode ser entendida como mera "brincadeira", considerando as sérias consequências na vida da vítima. É nesse contexto, que a legislação no combate ao *bullying* precisa ser campo de estudo do profissional do Direito, para melhor responsabilizar os agressores ou aqueles que se fizeram omissos frente às agressões sofridas pela vítima, que busca, na justiça, a defesa dos seus direitos.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO DE TERCEIRO

Acredita-se que o ser humano é um ser social em constante interação, seja com outro indivíduo ou com o próprio meio natural e nessas diversas interações, a sociedade estabelece regras e leis, que regulamentam o bem-estar no convívio social. Dessa forma um não pode prejudicar o todo e, caso ocorra infração, o autor é penalizado, conforme a legislação estabelecida.

Nessa perspectiva, "as pessoas necessitam da vida em coletividade. Todavia, onde existem coletividade, sociedade e pessoas, é indispensável que coexistam as normas (regras e princípios) que regem os seres sociais" (BRITO, 2014, p. 02), sejam elas definidas com base em costumes e tradições ou na legislação.

Analisando o artigo de Silva (2019), verifica-se que a autora realiza uma breve pesquisa sobre a trajetória de responsabilidade civil, destacando que a ação de reparar o dano injustamente causado a outrem é uma prática que sempre prevaleceu entre a espécie humana. Todavia, com o passar dos tempos, houve uma evolução na forma de reparar o dano causado, já que antes a lei era aplicada com base na violência.

O conceito de responsabilidade, de reparar o dano injustamente causado, é da natureza humana, assim sendo, sempre existiu, porém a forma de reparar o dano sofrido na sociedade primitiva era através da violência coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor. Posteriormente, passou-se para a vingança individual, privada, a Lei de Talião demonstrava a reparação, no até hoje conhecido "olho por olho, dente por dente" ou "quem com ferro fere, com ferro será ferido". O poder público pouco intervia nessas situações (RAHD, citado por SILVA, 2019, p. 02).

Desse modo, a vítima de dano podia exigir a responsabilização do autor do fato, tendo o direito de inverter os papéis, causando prejuízo igual ou semelhante àquele que antes havia o prejudicado. Por exemplo, se eu fosse ferido tinha o direito de ferir. "A responsabilidade civil nasce justamente da necessidade de evolução das relações conflituosas, antes resolvidas na base da vingança privada (autotutela), evoluindo para a posição pecuniária (*status pecuniarius*)" (BRITO, 2014, p.03).

Entende-se que ao passo que a sociedade evoluía, a forma de responsabilizar o causador de dano a outrem também acompanhou essa evolução. Portanto, o autor do dano passa a repará-lo mediante o pagamento pecuniário ou na prisão, sem ser necessário sofrer a mesma violência causada ao outro. A história da responsabilidade civil é dividida em fases, nos permitindo compreender que a mesma em sua trajetória foi se adequando à sociedade vigente em cada época.

É certo que a história da Responsabilidade Civil se encontra dividida em fases que nos permitem dizer que suas mutações ocorreram como forma de adequação às sociedades e que estas são provenientes de novas necessidades que surgem de tempos em tempo. O primeiro grande momento na história da Responsabilidade Civil ocorreu com a regulamentação da compensação, o que

poderíamos chamar de estatização do instituto da Responsabilidade. O segundo grande momento desse instituto deu-se com a edição da Lex aquila de dammo (286 a.C.). Por esta lei, quem matasse ou causasse danos sem justificação a um escravo ou a outra “coisa” alheia, era obrigado a indenizar os prejuízos causados. Por esta lei, também, devido a sua importância para a sociedade, foi instituída uma nova ordem de Responsabilidade Civil, a denominada Responsabilidade Civil Delitual ou Extracontratual, daí falar-se até os dias atuais em Ação Aquiliana. Outro marco, igualmente grandioso, para o instituto da Responsabilidade Civil ocorreu com a introdução do Código Napoleônico, em 21 de março de 1804, o denominado Código Civil dos Franceses. Homologado por Napoleão I, este instrumento de cidadania passou a servir de inspiração para grande parte das sociedades modernas, principalmente pelo seu caráter essencialmente civilista. Pelo Código de Napoleão, a culpa passou a ser tratada como elemento da responsabilidade civil, no entanto, em que pese muitas legislações terem adotados seus princípios, a dita Teoria da Culpa não conseguiu suprir a grande demanda da sociedade que surgia dos inúmeros casos concretos que se apresentavam à medida que evoluía a aplicação do direito reparador. Como solução para os problemas naturalmente advindos por meio da grande demanda, o conceito de culpa tomou outra proporção e passou a abarcar situações outras que impunham ao agressor a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. Saía, assim, a Responsabilidade Civil, do campo da subjetividade e passava à objetividade, ou seja, se antes havia a necessidade de se provar a culpa, agora, em alguns casos, já não se fazia necessário, principalmente devido ao grau de risco de algumas atividades (RUDÁ, 2018, p. 04).

É evidente a importância da evolução da concepção de responsabilidade civil, tendo em vista que muitos autores do dano tinham a culpa, mas não a intenção de causar dano. E a reparação baseada na violência, na verdade, poderia causar a

sensação de justiça, mas se resumia a livre prática da barbárie. O importante é que a responsabilidade civil busca garantir que o dano seja reparado, observando as peculiaridades de cada caso. Entende-se que,

Trata-se de responsabilidade civil o fato de imposição ao causador do ato, ou responsável, a obrigação de reparar o prejuízo à vítima. Na responsabilidade civil, estabelece-se a repreensão extra-penal a todo aquele que, ao praticar um ato ilícito, causa danos a outrem. Dessa forma, entende-se que existe responsabilidade civil quando uma pessoa precisa reparar um dano sofrido por outra, em função da conduta do primeiro. Ainda sobre a responsabilidade civil, é possível mostrar que seu motivo gerador e principal é o interesse em restaurar o equilíbrio moral ou econômico decorrente do dano aturado pela vítima, ou seja, a responsabilidade civil busca colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso (BRITO, 2014, p. 03).

Verifica-se que a responsabilidade civil é uma forma de justiça, que visa que a vítima seja ressarcida de forma coerente, em decorrência dos danos sofridos. O autor Brito (2014) acrescenta que a responsabilidade civil permite que sejam reparados os danos de quem foi lesado, e quem o praticou, em virtude de culpa (dolo ou culpa, *stricto sensu*), tem por intento resguardar o direito de quem se sente lesado, não permanecendo impune o causador do dano.

De acordo com Brito (2014) a responsabilidade civil pode ser classificada em várias espécies, considerando as diferentes perspectivas. No entanto, destaca-se como centrais a subjetiva e a objetiva, como apresentamos abaixo.

Subjetiva - A responsabilidade civil subjetiva é diferente da objetiva quanto à forma sendo que não é correto afirmar que são de espécies diferentes, já que, em ambas, se enquadram os deveres de indenizar e reparar o dano causado, distinguindo-se no que diz respeito à existência ou não de culpa por parte do agente que causou o dano experimentado pela vítima. Em outros termos, é razoável que se discuta sobre as duas formas de responsabilidade, mencionando a subjetiva, como aquela pela qual o dano contra a vítima foi

causado por culpa do agente, enquanto que a objetiva, por sua vez, configura-se como sendo aquela que tem, por fundamento, a teoria do risco, onde não existe a obrigação de provar culpa para que prevaleça o dever de indenizar. Conforme Oliveira (2009), a culpa, para os defensores da teoria da responsabilidade civil subjetiva, é o elemento básico que gera o dever do ofensor de reparar o dano. Portanto, para que determinada pessoa seja obrigada a compensar o prejuízo ocasionado a outrem, por sua atitude, é necessário que esta se apresente em estado de plena consciência, ou seja, que tenha sido intencional, caracterizando, com isso, o dolo; ou mesmo, que esta pessoa tenha descumprido seu dever de *pater familiae*, agindo, então, com negligência, imprudência e imperícia (culpa). Todavia, se o dano não tiver emanado de uma atitude dolosa (culpa *lato senso*) ou culposa (culpa em sentido estrito) do agente, compete à vítima suportar os prejuízos, como se tivessem sido causados em virtude de caso fortuito ou força maior.

Objetiva - Diferentemente da responsabilidade subjetiva, em que o ilícito é seu fato gerador, sendo ressarcido o prejuízo ao lesado diante de prova que comprove o dolo ou culpa na ação, na responsabilidade objetiva, surgem outros contornos. Nesse tipo de responsabilidade, o dano é gerado por uma atividade lícita, mas que, embora juridicamente legal, acarreta um perigo a outrem, originando, assim, o dever de ressarcimento, pelo simples implemento donexo causal. Por isso, a teoria do risco surgiu para preencher as brechas que a culpabilidade deixava, admitindo reparar o dano sofrido, independentemente da culpa. A teoria da culpa prevalece como direito comum ou regra geral básica da responsabilidade civil; e a teoria do risco ocupa os espaços excedentes, nos casos e situações que lhe são reservados (BRITO, 2014, p. 05).

Para Rudá (2018), a conceituação de responsabilidade civil não traz e não permite divisibilidade de qualquer ordem. Mas, ao longo do tempo, com a evolução da concepção do termo, foram surgindo segmentos ou espécies oriundos da aplicabilidade da responsabilidade civil que hoje nos permite denominá-los como sendo de natureza contratual, extra-Contratual ou Aquiliana, além de subjetiva e objetiva, que já foram explanadas acima.

Contratual - A responsabilidade civil contratual nada mais é que aquela oriunda de um instrumento contratual que vincula uma parte à outra. O descumprimento por qualquer das partes faz surgir para a outra o dever de reparar o dano. Note-se que nesta modalidade o dever de reparar surge do descumprimento de determinada obrigação pré-fixada em termo contratual.

Extracontratual ou Aquilina - Esta modalidade de Responsabilidade ou estas modalidades, como preferir, representa o rol de danos causados que não se origina de um contrato ou de qualquer convenção. Ela surge porque existe regulamentação no ordenamento jurídico que preconiza o dever de reparar de forma lato sensu, conforme já vimos em alguns artigos de lei trazidos à baila neste trabalho monográfico. Um típico exemplo de Responsabilidade Civil Extracontratual é o caso de um acidente de trânsito sem vítima onde, por culpa de uma das partes, a outra é obrigada a suportar o prejuízo de reparar o automóvel. Note-se que neste caso, não há uma convenção contratual entre as partes preconizando que uma não deva abalroar o carro da outra. O que existe de fato e de direito é a própria lei civil que preceitua o dever de reparar (RUDÁ, 2018, p. 06).

O ponto principal da responsabilidade civil é a reparação do dano, portanto podem ocorrer situações, nas quais uma pessoa venha a ser responsabilizada pelo dano causado por terceiro. Geralmente, a responsabilidade por fato de outrem é caracterizada, principalmente, por falha de quem tinha o dever legal de cuidados.

Para Rudá (2018), a responsabilidade pelo fato de outrem se constituiu pela infração do dever de vigilância. Ou seja, a responsabilidade por ato de terceiro se constitui no fato decorrente da falha no dever de vigilância. É o acontece quando

um aluno sofre *bullying* na escola. A instituição de ensino falha na ação de cuidar e de vigiar, no período que a criança está sob sua tutela. Em seu artigo, Rudá (2018) discute ainda que o Código Civil trouxe importantes mudanças no campo da Responsabilidade Civil, principalmente no tema da Responsabilidade Civil por Ato de Outrem. A mudança mais substancial foi que pelo novo Diploma Civilista, a responsabilidade por fato de outrem, que era presumida, portanto, subjetiva, passou a ser objetiva, conforme se verifica os artigos 932 e 933.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Como expõe os artigos citados do Código civil é notória a preocupação em garantir a reparação do dano, mesmo quando o indivíduo não possui condições de indenizar a vítima. Assim, o responsável legal é obrigado a assumir a reparação por ter falhado na ação de vigiar aquele que estava sob sua tutela, mesmo que seja temporariamente.

Verifica-se que responsabilidade civil por ato de terceiro ocorre quando uma pessoa deve responder pelas consequências jurídicas das ações praticadas por outra, que está em sua tutela. Desse modo, a responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, ou seja,

se a escola particular falhou na vigilância dos alunos e houve a prática de *bullying*, a vítima tem o direito de ser indenizada pelos danos sofridos.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS PARTICULARES

Define-se que escola é uma instituição dedicada ao processo de ensino e aprendizagem, onde os principais envolvidos são os alunos e os docentes. Pautada no processo educativo do indivíduo, entende-se que a escola é uma das instituições mais importantes da sociedade, tendo em vista que a educação infantil inicia-se no primeiro ano de vida da criança e o ensino médio finaliza para muitos na idade adulta.

A responsabilidade civil das escolas é a obrigação e o dever que elas têm com relação às consequências que suas atividades possam causar a pais e alunos. Em direito, a teoria da responsabilidade civil procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada a repará-lo, como discorre Arbach (2018).

Toda escola particular deve disponibilizar aos seus alunos uma estrutura mínima para o aprendizado e desenvolvimento intelectual. Tal obrigação nada mais é do que o propósito de uma escola, sua atividade principal e direta. A escola deve promover um ambiente saudável, igualitário e que entenda e atenda às necessidades específicas de cada aluno. Todavia, outras responsabilidades são inerentes ao funcionamento de uma escola. De forma geral, quando os alunos estão sob a vigilância e autoridade de uma instituição de ensino. A escola deve zelar pela segurança e integridade física e mental dos estudantes. Nesse sentido, possui total responsabilidade para com os casos que acontecem no período de oferta do serviço educacional, até mesmo nas atividades externas (ARBACH, 2018, p. 02).

O advogado Gustavo Michel Arbach, em seu artigo "Responsabilidade Civil das Escolas – Direitos e Deveres das Escolas Particulares para com os Pais e Alunos", publicado em 2018, discorre que quando uma instituição de ensino se propõe a exercer a prestação de serviços educacionais, assume também as responsabilidades civis das escolas para com as consequências jurídicas de sua operação.

Em outros termos: se uma instituição de ensino causar um dano a um aluno, durante a prestação de seus serviços, será responsável pelo ocorrido e terá a obrigação

de reparar qualquer prejuízo ou dano decorrente do fato. É o caso quando um aluno sofre algum tipo de violência, como o *bullying*.

Como afirma Alves (2017), o *bullying* não está previsto no Código Penal, isto é, na lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, mas é possível responsabilizar a escola, quando o ato acontece quando o aluno está sob a sua tutela, já que o *bullying* se constitui em um ato de violência contra a vítima, podendo levar até à morte através do suicídio.

Para Barros (2017), a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 e Convenção dos Direitos da Criança da UNICEF podem ser vistos como os principais instrumentos legais que tratam o *bullying*, no ordenamento jurídico brasileiro. Vejamos o que defende o autor a seguir.

No que se refere ao *bullying*, [...] três documentos legais que formam a base de entendimento com relação ao desenvolvimento e educação de crianças e adolescentes: A Constituição da República Federativa do Brasil, o Estatuto da Criança e do adolescente e a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas. Em todos esses documentos, estão previstos os direitos ao respeito e à dignidade, sendo a educação entendida como um meio de prover o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para a cidadania (NETO, 2005, p. 165).

Verifica-se que os documentos legais referidos anteriormente, consistem em garantir o direito ao desenvolvimento da criança e do adolescente. Destaca-se que a Convenção dos Direitos da Criança infere a necessidade dos países adotarem medidas legais, em âmbito administrativo, social e educacional para proteger as crianças e os adolescentes contra qualquer tipo de violência física ou mental, abuso, maus tratos, violência sexual enquanto estiverem sob a guarda dos pais ou responsáveis.

Já o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, garante que “a criança e o adolescente têm direito à proteção, à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais, que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio [...]” e o artigo 18 infere que é “dever de

todos zelar pela dignidade das crianças e adolescentes”, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Portanto, é responsabilidade também dos professores, profissionais da educação e funcionários da escola primar pelo bem estar dos alunos.

Como afirma Neto (2016), com o intuito de enfatizar que a prática do *bullying* deve ser veementemente evitada e lembrada foi editada a Lei nº. 13.277, de 29 de abril de 2016, que instituiu o dia 7 de abril como o “Dia D combate ao *Bullying* e Violência na Escola”. Referido autor acrescenta que,

A aprovação da referida Lei foi uma homenagem às 12 (doze) crianças assassinadas a tiros em uma escola do Rio de Janeiro. O triste fato ficou conhecido como massacre de Realengo, e trouxe à cena a questão do *bullying*, motivando a aprovação da mencionada Lei no sentido de instituir o Dia Nacional de Combate ao *Bullying* e à Violência na Escola (NETO, 2016, p. 04).

E em 06 de novembro de 2015, foi aprovada a Lei nº13.185, que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*), tendo como principal objetivo a prevenção da prática do *bullying*, como mostra o artigo a seguir.

Art. 4º Constituem objetivos do Programa referido no caput do art. 1º: I - prevenir e combater a prática da intimidação sistemática (*bullying*) em toda a sociedade; II - capacitar docentes e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema; III - implementar e disseminar campanhas de educação, conscientização e informação; IV - instituir práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores; V - dar assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores; VI - integrar os meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, como forma de identificação e conscientização do problema e forma de preveni-lo e combatê-lo; VII - promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito a terceiros, nos marcos de

uma cultura de paz e tolerância mútua [...] (BRASIL, citado por NETO, 2016, p. 06).

Em seu artigo 5º, a lei nº 13.185/2015 defende que todas as instituições de ensino devem propor medidas de conscientização, a fim de que sejam prevenidos atos de violência e intimidação sistemática, o *bullying* e a lei nº 13.663, de 14 de maio de 2018, foi criada para alterar o art. 12 da lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), no sentido de incluir a promoção de medidas de conscientização, prevenção e combate a violência, ao mesmo tempo em que busca promover a cultura de paz nos estabelecimentos de ensino.

3.1 AS CONSEQUÊNCIAS QUE A RESPONSABILIDADE CIVIL TRARÁ ÀS ESCOLAS PARTICULARES PELO *BULLYING* PRATICADO POR SEUS ALUNOS

Sabe-se que a base da responsabilidade civil da escola, em relação ao *bullying*, está prevista no [Código Civil](#), já que o mesmo dispõe que “aquele que, por ação, omissão, negligência ou imprudência, cometer ato ilícito causar dano a alguém, fica obrigado a reparar o dano”. Segundo Arbach (2018), essa disposição é ainda mais complexa para escolas particulares. Porque a relação entre uma escola particular e os responsáveis pelos alunos é considerada de consumo.

Desse modo, também aplica-se o artigo 14 do [Código de Defesa do Consumidor](#), o qual diz que: “o fornecedor de serviços responde, independente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua fruição e riscos” (BRASIL, 1990).

Acredita-se que como há a relação de consumo entre a escola particular e a família, torna-se evidente o dever de vigilância e a garantia de segurança da instituição de ensino, enquanto o menor estiver sob a sua tutela, decorrente da responsabilidade objetiva que esta possui frente aos seus alunos.

Desse modo, fere o princípio consagrado na nossa [Carta Magna](#) que é o respeito à dignidade da pessoa humana e dessa maneira fere o [Código Civil](#), além do [Código de Defesa do Consumidor](#), visto que, as escolas prestam serviço aos consumidores e são supostamente responsáveis por atos

de *bullying* que ocorram dentro do estabelecimento de ensino (ASFORA, 2018, p. 02).

Como defende Arbach (2018), a instituição de ensino particular deve responder pelos danos causados aos alunos, independente da existência e comprovação de sua culpa, nos casos de *bullying*, uma vez que, uma escola tem o dever de prestar segurança em relação aos seus alunos, pelo período em que estes estiverem sob sua vigilância, autoridade e tutela.

Ou seja: enquanto o aluno se encontrar no estabelecimento educacional, a instituição detém a responsabilidade sobre ele. Responsabilidade que diz respeito à sua integridade física e atos ilícitos praticados por ele a terceiros e por terceiros a ele. A instituição também terá responsabilidade sobre o aluno fora do estabelecimento de ensino quando este se encontrar em atividade organizada pela escola, como em excursões ou visitas organizadas/orientadas pela escola (ARBACH, 2018, p. 08).

Compreende-se que, quando o aluno sofre *bullying*, dentro das dependências ou mesmo em atividades externas escolares, acontece um descumprimento contratual, ou seja, uma falha na prestação do serviço e isso gera o dever de indenização por parte das instituições particulares de ensino, aplicando-se o art. 932, IV, e 933, do [Código Civil](#) e o art. 14 do [Código de Defesa do Consumidor](#), por se tratar de uma relação de consumo, sendo também aplicada a responsabilidade objetiva.

3.2 JURISPRUDÊNCIAS NOS CASOS DE *BULLYING* EM ESCOLAS PARTICULARES

Em consulta pública realizada no site do TJTO, não foi localizada nenhuma decisão que diz respeito ao tema da responsabilidade civil das escolas particulares frente ao tema *bullying*. Ainda é importante enfatizar que, mesmo sem decisões judiciais publicadas nos repositórios públicos do TJTO, com o tema de responsabilização das escolas particulares de Palmas/TO, há registros de processos em andamento.

Na plataforma de reportagens digitais da Folha do Bico (2017), expõe-se um caso de *bullying* em uma instituição de ensino particular. Segundo a reportagem, um colégio particular de Palmas é acusado de cortar a bolsa de estudos concedida a duas alunas devido à mãe questionar *bullying*, sofrido por uma delas.

O caso teria acontecido no Colégio Ulbra, localizado no centro da capital. Segundo a mãe da criança, que preferiu não se identificar, uma de suas filhas de 11

anos, que estuda no Colégio há três anos, passou a reclamar de brincadeiras desagradáveis por partes dos colegas, que a chamavam de 'gordinha', 'mais feia da sala', entre outros. A mãe disse que notou mudança no comportamento da filha e tristeza, especialmente quando ocorriam os fatos.

De acordo com a mãe da criança, em uma das situações mais graves, foi registrado Boletim de Ocorrência na Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente de Palmas e o processo está em andamento. Ela disse também que buscou por várias vezes auxílio à coordenação pedagógica da escola, mas não obteve resposta. A instituição para resolver o problema resolveu tirar a bolsa de estudo da menor.

Com base no caso relatado acima, verifica-se que o caso de *bullying* no ambiente escolar ainda não é tratado de forma adequada pelas instituições de ensino da rede particular, uma vez que, muitas não respeitam a legislação vigente, deixando de adotar medidas educativas, preventivas e punitivas. É bom frisar que,

Apesar de ser um tema com grande relevância no âmbito social, são raros os posicionamentos dos doutrinadores do Direito acerca do tema, principalmente porque não havia nenhuma legislação que regulamentasse o *bullying*, gerando inúmeras dúvidas nos operadores do Direito. Entretanto, no dia 6 (seis) de novembro de 2015, foi sancionada a "Lei do *Bullying*", com o objetivo de combater esse instituto que gera danos irreparáveis na ordem física e psicológica das pessoas. Com isso, despertou grande discussão acerca da responsabilidade civil das escolas em casos de *bullying* dentro de suas dependências, uma vez que a lei traz deveres para cada estabelecimento de ensino com o intuito de opor-se ao *bullying* (ASFORA, 2018, p. 03).

Para Asfora (2018) a lei nº 13.185/15 é falha, já que em seu inciso VIII infere que é para "evitar, tanto quanto possível, a punição dos agressores", defendendo apenas o caráter educativo e preventivo, enquanto à vítima não são asseguradas medidas para resguardá-la aos danos causados pela a agressão e para que a mesma se sinta segura e protegida no ambiente escolar.

A autora acima acrescenta que é evidente a grande dificuldade no assunto, uma vez que o tema é ainda pouco debatido no ambiente acadêmico, gerando inúmeras dúvidas entre os operadores do direito, principalmente na questão da

responsabilidade civil das escolas, quando ocorrem casos de *bullying* dentro de suas dependências.

Apresenta-se mais adiante jurisprudências favoráveis à condenação de escolas particulares de outros Estados, em casos de *bullying*.

Considerando que no Tocantins os processos estão em andamento, verifica-se que em outros Estados há inúmeras jurisprudências sobre a responsabilidade civil de escolas particulares, em relação ao *bullying*.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. OFENSA (*BULLYING*) PRATICADA POR ALUNOS E PROFESSOR DEMONSTRADA. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. DANO MATERIAL. QUANTUM MANTIDO. 1. O serviço de ensino prestado pela escola demandada está submetido às disposições do [CDC](#), eis que esta se enquadra no conceito legal de fornecedor e o autor no de consumidor, conforme arts. 2º e 3º do referido diploma. Sendo assim, o estabelecimento de ensino responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores independentemente da eventual ausência de culpa. 2. O conjunto probatório revela consistência para formar convicção de ocorrência do próprio evento danoso descrito, bem como os elementos probatórios permitem concluir que a direção da escola não adotou todas as providências necessárias para minimizar os prejuízos decorrentes do molestamento sofrido pelo autor. 3. Autor reúne meio de prova apto a demonstrar o " *bullying*" (BRASIL, TJ/MA 0096794.Processo nº 017124/2016 (195328/2016), 3ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Jamil de Miranda Gedeon Neto, em 09/01/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. VIOLÊNCIA ESCOLAR. *BULLYING*. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO ...

I – Palavra inglesa que significa usa o poder ou força para intimidar, excluir, implicar, humilhar, " *bullying*" é um termo

utilizado pra descrever atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos; II- Os fatos relatados e provados fogem da normalidade e não podem ser tratados como simples desentendimentos entre alunos; III- Trata-se de relação de consumo e a responsabilidade da ré, como prestadora de serviços educacionais é objetiva, bastando a simples comprovação do nexo causal e do dano; IV-...[61]. (grifou-se).

(...), restou demonstrado nos autos que o recorrente sofreu agressões físicas e verbais de alguns colegas de turma que iam muito além de pequenos atritos entre crianças daquela idade, no interior do estabelecimento réu, durante todo o ano letivo de 2005. É certo que tais agressões, por si só, configuram dano moral cuja responsabilidade de indenização seria do Colégio em razão de sua responsabilidade objetiva. Com efeito, o Colégio réu tomou algumas medidas na tentativa de contornar a situação, contudo, tais providências foram inócuas para solucionar o problema, tendo em vista que as agressões se perpetuaram pelo ano letivo. Talvez porque o estabelecimento de ensino apelado não atentou para o papel da escola como instrumento de inclusão social, sobretudo no caso de crianças tidas como 'diferentes' (...) (BRASIL. (TJDF – Recurso 2006.03.1.008331-2 – Acórdão 317.276 – Segunda Turma Cível – Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior – DJDFTE 25.08.2008, p. 70).

Nas jurisprudências citadas acima, observa-se que as duas decisões judiciais condenam a prática do *bullying*, realizados no âmbito escolar de instituições particulares, tendo em vista que as mesmas são prestadoras de serviços educacionais e devem zelar pela segurança do aluno, enquanto este estiver sob sua tutela. Nesse contexto, as escolas particulares são responsabilizadas civilmente e sentenciadas ao pagamento de indenização pelos danos causados à vítima.

Segundo Gonçalves (2019), para que haja o dever de indenizar, de forma geral, é necessário que haja um dano, que alguém realize algum ato ilícito ou deixe de fazer algo que deva ser feito e que haja uma ligação entre o ato ilícito e o dano

(nexo de causalidade). Havendo todos estes requisitos (dano + ato ilícito + nexo de causalidade) ficará configurado o dever de indenizar (Responsabilidade Civil).

Portanto, haverá responsabilidade civil a instituição de ensino particular por *bullying* sofrido por aluno em suas dependências, caso a instituição, sabendo da existência desta conduta, não tome as atitudes necessárias para a eliminação desta prática.

Verifica-se que a escola tem responsabilidade em caso de *bullying*, contudo, a fonte geradora desta responsabilidade não será o ato ilícito, mas o descumprimento contratual, na medida em que ao receber um aluno tem a obrigação de mantê-lo seguro, resguardando sua integridade psicofísica, que decorre do dever de vigilância transferida pelos pais, ainda que temporariamente.

3.3 AÇÕES DESENVOLVIDAS POR ESCOLAS PARTICULARES DE PALMAS/TO NO COMBATE AO *BULLYING*

Realizou-se pesquisas nos sites da maioria das escolas particulares de Palmas/TO, verificando os projetos desenvolvidos pelas instituições de ensino no combate e prevenção da prática do *bullying* nas dependências e fora do espaço educacional. Porém, existem poucos registros de ações preventivas e educativas nos sites.

Cabe esclarecer que não foi realizada a pesquisa *in loco*, pois não se conseguiu autorização em tempo hábil que permitisse aplicação de questionário empírico, por isso não há como afirmar os motivos, pelos quais as escolas particulares de Palmas/TO não realizam os registros de ações no combate ao *bullying*, se é em razão da falta de projetos na área ou se caso existam, não são divulgados à comunidade.

O intrigante é que mesmo após a invasão de uma escola na cidade de Suzano/SP, em março/19, onde oito alunos foram assassinados por dois ex-alunos da instituição, que após a ação se suicidaram, não observamos a preocupação das escolas particulares em desenvolver projetos, com ações que favoreçam o combate e prevenção da prática do *bullying*, tendo em vista que há relatos de que os assassinos sofriam com essa intimidação.

De acordo com o G1 (2019), a preocupação centrou-se na presença de policiais ou seguranças nas escolas, mas pouco se faz para não favorecer que a

vítima de *bullying* se transforme no agressor. Desse modo, destaca-se somente duas reportagens de uma plataforma jornalística digital (Conexão Tocantins), nas quais retratam ações de escolas particulares no combate ao *bullying*, sendo nenhuma registrada no ano de 2019.

A primeira reportagem publicada em 21/10/10 pela plataforma digital G1, registra que o Colégio Marista de Palmas/TO discute a problemática do *bullying* com os alunos, desenvolvendo o Projeto Cenários, tendo como tema de debate "*Bullying. Conflito Veloz*". O objetivo é adotar medida preventiva no âmbito educacional, no intuito de combater o conflito através de palestras, fazendo com que os alunos conheçam as causas e consequências do *bullying*, cultivando valores humanos, como o respeito e o amor ao próximo.

A segunda foi publicada em 15/05/18, também pelo G1, que evidencia o título "*Escola usa Teatro no Combate ao Bullying*", destacando que há quatro anos professores e alunos da Escola Passos para o Futuro, em Palmas/TO, se mobilizaram para combater ações de *bullying*, no ambiente escolar e fora dele. A escola desenvolve ações interdisciplinares, palestras com especialistas, pesquisas e peças de teatro relacionadas ao tema. Além do envolvimento de alunos e professores, a escola também conta com o engajamento dos pais. Cerca de vinte alunos do Ensino Fundamental participam anualmente da peça "*Bullying, você acha engraçado?*", apresentada pelo grupo de teatro da escola.

Uma vez por semana os estudantes se reúnem, para escrever e produzir o roteiro, figurino e ensaiar a apresentação. Em palestras aos demais alunos, eles abordam conceitos de solidariedade, altruísmo, companheirismo e consequências do *bullying*.

É visível a importância desse tema ao campo acadêmico. O *bullying* precisa ser um tema debatido e discutido, tendo pesquisas publicadas com o objetivo de combater essa prática, principalmente no ambiente escolar, já que é nesse espaço que formamos a sociedade brasileira.

CONCLUSÃO

Compreende-se que a escola não é apenas um espaço de transmissão do saber, uma vez que tem o papel de favorecer a formação integral do indivíduo e melhorar a realidade social. Para tanto, precisa colaborar para o desenvolvimento

da consciência crítica daqueles que utilizam seus serviços, sendo essencial para a cidadania, portanto nenhuma criança pode ficar excluída dessa instituição.

O *bullying* é uma ação de violência, que causa danos à saúde da vítima, podendo ser irreparáveis, como acontece nos casos de suicídios. É uma prática que vem se espalhando assustadoramente, tanto no Brasil como no mundo, sobretudo no ambiente escolar, precisando ser prevenido e combatido.

Entende-se que a responsabilidade civil da escola particular em indenizar a vítima, nos casos de *bullying*, resulta do fato da mesma ser considerada uma empresa privada, existindo uma relação contratual com o aluno. Portanto, quando ocorre o descumprimento desse contrato, isto é, quando a instituição falha na prestação de serviço, deixando de oferecer segurança adequada, preservando a integridade física, emocional e psicológica daquele que está sob sua tutela, a mesma é responsável pelos danos causados ao aluno.

A pesquisa buscou destacar jurisprudências relativas aos casos de *bullying*, nas quais escolas particulares de Palmas/TO teriam sido responsabilizadas em reparar os danos causados aos alunos e pais. Todavia, após a realização de pesquisa no site do poder judiciário deste Estado, não encontramos nenhuma decisão favorável ou desfavorável a nenhuma instituição de ensino privada, apenas referente a escolas públicas.

Por fim, constata-se a necessidade das escolas particulares serem responsabilizadas nos casos de *bullying*, indenizando as vítimas enquanto as mesmas estão sob a tutela temporária e em atividades externas escolares, tendo em vista o caráter educativo. Esse entendimento, de forma tímida, já vem sendo adotado pelos tribunais, o que de forma transversa incentiva as instituições a desenvolverem projetos no combate ao *bullying*, favorecendo a formação de pessoas melhores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, M. R. F. **O *bullying* e as consequências penais.** Disponível em <https://www.webartigos.com/artigos/o-bullying-e-as-consequencias-penais/85050/> Acesso em 25/03/19.

ARBACH, Gustavo Michel. **Responsabilidade civil das escolas** – direitos e deveres das escolas particulares para com os pais e alunos. Disponível em <https://arbachefarhatadvogados.com.br> Acesso em 03/04/19.

ASFORA, Bertrand. **A responsabilidade civil das escolas particulares nos casos de bullying**. Disponível em <https://www.webartigos.com/artigos/o-bullying-e-as-consequencias-penais/85050/> Acesso em 02/03/19.

BARROS, Maria Maiza. **Prevenção e combate ao bullying**. Brasília/DF: UNB, 2017.

BEANE, Allan L.Ph.D. **Proteja o seu filho do bullying**: impeça que ele maltrate os colegas ou seja maltratado por eles. Rio de Janeiro: Best Seller, 2010.

BORJES, Isabel Cristina Porto. **Bullying escolar e o dever de indenizar**. Disponível em <http://www.genjuridico.com.br> Acesso em 03/04/19.

BRASIL. **Código civil**. Brasília/DF: Senado Federal, 2002.

_____. **Código de defesa do consumidor**. Brasília/DF: Senado Federal, 1990.

_____. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

BRITO, Eduardo César Vasconcelos. **Teorias e espécies de responsabilidade civil: subjetiva, objetiva, pré-contratual, contratual e extracontratual**. Disponível em <https://www.jus.com.br> Acesso em 06/05/2019.

CALDAS, Ana Lúcia. **É preciso falar sobre bullying, depressão e suicídio**. Disponível em <https://www.artigosacademicos.com.br> Acesso em 06/11/2018.

CHALITA, Gabriel. **Pedagogia da amizade: bullying** - o sofrimento das vítimas e dos agressores. São Paulo: Vozes, 2007.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Marcelo Magalhães. **O bullying escolar no Brasil**. Disponível em <http://www.brasilecola.com>. Acesso em 17/05/2019.

GONÇALVES, Leonardo. **Responsabilidade das instituições escolares por bullying.** Disponível em <http://leonardogoncalves.adv.br/blog/> Acesso em 28/03/2019.

NAZÁRIO, Geizilaine Camila da Silva Rezende Oliveira. **O papel do advogado no cumprimento da função social no estado democrático de direito.** Rio de Janeiro: UFRJ, 2012.

NETO, José Pedro Alves. **Bullying e a responsabilidade civil de instituições de ensino público.** Disponível em <https://www.webartigos.com/artigos/o-bullying-e-as-consequencias-penais/85050/> Acesso em 03/04/19.

NUNES, André Profiro. **Bullying:** um desafio às escolas do século XXI. Disponível em <https://www.googleacademico.com.br> Acesso em 07/11/2018.

PERISSE, Guilherme. **O histórico e as formas de combate ao bullying no Brasil.** <https://www.webartigos.com/artigos/o-bullying-e-as-consequencias-penais/85050/> Acesso em 17/05/19.

RAMOS, Fernanda B. Ruiz. **Responsabilidade civil por bullying.** Disponível em <https://www.artigosacademicos.com.br> Acesso em 07/11/2018.

RUDÁ, Antônio Sólon. **Responsabilidade civil por ato de terceiro.** Disponível em <https://www.jus.com.br> Acesso em 07/05/2019.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas nas escolas: bullying.** São Paulo: USP, 2014.

SILVA, Isabela Mateus da. **Negativação do nome de forma indevida:** dano moral e responsabilidade civil. Palmas/TO: Revista Esmat, 2019.

NOTA:

[1] Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Advogado. E-mail: prof.guilhermeaugusto@fasec.edu.br.

CASAMENTO DO MENOR DE 16 ANOS

DANIELA BARBOSA DOS SANTOS:

Bacharelanda do curso de Direito pela
Universidade Brasil- Fernandópolis/SP.

PEDRO MANOEL CALLADO MORAES

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo visa a importante mudança que ocorreu no nosso Código Civil com a nova redação do artigo 1.520. Essa nova redação prevê a proibição do casamento para quem ainda não atingiu a idade núbil, em qualquer circunstância. A mudança se deu com a Lei 13.811/19. Antes dessa inovação era possível o casamento da pessoa que ainda não tinha completada a idade núbil em caso de gravidez ou para evitar a imposição de penal criminal. Com isso surge o interesse de analisar como estão os números negativos devido a permissão do casamento para essas pessoas que ainda não completaram a idade núbil, e os números positivos que nosso país pode ainda alcançar com a nova mudança.

PALAVRAS – CHAVES: Casamento. Família. Idade núbil 16 anos. Lei 13.811/19. Nova redação do Artigo 1520.

ABSTRACT: This article addresses the important change that occurred in our Civil Code with the new wording of article 1,520. This new wording provides for the prohibition of marriage for those who have not yet reached the age of marriage, under any circumstances. The change occurred with Law 13.811 / 19. Before this innovation, it was possible to marry the person who had not yet reached full age in case of pregnancy or to avoid the imposition of criminal penalties. With this comes the interest of analyzing how the negative numbers are due to the marriage permit for those people who have not yet reached full age, and the positive numbers that our country can still achieve with the new change.

KEY-WORDS: Marriage. Family. Marriageable Age 16. Law 13.811/19. New wording of Article 1520.

Sumário: Introdução. 1- Do Direito da Família: Conceito. 2- Dos Princípios. 2.1- Princípio da dignidade da pessoa humana. 2.2- Princípio da solidariedade familiar. 2.3- Princípio da igualdade entre filhos. 2.4- Princípio da igualdade entre cônjuges

e companheiros. 2.5- Princípio da igualdade na chefia familiar. 2.6- Princípio da não-intervenção ou da liberdade. 2.7- Princípio do melhor interesse da criança. 2.8- Princípio da afetividade. 3- Idade Núbil – Código Civil de 1916 e 2002. 4- O Casamento Entre os 16 e 17 Anos. 5- Redação Atual do Artigo 1.520 Do Código Civil.

INTRODUÇÃO.

O casamento, conforme mencionado na Constituição Federal/88 em seu artigo 226, dispõe que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Assim como todas as instituições sociais, o casamento diversificou de acordo com o tempo e os povos, mas sempre foi marcado como a base da família.

Antes visto como uma união conduzida pelo direito canônico, a união entre o homem e a mulher era para a vida toda. Com o passar do tempo, devido ao surgimento da República e a separação do Estado da Igreja, muitas coisas mudaram e progrediram, surgindo então, o casamento civil.

Outras importantes evoluções ocorreram com o reconhecimento da união estável, dos vínculos monoparentais, do casamento de casais homoafetivos, entre outros progressos.

A família é o bem mais importante de uma pessoa, é a parte de nossas maiores felicidades e também muitas vezes a responsável de nossas maiores preocupações, dores, medos. Contudo sem uma família ninguém é completamente feliz. Assim tudo que está relacionado a família é amparado pelo Direito de Família, que é uma parte do direito civil relacionada ao nosso ordenamento jurídico.

O Direito da Família é uma das áreas do Direito Civil que está ligado com a vida das pessoas, já que as pessoas formam estruturas familiares e a elas ficam unidas.

Desta forma, podemos entender que o direito da família é um ramo do direito civil, que zela das normas jurídicas vinculadas às relações e obrigações familiares, da sua composição até a proteção de seus integrantes, determinando regras de convivência familiar.

É dificultoso definir o direito de família, por existirem inúmeros princípios e os mesmos serem amplos. Diante dessa dificuldade de conceituar permaneceremos com o alegado pelo doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2011), que nos diz:

Já se disse, em razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo. (GONÇALVES, 2011, p.17).

Nesse mesmo seguimento nos traz Gagliano: “o direito de família, entre todos os ramos do Direito Civil, é aquele que mais de perto toca os nossos corações e as nossas vidas”. (GAGLIANO, 2012, p.37).

No presente artigo vamos tratar da alteração do Código Civil, que proibiu o casamento infantil, ou seja, a proibição do casamento abaixo da idade núbil.

No dia 13 de março de 2019, foi publicada no *Diário Oficial da União* a Lei 13.811/2019, que altera o artigo 1.520 do Código Civil pretendendo impedir, em qualquer circunstância, o casamento de menores de 16 anos

A redação anterior do artigo era formulada da seguinte maneira:

Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Portanto, vamos analisar nos parágrafos seguintes que com a nova mudança, o texto do dispositivo deixa bem claro que, em nenhum caso, será autorizado o casamento entre menores de 16 anos.

1-DO DIREITO DA FAMÍLIA: CONCEITO.

O direito da família é o ramo do direito que contém um regimento jurídico relacionado a organização, proteção e estrutura da família. É o lado do direito que atua para as relações familiares e para as obrigações e direitos consequentes dessas relações, isto é, o ramo do direito que realiza e determina as normas de convivência familiar.

Nesta parte, no Direito da Família, encontramos o Casamento, que é a união voluntária de duas pessoas que desejam se juntar para a construção de uma família.

Segundo Gonçalves (2010, p 17) comparando se o direito de família a todos os outros ramos do direito, é o que se figura profundamente ligado à própria vida, afinal, as pessoas ao todo são providos de um organismo familiar. Para o autor, família é visto como um instituto de realidade sociológica e compõe a base do Estado, o núcleo principal de qualquer organização social, conforme se demonstra a seguir:

“Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo. (GONÇALVES, 2010, p 17).”

Ademais, ao longo da evolução histórica, a família vem sofrendo importantes transformações, sendo encarado por alguns povos antigos como um instituto de imensa importância.

Segundo o autor Venosa (2007, p3) nas primeiras civilizações como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, a família era uma entidade ampla e hierarquizada, sendo hoje quase de âmbito exclusivo de pais e filhos.

Deste modo, a obrigação jurídica com a sociedade modificou, sendo fundamental que a jurisprudência seja o maior aliado das modificações pelo qual a sociedade está vivendo, seja no âmbito da família e do casamento.

Portanto, com a evolução do instituto da família, demonstra-se que as considerações para a construção de uma família mudaram, e é necessário um amparo jurídico legislativo para acompanhar o processo de mudanças do conceito familiar.

Assim, o novo direito de família é conduzido por diversos princípios, que podemos analisar abaixo.

2-DOS PRINCIPIOS:

Os princípios são a base da sustentação da estrutura da norma, ideia genérica de onde pode extrair convicções e opiniões para criação de outras normas.

Se tratando de princípios do Direito da Família, observamos que os mesmos buscam harmonizar a igualdade plena entre os indivíduos, seja no propósito de igualdade entre o casal ou na igualdade de tratamento entre os filhos tidos ou não no casamento. Sendo assim, seguem os que tem maior importância e relevância no Direito da Família:

2.1- Princípio da dignidade da pessoa humana:

O princípio da dignidade humana está expressamente previsto na Constituição Federal/88, no artigo 1º, inciso III, que vincula todo ordenamento jurídico a sua direção.

A dignidade da pessoa humana baseia-se na importância de acompanhar a consciência e o bem estar de todos, dando ao Estado o dever de garantir aos seus administradores direitos que lhe sejam fundamentais para viver com dignidade.

2.2- Princípio da solidariedade familiar:

Já o princípio da solidariedade familiar está previsto no art. 3º inciso I, também da Constituição Federal/88, que tem por objetivo fundamental buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Esse princípio reflete nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nos relacionamentos pessoais.

Sendo assim, "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (art. 226, § 8º, da CF/88) – o que promove também a solidariedade social na ótica familiar.

2.3-Princípio da igualdade entre filhos:

O art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal prevê que "os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Ainda, para complementar o texto constitucional, o art. 1.596 do Código Civil possui a mesma redação, promovendo, ambos dispositivos, o princípio da igualdade entre os filhos.

2.4- Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros

A Constituição também caracteriza a igualdade entre as partes no que se refere a sociedade conjugal formada pela união estável, casamento. Além do art. 5º da Constituição Federal, o art. 1.511 do Código Civil prevê que, que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges

Os exemplos clássicos que podemos usar aqui nesse princípio para reconhecimento dessa igualdade é o marido/companheiro pode pleitear alimentos da mulher/companheira ou vice-versa. Além disso, um pode utilizar o nome do outro livremente, conforme convenção das partes (art. 1.565, § 1º, do CC).

2.5-Princípio da igualdade na chefia familiar:

Do mesmo modo que acontece na igualdade citada acima, acontece com o princípio da igualdade da chefia, que deve ser exercida por ambas as partes do casal.

Este princípio está previsto no art. 1.566, dos incisos. III e IV do Código Civil. Pois, são deveres do casamento a assistência mútua e o respeito e consideração mútuos, ou seja, prestados por ambos os cônjuges, de acordo com as possibilidades patrimoniais e pessoais de cada um.

2.6-Princípio da não-intervenção ou da liberdade:

O artigo 1.513 do Código Civil que define esse princípio, diz: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

A leitura desse texto legal citado acima entende que, o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir forçadamente nas relações da família. Sendo assim, o Estado poderá estimular o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas.

2.7-Princípio do melhor interesse da criança:

Segundo o caput do art. 227 da Constituição Federal prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esse princípio também é previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3º, 4º e 5º. Sendo assim, o princípio do melhor interesse da criança deve ser compreendido como a razão primária de todas as ações apontadas a população infanto-juvenil, sendo que, qualquer sentido ou decisão, comprometendo referida população, deve levar em conta o que é mais certo e adequado para satisfazer suas necessidades e interesses, sobrepondo-se até mesmo aos interesses dos pais, tendo em vista, a proteção integral dos seus direitos.

2.8- Princípio da afetividade:

Esse último princípio é apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não contendo a palavra *afeto* na Constituição como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização permanente da dignidade humana.

Para nós, sociedade, o princípio da afetividade é extremamente importante, pois quebra “padrões”, trazendo a idealização de família de acordo com o meio social.

3-IDADE NÚBIL – CÓDIGO CIVIL DE 1916 E 2002

O Código Civil de 1.916 determinava em seu art. 183, inciso XII, que não poderiam se casar as mulheres menores de 16 anos e os homens menores de 18 anos. E naquela época já contava o ordenamento jurídico com o art. 214 do mesmo Código, o qual confirmava os quais ainda não contavam com idade núbil poderiam se casar para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal.

Naquela época, esse impedimento já era objeto de discussões na jurisprudência, para soluções que nem sempre representavam corretas.

Depois, antes da nova redação do artigo 1.520 do Código Civil de 2002, era permitido o casamento para quem ainda não tinha atingido a idade núbil em dois casos, quais sejam: evitar a imposição de pena criminal ou o cumprimento de pena criminal e no caso de gravidez indesejada.

Importante ressaltar que, atualmente a idade núbil no Brasil é de 16 (dezesesseis) anos, conforme dispõe o artigo 1.517 do Código Civil.

Embora, aquela regra para a imposição de pena criminal já encontrava-se revogado desde 2005 devido a Lei nº 11.106 ter revogado os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal. Permaneceu em vigor o art. 1.520 do Código Civil no tocante à permissão do casamento em caso de gravidez.

O artigo 1520 do Código Civil apresentava-se relacionado com os incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal que foram revogados pela Lei nº 11.106/2005. Com essa mudança uma parte do artigo 1520 do Código Civil já não tinha mais validade, ou seja, era inadmissível. Desta forma, a probabilidade de permitir que menores de 16 anos se casassem com pessoas que tinham cometido crimes de costumes contra esta, não mais existia.

No mais, foi publicado no DOU (Diário Oficial da União), no dia 13 de março de 2019, a Lei Federal 13.811/19, que proíbe em qualquer circunstância o casamento do menor de 16 anos. Portanto, o artigo 1.520 do Código Civil passou a vigorar com nova redação:

Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no [art. 1.517 deste Código](#).

Até então, proíbe o casamento daqueles que não atingiram a idade núbil em qualquer caso.

4-O CASAMENTO ENTRE OS 16 E 17 ANOS.

O artigo 1.517 do Código Civil/02 é bem claro nessa questão, que diz:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Hoje em dia é comum encontrar jovens apaixonados dispostos a se casarem e construir uma família mesmo ainda não ter chegado na maioridade. Sendo assim, de acordo com o artigo citado acima, é possível que esse casamento seja registrado em cartório.

Ademais, essa união é permitida desde que haja autorização dos pais para o matrimônio.

Claro, existem muitos casos que os pais não autorizam para que o casamento possa acontecer de fato. Sendo assim, existe um amparo judicial para o consentimento. Nesse sentido o parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil, a saber:

Art. 1.631: Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Quando isso ocorre, o juiz irá averiguar as circunstâncias do caso, e se constatar interesse dos menores/adolescentes, deve conceder a permissão

judicial suprimindo a permissão dos pais genitores dos indivíduos que pretendem se casar.

Para que possa ocorrer esse pedido de suprimento judicial, basta estar assistido por um advogado ou defensor público, o qual deverá orientar o menor guiando o mesmo por todo o processo.

É importante ressaltar que em caso de conflito, o juiz irá analisar o caso com muita cautela, observando os motivos da não autorização dos responsáveis, para que os jovens possam se casar, sempre focando nos interesses do adolescentes.

5-REDAÇÃO ATUAL DO ARTIGO 1.520 DO CÓDIGO CIVIL.

Como já foi exposto acima, o art. 1.520 do CC/02 foi alterado pela publicação da Lei nº 13.811/19, no qual proibi-o casamento dos menores de 16 anos em qualquer hipótese. Sendo assim, não há mais o que se falar em suprimento de idade para o menor de 16 anos.

Texto anterior: "Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez".

Texto atual: "Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código".

Essa decisão do legislado é muito importante devido a realidade que encontramos no nosso país, com jovens que podem ser considerados crianças se casando tão cedo, vindo a engravidar e abrindo mão dos estudos, de um futuro promissor, principalmente as mulheres. Ainda porque o fato de estar presente a grandes, não é suficiente para tornar o casamento do interesse do incapaz.

Segundo dados da Unicef, o Brasil é o país que está na colocação de 4º lugar com maior número absoluto de casamentos infantis. Os dados mostram que 877 mil mulheres se casaram até os 15 anos nos últimos anos.

Um dos itens levado em consideração para se chegar a essa nova redação é que se um jovem não pode beber, fumar, e até mesmo votar, ele não tem capacidade também para se casar. Em resumo, não está sujeitadamente maduro para o matrimônio.

É importante destacar também que a nova redação não acarreta nenhuma nova alteração ou revogação expressa de qualquer outro dispositivo do Código Civil.

Uma importante reflexão deve ser citada, reflexão essa apresentada pelo advogado Paulo Lépore: “Em relação à questão jurídica essa lei realmente colabora para a proteção dos direitos dos infantes no Brasil porque ela ataca alguns pontos, por exemplo, o fato de que o casamento precoce acaba sendo um fator de evasão escolar e perpetuação de pobreza, já que ele traz uma veste de conformação jurídica e social do casamento precoce, como se fosse uma situação razoável. Também há no casamento precoce um roubo de infância, pois acaba antecipando inúmeras responsabilidades do mundo adulto para as quais os adolescentes não estão preparados, visto que são pessoas em estágio peculiar de desenvolvimento físico, psíquico e moral”.

No entanto, pode ser considerado um grande passo com a nova mudança, mesmo sabendo-se que menores ainda vão se relacionar, ter relações sexuais umas com as outras, ainda sim é um grande começo. Já esses tipos de acontecimentos que vão realizar mudanças na forma de pensar e agir da sociedade e principalmente dos pais ou responsáveis, visto que são esses os maiores responsáveis pelas principais consequências do casamento infantil.

Temos como exemplo famílias buscando meios para custear sua sobrevivência, planejando assim casamentos arranjados. Trazendo com isso uma gravidez indesejada.

Infelizmente, tal realidade surge devido as péssimas condições sociais e financeiras em que se encontra uma grande parte das famílias brasileiras.

Por fim, essa grande mudança da redação do artigo 1.520 do Código Civil é fundamental tanto para a dignidade das crianças quanto a imagem do nosso país no exterior. Importante também no desenvolvimento da educação e

por último e não menos importante a melhoria da proteção a mulher contra a violência.

CONCLUSÃO:

A idade núbil do Brasil é de 16 anos. Mesmo com a alteração do artigo 1.520 do Código Civil/02 ainda é necessário a autorização dos responsáveis para o acontecimento do casamento dos menores entre 16 e 17 anos.

Ocorre que tal alteração proibiu de vez em qualquer circunstância o casamento do menor de 16 anos.

Persiste, portanto, que mesmo em caso de gravidez não será mais permitido o casamento, mesmo sendo da vontade das partes.

Tal alteração é de extrema importância em comparação dos números negativos de pesquisas realizadas em nosso país referentes a abusos, crimes contra as crianças, a decadência na educação, entre muitas outras. Sendo assim, com essa nova mudança, acreditamos em novos números positivos, que valorizem nosso país gerando principalmente bem estar, segurança e educação as nossas crianças e adolescentes.

REFERENCIAS:

GAGLIANO, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplha Filho. Novo **Curso de Direito Civil**, volume 6: Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família- 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.**

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Família. São Paulo: Editora Atlas, 2005.**

Unicef- pesquisas com mulheres de 20 a 24 anos que se casaram antes dos 15. <https://nacoesunidas.org/america-latina-e-caribe-uma-decada-perdida-para-acabar-com-o-casamento-infantil/>

Lépore, Paulo. Vice-presidente da Comissão de Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

A POLÍCIA JUDICIÁRIA NÃO PODE ABRIR MÃO DO TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA (TCO)

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

Tem-se visto com preocupação as falácias e embustes^[1] propalados aos quatro cantos de que a Polícia Judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal) deve abrir mão do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), por ser procedimento inútil, sem projeção entre outros adjetivos.

Isso ganha mais preocupação ainda, quando se visualiza colegas entoando o coro rodeado de falácias, sem perceber ou às vezes até de maneira ingênua, acreditando que permitir que outras forças policiais diversas da Polícia Judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal) lavrassem o procedimento, oxigenaria e daria espaços para preocupação com coisas de proporções maiores, importantes e que projetam as instituições.

Se o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) fosse tão desprezível na acepção de inúmeros estudiosos e críticos do Direito e da Segurança Pública, por que há outras instituições policiais diversas que querem ter acesso a ele (e para outros que pregam isso em descompasso com a Constituição Federal)? Qual o motivo para tanta cobiça sobre um procedimento desta envergadura?

Até concordaria se fosse ingênuo e não visse inúmeras más intenções por detrás desse coro orquestrado e repleto de embustes.

Fala-se isso sem rodeios e sem censura, porque não se concorda em permitir que o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) saia da esfera da Polícia Judiciária, à luz do art. 144, § 4º^[2], da CF/88.

A única forma de se alterar esse tratamento é uma alteração constitucional pelas instâncias formais previstas na Constituição Federal. Por instâncias formais, deve ser lido, Poder Legislativo em que o trâmite deve observar o devido processo legislativo. Afora isso, com a “permissa vênia” tudo é arranjo e gambiarra jurídica que deve ser combatida.

O mais cômico desta situação é que não se visualiza instituições como Poder Judiciário, Ministério Público, Procuradorias, Defensorias entre outras ao menos cogitando abrir mão de atribuições ou permitir que outras instituições façam por meio de arranjos jurídicos, suas vezes sob qualquer pretexto.

Sabem por que? Responde-se de imediato e sem cerimônias, pois para conquistar espaços e atribuições, é um processo paulatino e de conquistas às duras penas que exigem tempo com demonstração de serviços prestados à sociedade, que não podem ser jogadas ao vento, por crises e outras conjunturas.

Enquanto Polícia Judiciária, temos que parar com essa “síndrome do caos criado pelo sistema” e pensar que toda e qualquer solução perpassa em abrimos mão de fatia das atribuições das Polícias Judiciárias.

Ora, se tem crise e problema estrutural, o próprio Estado que solucione os problemas como faz com o Poder Judiciário, Ministério Público, Procuradorias, Defensorias aumentando os repasses de orçamento e outras mazelas - e não retirando fatias de atribuições (ou competências, a depender da instituição).

Em avanço, pergunta-se: alguém em sã consciência imagina o Poder Judiciário abrindo mão de suas atribuições ou competências para deixar de lavrar sentença, sob o pretexto de falta de juízes, crise financeira ou outra conjuntura qualquer?

A resposta é não, e tem um motivo. Numa República em que o desenho constitucional é projetado às duras penas, instituição que se preza, não faz isso (abre mão de suas atribuições/competências) em hipótese alguma, porque isso é o efeito placebo, ou seja, além de não surtir efeito algum, mais tarde vai demonstrar que não foi eficaz para solucionar a problemática. Em

outras palavras, essa medida não resolveria absolutamente nada. Com isso, nenhum Poder Judiciário (apesar de ser uno) permitiria que outras instituições promovessem atos de sentenciamento entre outros atos de suas atribuições/competência por outras instituições fora da sua estrutura.

Vamos mais longe ainda: alguém em seu grau de perfeita lucidez imagina o Ministério Público abrir mão da sua prerrogativa de denunciar formalmente uma pessoa, por escassez de Promotor de Justiça, crise financeira ou outra conjuntura qualquer? Mais uma vez a resposta é não. Nenhum Ministério Público permitiria que outras instituições promovessem denúncia e outros atos de suas atribuições.

Extraímos das premissas acima então, de quando não se tem juízes, promotores, defensores, procuradores ou se tem o quadro de crise financeira ou outra conjuntura qualquer, as referidas instituições não entregam (ou melhor delegam) as suas atribuições para outra instituição para fazer suas vezes.

Mister essas comparações, porque são produtos das instituições usadas como parâmetros, assim como o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), guardadas suas proporções devidas, é produto das Polícias Judiciárias (Polícia Civil e Polícia Federal).

Mesmo com as conclusões supra, avancemos nas provocações: o fato de não se ter Delegados de Polícia em todas as comarcas judiciárias ou cidades (sem comarcas, que sejam distritos ou termos judiciários), seria o caso de permitir qualquer outra força policial lavrar o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO)? A resposta aguardada é não também.

De maneira objetiva, poderia elencar mais umas dezenas de argumentos para não cair no "canto da sereia" de Ulisses acorrentado (ou liberto) com sedução ao discurso de urgência conjuntural e permitir que o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) fosse lavrado por outras instituições. A razão deve prevalecer em detrimento à sedução jurídica para não pagarmos um preço caro e irreversível depois.

Da mesma forma, mais uma vez, enquanto Polícia Judiciária, temos como resposta de que não se pode abrir mão do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO).

Pensamento ao contrário, sem dúvida além de ser caminho sem volta e falacioso, enfraqueceria por demais as Polícias Judiciárias, sem dizer que abriria a porta de interpretação para outras instituições usurpar Inquéritos Policiais entre outros crimes, sob o pretexto de ser crime de menor potencial ofensivo, e, a consequência disso nas entrelinhas seria o esvaziamento substancial das atribuições da Polícia Judiciária.

A título exemplificativo, imaginemos uma situação de tráfico de drogas, em que uma força policial diversa das Polícias Judiciárias entende ser porte de drogas para uso – enquanto tecnicamente não era pelos fatos elementos informativos em cognição sumária. Ou vamos imaginar uma situação clara de receptação simples, que sob pretexto de poder confeccionar o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), outra instituição diversa policial lavra Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), por receptação culposa. A preocupação ganha mais densidade ainda quando buscarmos outros exemplos de crimes de homicídios, latrocínios, roubos entre outros que ficariam sob o talante de outras forças policiais.

De qualquer sorte, apenas nessas 02 (duas) situações simplórias hipotéticas acima, ilustramos a forma sutil que se esvaziariam as atribuições das Polícias Judiciárias.

Não nos esquecemos que o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) até pouco tempo, antes mesmo da Lei nº 9.099/1995 gerava flagrante e o Inquérito Policial em regra, que sempre foi da atribuição das Polícias Judiciárias.

Após o advento da Lei nº 9.099/1995 é que os fatos de menor potencial ofensivo deixaram de gerar flagrante em regra, em hipótese de firmamento de compromisso do conduzido em comparecer no Juizado Especial Criminal, culminando com o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO).

Por isso, a verdadeira intenção que está por de detrás na discussão da lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) por outras forças policiais – que não às Polícias Judiciárias –, residiria nos pontos levantados acima, ou seja, uma usurpação sutil ou subliminar que abarcaria um feixe imenso de atribuições, a

ponto de esvaziar, ou na pior das hipóteses, reduzir substancialmente o rol de atribuições das Polícias Judiciárias (com desdobramentos para o ciclo completo entre outros modelos que se cogitam).

Mesmo a par de todo o esforço argumentativo e dos riscos de que o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) não pode sair da esfera das Polícias Judiciárias, já se tem notícias de que em algumas unidades federativas, haveria em curso um “modelo de projeto piloto” em que a Polícia Judiciária estaria permitindo força policial diversa a lavrar o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) – cogitado para num futuro breve ser partilhado em todas unidades federativas –, onde o Delegado de Polícia é quem ratificaria (ou melhor dizendo, homologaria) em qualquer hipótese o aludido procedimento.

Se nos perguntar se isso é correto ou não, atreveríamos no mínimo, a reear de que seja um caminho sem volta de absurdos e de caminhos sem precedentes, inclusive para fulminar com existência das Polícias Judiciárias – que vivem um processo de sucateamento silencioso e sem investimentos.

Somos realistas e sabemos que as Polícias Judiciárias necessitam de recursos financeiros para sobreviverem, mas isso não pode ser uma motivação para sucumbirmos e deixar outras instituições fazerem nossas atribuições – a exemplo das outras instituições que não aceitam transigir em hipótese alguma sobre suas atribuições. O caminho é outro.

Essas são algumas das razões pelas quais a Polícia Judiciária não pode abrir mão do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO).

Os Delegados de Polícia devem defender a manutenção do Termo Circunstanciado de Ocorrência [TCO] em suas atribuições, e por consequência, nas atribuições das próprias Polícias Judiciárias.

Retirar essa análise técnico-jurídica do Delegado de Polícia e da própria Polícia Judiciária, pode refletir no caso concreto de uma outra força policial diversa promoverá à liberação de alguém que matou uma mulher ou de um agressor de mulher no âmbito da violência doméstica entre outros (criando-se uma tutela deficiente, em verdadeira violação da proibição da proteção deficiente). Esse tratamento inadequado na tipificação impacta mais ainda do que o próprio

argumento constitucional e legal que a natureza jurídica do Termo Circunstanciado de Ocorrência [TCO] (como substitutivo até do Inquérito Policial) mantém a natureza investigativa, ainda que de maneira sumária e célere e estaria, constitucionalmente, sob a batuta das Polícias Judiciárias.

Neste plano, as Polícias Judiciárias não pode permitir que as instituições e até mesmo poderes da República se arvorem de legislador positivo, e queiram por meio de provimentos e outros atos normativos inconstitucionais darem roupagem que o legislador constitucional não deu.

A Constituição Federal deve ser obedecida e não inventada por quem tem o dever de respeitá-la.

Conclusão

Por fim, como dito acima, o caminho é outro, qual seja, é fortalecer e investir nas Polícias Judiciárias (Polícia Civil e Polícia Federal) em todas às frentes – além das esferas sociais: educação, distribuição de renda, saúde, saneamento básico, infraestrutura, entre outras – e não cogitar repassar esse feixe de suma importância (que é o Termo Circunstanciado de Ocorrência [TCO]) às outras instituições policiais diversas.

Uma Polícia Judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal) de vanguarda jamais deve permitir que o Termo Circunstanciado de Ocorrência [TCO] vá parar em outras mãos.

Respeitemos as regras constitucionais vigentes postas, antes que as regras do jogo não valham para ninguém depois, e aí não adiantará lamentar e murmurar sob o manto do vale tudo.

NOTAS:

[1] **Embuste** consiste numa mentira ou tentativa de enganar uma pessoa. O embute é planejada de maneira astuciosa e é realizada para prejudicar ou enganar alguém, fazendo estas pessoas acreditar que certo ou determinado acontecimento que é falso na verdade é real.

[2] **Art. 144.** A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

XIV SEMANA NACIONAL DA CONCILIAÇÃO E A EVOLUÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

NUBIA DAIANY FERREIRA GOMES:
Bacharelanda do Curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

KELLY NOGUEIRA
(Orientadora)

RESUMO: A resolução 125/2010 veio para disciplinar sobre os métodos de solução consensual dos conflitos nas demandas processuais cíveis e com direitos disponíveis, entretanto, o que se tem visto, é uma ampliação para áreas diversas, por ser um instituto de pacificação social. Objetiva a presente pesquisa demonstrar a contribuição da conciliação para a redução das cargas processuais no Brasil, por meio do método de pesquisa de dados do Conselho Nacional de Justiça. Com isso, o trabalho desenvolvido, com base na Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, têm sido fundamental para a disseminação da cultura conciliatória.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho Nacional de Justiça; conciliação e mediação; Metodos de solução de conflitos.

ABSTRACT: Resolution 125/2010 came to discipline the methods of consensual resolution of conflicts in civil and civil lawsuits, but what has been seen, is an extension to various areas, because it is an institute of social pacification. The objective of this research is to demonstrate the contribution of the conciliation to the reduction of procedural charges in Brazil, through the data search method of the National Council of Justice. The work developed, based on the National Judicial Policy for the treatment of conflicts of interest, by the Permanent Nuclei of Consensus Methods of Conflict Resolution and Judicial Centers for Conflict Resolution and Citizenship, has been fundamental for the dissemination of the conciliatory culture

KEYWORDS: National Council of Justice; conciliation and mediation; Conflict Resolution Methods.

1. INTRODUÇÃO

Formalizada em 2010, por meio da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses tende a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. O número de processos sem solução em todo o Judiciário Brasileiro, em 2017, chegou a 80,1 milhões de casos, de acordo com levantamento divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle dos tribunais pátrios. Todos esses números acarretam mais despesas a cada ano, resultando na intenção de reduzir a quantidade de processos judiciais e desafogar as pilhas de processos, aproveitando-se das ferramentas possíveis para mudar essa realidade por se mostrar uma ferramenta eficaz, rápida e barata de se resolver os litígios.

Como fruto dessa política, a Semana Nacional de Conciliação, realizada anualmente pelo CNJ desde 2006, busca envolver os Tribunais de Justiça, Tribunais do Trabalho e Tribunais Federais, nos processos que tenham possibilidade de acordo, intimando as partes envolvidas para solucionarem o conflitos. As partes envolvidas, seja na audiência de conciliação ou mediação, encerram seus conflitos na hora e sem as formalidades da decisão judicial. O conciliador ou mediador tem a função de aproximá-las e orientá-las para que cheguem a um acordo, diminuindo significativamente as pilhas de processos no Poder Judiciário. A tendência é que cada vez mais áreas, que até então não se podia conciliar, passem a utilizar-se dos métodos de solução consensual dos conflitos.

Diante da visível relevância do tema, este artigo tem por objetivo geral a análise da contribuição da semana nacional de conciliação para que os acordos realizados sejam efetivamente cumpridos. Como objetivo específico, analisar os dados e resultados estatísticos do ano de 2015 a 2018, e com base na análise de quantos processos foram designados, quantas audiências foram realizadas e quantos acordos ocorreram, identificar se houve aumento ou diminuição do número de processos resolvidos pela meios consensuais de conflito.

Além desta introdução, Considerações finais e Referências, o artigo está organizado em três principais seções em seu desenvolvimento. Na primeira, trata-se dos métodos de solução consensual dos conflitos existentes no sistema judiciário Brasileiro e seus principais atores. Na segunda seção será tratada a estruturação da

política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos, abordando as funções do Conselho Nacional de Justiça, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECS) e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS). Por fim, na terceira seção, abordar-se-á os dados e a efetividade da Semana Nacional de Conciliação, como tratamento adequado de conflitos de interesse e sua estrutura como política pública.

2. OS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS E SEUS PRINCÍPIOS INERENTES AO SISTEMA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Inicialmente, os métodos de solução consensual dos conflitos não foram instituídos por meio da Resolução 125 de 2010, pelo contrário, conforme preceitua Guerrero (2015), já na Constituição de 1824, a primeira de nosso país já independente, estipulava-se a utilização das partes para se usar a arbitragem como forma de solução de controvérsias (art. 160), bem como se impedia que qualquer processo judicial tivesse início sem ser demonstrada “tentativa de reconciliação” (art. 161) entre as partes (p.3), em outras palavras, desde que o Brasil virou república, suas constituições disciplinaram sobre os métodos de solução consensual dos conflitos. Por outro lado, Franco (2017) foi mais específico e evidenciou que a conciliação teve início antes da independência do Brasil, ainda na fase colonial, sendo aplicada nas ordenações Manuelinas e Filipinas, obrigando o juiz a fiscalizar o cumprimento do acordado pelas partes.

Didaticamente, os meios consensuais de solução dos conflitos são a heterocomposição e a autocomposição. Na heterocomposição são utilizados os métodos de jurisdição estatal e a arbitragem, que se dá por meio de um terceiro munido de poder decisório para impor sua decisão conforme o caso em apreço, por outro lado, na autocomposição são subespécies a conciliação, mediação e arbitragem, o qual decorre de uma solução estatal.

Para Guerreiro, o objetivo dos métodos consensuais de resolução de conflitos é

Fornecer possibilidades adequadas e efetivas para cada tipo de conflito. De acordo com essa premissa, devem ser buscadas soluções que permitam ao direito processual lidar e relacionar os diversos métodos de solução de conflitos de modo a permitir soluções seguras para as partes. Dessa forma,

apresentar-se-ão, com base nesse vínculo contratual e processual estabelecido entre os contratantes, as soluções adotadas em outros países para o problema tratado, buscando-se relacioná-las com as soluções que podem ser empreendidas no Brasil de modo a garantir a efetividade da opção das partes por um sistema de solução de controvérsias.

Dada essa premissa, é importante o estudo dessas ferramentas de modo a atender, de forma eficaz, as espécies de conflitos e suas implicações. Também conhecido como sistema multiportas, os métodos visam uma mudança na cultura das partes, incumbindo a todos os atores processuais, o dever de em todo o tempo buscar a autocomposição.

São métodos consensuais de resolução de conflitos, basicamente, a conciliação, mediação e arbitragem. Nos termos da resolução 125/2010, anexo III, art. 1º e incisos, são princípios fundamentais que devem reger a conciliação e mediação judicial, a confidencialidade, decisão informada, imparcialidade, competência, independência e autonomia, imparcialidade, competência, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. Por outro lado, Scavone (2019) defende que os princípios fundamentais da dúplici ferramenta de autocomposição, com base na lei 13.140/2015 e no art. 166 do novo Código de Processo Civil, além da independência, confidencialidade e imparcialidade, a oralidade e autonomia da vontade das partes (p. 283). Em outros termos, cabe ao conciliador e ao mediador proceder de forma isonômica, optando pela melhor forma de consenso no caso em tela, com base nos métodos estudados, colaborando para o entendimento e pacificação entre as partes.

Dos princípios citados, a supramencionada lei dispôs sobre as regras que devem reger o procedimento de conciliação e mediação. De acordo com o art. 2º, anexo III, da Res. 125/2010, o conciliador e mediador devem:

I - Informação - dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os

princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo;

II - Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento;

III - Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles;

IV - Desvinculação da profissão de origem - dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos;

V - Compreensão quanto à conciliação e à mediação - Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

Caso haja uma condenação definitiva pelo não cumprimento dos princípios ou das regras voltadas ao procedimento da conciliação e mediação, nos termos do art. 8 da res. 125/2010, o profissional será excluído e impedido de atuar novamente em qualquer Tribunal do país. Mais abrangente foi o art. 173 do CPC, dispondo que será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres acima citados ou atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito. Em ambos os casos não haverá prejuízos das sanções administrativa e cível. Os principais atores presentes na solução consensual dos conflitos são:

2.1. CONCILIADOR

Conforme o guia de conciliação e mediação do Conselho Nacional de Justiça (2015), o conciliador é uma pessoa imparcial que favorece o diálogo e, se necessário, apresenta ideias para a solução do conflito. Segundo o art. 165, § 2º do CPC, 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. Em outras palavras, no campo prático, o conciliador deve ser o facilitador da conversa, interferindo de forma mais direta no litígio, sendo indicada a conciliação para os conflitos objetivos, mais superficiais, nos quais não existe relacionamento duradouro entre os envolvidos.

Scavone (2019) evidencia que o conciliador pode ser judicial, atuando como auxiliar da justiça nas audiências de conciliação, ou extrajudicial, sem que haja, nessa hipótese, lei específica para regular o procedimento ou requisitos para sua atuação, destacando que nas duas formas de atuação aplicar-se-ão, por extensão, as regras da Lei 13.140/2015. Opina ainda o supracitado autor que:

É preciso observar que o “princípio da decisão informada” estabelece como condição de legitimidade da autocomposição por meio da conciliação a absoluta consciência e conhecimento das partes quanto aos seus direitos e quanto aos fatos estabelecidos pelo conflito, o que somente pode ser atingido, na minha opinião, se o conciliador tiver formação jurídica, notadamente em razão da necessidade de o conciliador sugerir solução juridicamente possível. Ainda que as partes devam se fazer acompanhar por advogado na conciliação judicial, a assistência desse profissional, embora possa, em tese, suprir o princípio da decisão informada, não supre a necessidade de formação jurídica que defendemos quanto aos conciliadores em razão da sua atividade, que implica, a toda evidência, sugerir a solução da controvérsia. Portanto, sem essa formação que defendo, inviável a sugestão de solução juridicamente possível, ainda que as partes estejam acompanhadas de advogado. (SCAVONE, 2019.p. 287.)

Seguindo nesse pensamento, a maioria da doutrina especializada, apesar de a legislação aceitar outras formações, defende que os conciliadores devem ter formação jurídica para uma atuação mais eficiente.

Por fim, por força do art. 334 do CPC, que impõe ao juiz a determinação da audiência de conciliação, esta poderá ser realizada de forma compulsória.

2.2. MEDIADOR

Conceituado pelo guia de conciliação e mediação do CNJ (2015) como uma conversa/negociação intermediada por alguém imparcial que favorece e organiza a comunicação entre os envolvidos no conflito, o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados na compreensão das questões e dos interesses em conflito, de modo que possam, por si próprios, mediante o restabelecimento da comunicação, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Nos termos do CPC, em seu art. 165, § 3º, o mediador facilita o diálogo entre as pessoas para que elas mesmas proponham soluções, sendo indicada a mediação para os conflitos subjetivos, nos quais exista relação entre os envolvidos ou desejo de que tal relacionamento perdure, indica-se a mediação.

Nas palavras de Scavone (2019)

Os mediadores são designados pelo tribunal ou escolhidos pelas partes (art. 4º da Lei 13.140/2015). Lembre-se que a mediação, diferentemente da conciliação judicial (CPC, art. 334), é sempre voluntária (art. 2º, V e § 2º, da Lei 13.140/2015), não havendo como impor o procedimento se ambos com ele não concordarem e, bem assim, devem aceitar o mediador que, assim como o árbitro, deve ser da confiança das partes.

Segue o autor dizendo que o mediador deve ser uma pessoa capaz, que goze da confiança das partes, podendo ser judicial, designado no curso de processo judicial, ou extrajudicial, na exata medida em que atuar antes da existência de qualquer conflito (p. 287). A mediação extrajudicial tem regulamento próprio, disposto na lei 13.140/15, como meio de solução de controvérsias entre particulares e no âmbito da administração pública. É importante lembrar que a mediação

sempre será voluntária, não podendo inclusive, as partes permanecerem em processo de mediação se assim não desejarem.

2.3. ÁRBITRO

A arbitragem é a modalidade de heterocomposição mais antiga, conforme Scavone (2019) a mesma já estava presente entre os hebreus na antiguidade e no Direito Romano, vindo expressamente previsto no Código Civil de 1916. Nos termos da lei 9.307/96, o árbitro pode ser qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, sendo o juiz de fato e de direito, não ficando sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário a sentença que proferir. O autor explica a arbitragem como

O meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida. Em outras palavras, a arbitragem resulta de negócio jurídico mediante o qual as partes optam pela solução arbitral, abdicando da jurisdição estatal em razão dos seus direitos patrimoniais e disponíveis. É preciso reforçar que a solução dada pelo árbitro, como dito, é denominada sentença arbitral e sua atividade é indubitavelmente jurisdicional, rompendo com a ideia inicial trazida por Giuseppe Chiovenda, para quem a jurisdição era atividade estatal de aplicação do direito ao caso concreto, o que foi adotado pelo sistema anterior à Lei 9.307/1996. (SCAVONE, 2019. p. 2).

Ainda que não sujeita a confirmação estatal, as partes, se insatisfeitas com a sentença proferida e dentro das hipóteses legais permitidas, podem requerer a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos termos do art. 33 da lei de arbitragem.

3. POLITICA JUDICIÁRIA NACIONAL E AS TÉCNICAS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

A resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, objetivou a instituição da Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Considerando, entre outras coisas, que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, a lei principiou que, para uma boa qualidade nos serviços e a disseminação da cultura da pacificação, nos termos do art. 2º, a indispensável a observância da centralização das estruturas judiciárias; a adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores e acompanhamento estatístico específico.

Dada esta atribuição ao Poder Judiciário, da criação e implementação da política nacional de tratamento dos conflitos, cabe ao Conselho Nacional de Justiça, de início, a organização de todo o programa, com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Ademais, é de sua competência o estabelecimento de diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais; desenvolvimento do conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal, servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias, ressalvada a competência da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM; desenvolvimento do parâmetro curricular e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias, nos termos do art. 167, § 1º, do Novo Código de Processo Civil.

Deve ainda, aparelhar as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos para que sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento; regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, bem como que, nas Escolas de Magistratura, haja

módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento.

O estabelecimento de interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios; realização da gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade; atuação junto aos entes públicos e grandes litigantes de modo a estimular a autocomposição; atuação junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação, em especial nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência; a criação do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores visando interligar os cadastros dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, nos termos do art. 167 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 12, § 1º, da Lei de Mediação; criação do Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação em demandas em curso, nos termos do art. 334, § 7º, do Novo Código de Processo Civil e do art. 46 da Lei de Mediação.

Estabelecendo ainda, a criação de parâmetros de remuneração de mediadores, nos termos do art. 169 do Novo Código de Processo Civil e o monitoramento, inclusive por meio do Departamento de Pesquisas Judiciárias, a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, o seu adequado funcionamento, a avaliação da capacitação e treinamento dos mediadores/conciliadores, orientando e dando apoio às localidades que estiverem enfrentando dificuldades na efetivação da política judiciária nacional instituída pela resolução 125/2010.

Já em relação as atribuições dos Tribunais, estes devem criar os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECS), o quais devem ser coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, sendo responsáveis pelo desenvolvimento da Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida

pela citada resolução, planejamento, implementação, manutenção e aperfeiçoamento as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas, atuação na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada, instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos, incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos, propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins da resolução. No mesmo sentido, cabe aos Tribunais a criação e manutenção do cadastro de mediadores e conciliadores, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento, regulamentação, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos do art. 169 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 13 da Lei de Mediação, podendo os núcleos estimularem programas de mediação comunitária, desde que esses centros comunitários não se confundam com os Centros de conciliação e mediação judicial.

É importante ressaltar que a criação dos Núcleos e sua composição deverá ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça, a Mediação e a Conciliação poderão ser realizadas como trabalho voluntário, Aos mediadores e conciliadores, inclusive membros das Câmaras Privadas de Conciliação, aplicam-se as regras de impedimento e suspeição, nos termos do disposto no art. 134, IV, do Código de Processo Civil de 1973; no art. 148, II, do Código de Processo Civil de 2015 e na Resolução CNJ 200/2015 e o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Cabe ainda aos Tribunais, a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. Os Centros deverão ser instalados nos locais onde existam 2 (dois) Juízos, Juizados ou Varas com competência para realizar audiência, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil e enquanto não instalados os Centros nas Comarcas, Regiões, Subseções Judiciárias e nos Juízos do interior dos estados, deve o Tribunal implantar o procedimento de Conciliação

e Mediação itinerante, utilizando-se de Conciliadores e Mediadores cadastrados, obrigando ainda Os Centros a contarem com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores.

Em 2016, foi incluído por força da emenda nº2, o fórum de coordenadores dos núcleos, que tem por objetivo a reunião de magistrados representantes dos Tribunais, a fim de expedir enunciados, que se aprovados pela comissão permanente de Acesso à Justiça e Cidadania *ad referendum* do Plenário, terão efeito vinculante. Na mesma emenda foram instituídas diretrizes voltadas as câmaras privadas de conciliação e mediação, dispondo que os Tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, com o fim de atender aos processos em que foi deferida a gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento, dispondo ao final, a vedação ao uso de brasão e demais signos da República Federativa do Brasil pelos órgãos inseridos na política nacional, bem como a denominação de "Tribunal" ou expressão semelhante para a entidade e a de "Juiz" ou equivalente para seus membros.

Por fim, a resolução 125/2010 ainda impõe ao tribunais o dever de criar e manter um banco de dados sobre as atividades de cada centro, devendo ser compilado e mantido atualizado. Criando ainda o portal da conciliação, que exerce a função de uma revista com publicações referentes ao código de ética dos conciliadores, relatórios de cada centro, fórum de discussões sobre o tema e divulgação do relatório da semana nacional da conciliação.

Dentro dessas competências, várias técnicas, comuns a conciliação e a mediação, são empregadas, afim de tornar as audiências eficazes e como resultado, a redução da demanda processual. Nesse entendimento, para que os conciliadores e mediadores possam atuar, além de um dever de conduta ética e principiológica, devem ser usadas competências e metodologias voltada a autocomposição, que de acordo com o manual de manual de conciliação e mediação da Justiça Federal (2019) são, na fase da pré-mediação/conciliação, a etapa com as tratativas interinstitucionais realizadas previamente às sessões conciliatórias ou à estruturação de um programa específico.

Na fase de abertura da sessão de conciliação/mediação, deve o conciliador apresentar-se e pedir que as partes e seus representantes se apresentem, Identificar e diferenciar os papéis de cada um dos envolvidos, diferenciar o papel do conciliador do papel do juiz e explicar em linhas gerais como se dará o procedimento. Em que é preciso esclarecer que todos poderão se manifestar ao longo da sessão, mas que é fundamental respeitar a fala do outro, tentando evitar interrupções, informar da possibilidade de reuniões individuais ao longo da sessão, caso se entenda pela necessidade de obter maiores informações sobre o caso, indicar o tempo previsto para aquela sessão, colocando a possibilidade de novas sessões, caso as partes assim desejem e Informar também que as partes podem a qualquer momento interromper ou encerrar a sessão conciliatória. Vigete aqui o princípio da autonomia da vontade, de modo que as partes só permanecem no procedimento enquanto assim o quiserem.

Na fase de investigação inicial dos conflitos, são usadas as técnicas de escuta ativa, acolhimento das partes e legitimação das suas emoções, em outras palavras, as partes precisam sentir que eles são ouvidas, entendidas e que alguém se importar com a dor delas.

Na desenvolvimento da sessão, deve conciliador/mediador usar as técnicas de avaliação, sugestão e informação. Deve o condutor da sessão avaliar o conflito e as soluções discutidas pelas partes, sugerir, com base no que discutiram, as ideias e coloca-las à mesa e informar as partes os resultados dessa escolha, dado o princípio da decisão informada.

Por fim, redige-se o termo com todo o relatório da sessão, devendo-o ser de forma entendível as partes envolvidas naquele conflito e após isso, entregá-lo as partes.

Ao explanar como não se deve conciliar, Fernanda Tartuce (2019, p.210-215) expõe as condutas que devem ser evitadas no meio consensual dos conflitos, dentre eles, perguntar se tem acordo, explorar as desvantagens judiciais, como a morosidade e o alto valor condenatório ao final, intimidação e pressão das partes, algum pré-julgamento ou parcialidade na condução da sessão ou por fim, forçar um acordo. Tais condutas mostram-se como um verdadeiro desserviço à ciência multipartida, uma vez que atua em contrapartida aos princípios expostos no capítulo anterior.

4. A SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO COMO AÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

A semana nacional de conciliação, resultante primeiramente, do movimento pela conciliação, criado com o apoio da ministra Ellen Gracie e posteriormente fortalecido pela resolução 125/2010, nos termos do art. 5º, se resume a um mutirão processual de solução de conflitos, em todo o âmbito nacional e de forma uniforme, a semana nacional é tratada como uma das boas ações da política nacional de resolução dos conflitos.

No ano de 2019, dos dias 4 a 8 de novembro, será realizada a XIV semana nacional de conciliação em todo o País, envolvendo os Tribunais de Justiça, Tribunais do Trabalho e Tribunais Federais.

É um dado interessante o fato de que os dados de conciliação só passaram a ser computados após o Código de Processo Civil de 2015, mesmo a resolução 125/2010 implementando esse instituto no mesmo ano, devido a obrigatoriedade trazida pelo código acima em todas as ações cíveis, apenas após sua vigência em 2015, foi que o as sessões passaram a ser contabilizadas.

Durante a cerimônia de preparação para o XII encontro nacional do Poder Judiciário, a diretora executiva Maria Tereza Sadek evidenciou todo o estudo da atividade da justiça brasileira. Através do relatório do justiça em números 2018 do CNJ, o qual demonstrou que de 2015 a 2017, o Índice de Conciliação de decisões e sentenças homologatórias de acordo em relação ao total de decisões terminativas e sentenças, oscilou de 11% a 12%. Ainda de acordo com o relatório, Na fase de conhecimento, o 1º grau da Justiça alcançou índice de conciliação de 17%, se destacando o Tribunal de Justiça do Ceará com índice de redução processual por conciliação na fase de conhecimento em 25,6% e depois, o Tribunal de Justiça de Sergipe que na fase de execução, conseguiu reduzir as demandas por conciliação em 39,3%. A justiça do trabalho é a que mais concilia, obtendo êxito em 38% dos processos, seguindo, a justiça Federal com 10% de êxito na redução dos processos pela conciliação. Devido ao número expressivo de conciliações nos Estados, os responsáveis pela maior quantidade de processos parados, em 2014 eram 362 e em 2017 já são 982 CEJUSCS instalados.

É cediço o aumento do ativismo judicial e, devido a morosidade legislativa, tem contribuído para abarrotamento do Judiciário, resultando em uma maior utilidade de sua competência atípica para a resolução dos conflitos, seja por falta de lei ou pelo conflito entre elas. Diante desse cenário, o Ministro Gilmar Mendes (2017) documenta que a política pública é um programa governamental com ações voltadas a objetivos socialmente relevantes, para o autor:

Breve histórico da evolução da desigualdade social no Brasil evidencia que, apesar dos percalços de corrupção e ineficiência, o poder público tem atuado no sentido de efetivar os direitos sociais previstos pelo legislador constituinte. Contudo, como era razoável de esperar, trata-se de um desenvolvimento gradativo, absolutamente dependente das condições macroeconômicas, e que, certamente, ainda levará décadas para estar compatível com o espírito do Estado de bem-estar social almejado em 1988. Até lá?, o poder público terá? que conviver com outro desafio dos nossos tempos: a crescente busca da efetivação de direitos sociais em juízo. (MENDES, 2017.p.109).

O supramencionado autor demonstra que o excesso da judicialização nos traz alguns percalços, como a criação de um ambiente (nefasto) de apatia política, cujas consequências imediatas seriam: a transferência, para os tribunais, do locus, por excelência, de debates acerca da implementação dos programas e políticas sociais, que são as instâncias majoritárias e a transformação de pleitos e reivindicações de natureza eminentemente coletiva em demandas concretas individuais, o que compromete, em alguma extensão, o adequado funcionamento das instituições democráticas. Por mais que pareça uma crítica, para o Ministro Gilmar Mendes, em outras palavras, deve o Judiciário criar políticas públicas, mas com cautela, afim de não invadir a competência de outros entes.

Tais apontamentos são relevantes dada a consideração feita inicialmente pela res. 125/2010, a qual dispõe:

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas;

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação.

É possível inferir do que foi exposto até o momento que os métodos de solução dos conflitos e suas ações tem status de política pública sociais, contudo, conforme o que está disciplinando no art. 48 da Lei Complementar 101/2000, em todo e qualquer formulação das políticas públicas, deve haver incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos, o que não foi feito pelo Judiciário na formulação dessas e outras ações, como a semana nacional de conciliação, por exemplo. Entretanto, sendo evidente como a cultura consensual deve ser implementada pelo Estado, deve haver o cumprimento de todos os requisitos de formulação e melhoria das políticas de prevenção de conflitos como um todo e não apenas como meio de solução processual.

Mesmo a audiência de conciliação e mediação sendo obrigatórias apenas no âmbito das relações cíveis e de direitos disponíveis, a cultura da conciliação tem tomando conta de todas as áreas. Como já é sabido, de acordo com Telma Freitas (2018) atualmente temos as técnicas negociais aplicadas a área familiar, empresarial, comercial, nas relações de consumo, na saúde, na área escolar, comunitária, ambiental, nas religiões, no âmbito administrativo, imobiliário, penal e outros, ou seja, o sistema multiportas serve para a paz social e comunitária como

um todo, não se limitando a esfera processual, dada a necessidade de as pessoas aprenderem a resolver seus problemas e restabelecerem a convivência social.

Por fim, não pode o Estado continuar inerte diante de todo o exposto, devendo contribuir para a cultura de paz por meio de ações e financiamento de instituições colaboradoras dessa nova cultura, para que possa haver paz social e que esse dever não fique só a cargo do judiciário.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é evidente que a resolução 125/2010 inaugura uma nova ótica social nas demandas judiciais. Inicialmente, a resolução era aplicada apenas voluntariamente e após a edição do Código de Processo Civil de 2015, passou a ser obrigatória em todas as ações cíveis e de direitos disponíveis. Após esse período de obrigatoriedade, passou-se a não só implementar essa nova cultura de paz, como também a analisar sua evolução e sua eficácia na resolução de demandas judiciais.

O que se mostrou com os dados de 2015 a 2017 é que os dados da conciliação são ainda tímidos, em relação ao número de processos parados nos Tribunais. Entre as indagações feitas na pesquisa, a que se sobressai é a que toda política pública deve ter a participação popular em sua formulação e ações, sendo a política nacional de solução de conflitos algo criado institucionalmente.

Com isso, começou-se a se difundir essa cultura de paz nas comunidades, no trato com o meio ambiente, nas relações escolares, comerciais, entre outras, comprovando que uma política pública se torna efetiva aos anseios sociais, quando há uma maior participação popular em sua formulação e implementação.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm >. Acesso em: 13/05/2019.

BRASIL. **Lei 13.129, de 26 de maio de 2015.** Dispõe sobre o âmbito de aplicação da arbitragem e dispõe sobre a escolha dos

árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm >.

Acesso em: 13/05/2019.

BRASIL. **Resolução 125, de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> >. Acesso em: 14/05/2019.

BRASIL. **Lei no 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 14/05/2019.

BRASIL. **Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm >. Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça 2015. Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC. (Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça).

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

FREITAS, Telma. Mediação e Conciliação: 15 situações sociais em que elas podem ocorrer. Revista SAJ ADV . 14 de Dezembro de 2018. Disponível em: < <https://blog.sajadv.com.br/mediacao-e-conciliacao-2/> >

JUSTIÇA, Conselho Nacional. Relatório Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018.

MENDES, Gilmar. Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional / Gilmar Mendes, Paula Paiva. – 1.ed. – Sa?o Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Angela Maria dos. Conciliação e mediação perguntas e repostas. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/792a36b2facd828e3b0a2cd36adf3907.pdf>. Acesso em: 14/05/2019.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Arbitragem: mediação, conciliação e negociação / Luiz Antonio Scavone Junior. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAKAHASHI, Bruno. Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal / Bruno Takahashi ... [et al.]. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019. 179 p.

TARTUCE, Fernanda. Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias / Adolfo Braga Neto... [et al.]; coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.