

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1066

(Ano XIV)

(08/01/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



A história dos Tribunais de Contas no Brasil
Benigno Núñez Novo, 07.

ARTIGOS

Julgamento antecipado parcial de mérito nas ações suspensas em virtude de recurso repetitivo

Bruna Brandl Cañete, 12.

Jornada extraordinária - cargos da carreira do seguro social

Thiago Alves Silva, 29.

A imprescindibilidade do inquérito policial frente ao garantismo jurídico adotado na atual legislação processual penal

Pedro Moreno, 41.

Traficante x usuário de drogas sob a ótica da nova lei de drogas

Jonatas Alves da Silva Lopes, 50.

O Stealthing e a possibilidade do aborto legal

Katlheen Milene da Silva Lima e Luíza Felippetto Nani, 63.

O direito dos nascituros e a legalização do aborto

Maria Lorena Gomes Vieira, 76.

Transplantes de órgãos: uma análise procedimental e jurídica

Filippe Cardeal Nascimento, 85.

Do acolhimento do idoso em instituições de longa permanência e residência terapêutica

Fábio Magalhães Pinto, 160.

O Processo Administrativo Fiscal e a vedação de entendimentos proferidos pelo CARF

Ana Carolina Lessi Matarésio, 170.

Responsabilidade civil e erro médico nos casos de cirurgia plástica estética

Marcelle Abdo Garces Pereira Bitarães e Daniela André Moreira, 176.

A aplicação da teoria da cegueira deliberada (wilfull blindness ou ostrich instructions) no contexto dos crimes de lavagem de capitais

Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro e Guilherme Sabino N. Sidrônio de Santana, 195.

Parcerias público-privadas no Sistema Prisional brasileiro

Juliana Silva Duarte e Marcélio Dos Santos Rocha, 208.

Métodos adequados de solução de conflitos

Bruno Braz de Almeida e Thays Augusta Lopes Santos, 224.

A execução das medidas socioeducativas: Pesquisa Temática

Josiele Souza Santos, 234.

O papel da Defensoria Pública na efetivação do direito ao acesso à justiça

Fábio Magalhães Pinto, 243.

Videoconferência como recurso para a realização da audiência de instrução e julgamento e sua compatibilidade com o sistema processual penal brasileiro

Anna Beatriz Albuquerque Ribeiro, 251.

O Lucro Real e o Fisco

Ana Carolina Lessi Matarésio, 268.

A HISTÓRIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.¹

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise histórica sobre a função primordial dos Tribunais de Contas que é realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos, da Administração Pública direta e indireta, o que inclui autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

PALAVRAS-CHAVE: História; Tribunais; Contas; Brasil.

ABSTRACT: This article succinctly aims to make a historical analysis of the primary function of the Courts of Auditors, which is to carry out the accounting, financial, budgetary, operational and patrimonial inspection of federative entities, of the direct and indirect Public Administration, which includes autarchies, public foundations, public companies and mixed capital companies.

KEYWORDS: Story; Courts; Bills; Brazil.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo sucintamente hacer un análisis histórico de la función primordial de los Tribunales de Cuentas, que es realizar la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operativa y patrimonial de las entidades federativas, de la Administración Pública directa e indirecta, que incluye las autarquías, fundaciones públicas, empresas públicas y sociedades de capital mixto.

PALABRAS CLAVE: Historia; Tribunales; Cuentas; Brasil.

INTRODUÇÃO

O controle das finanças públicas remonta à antiguidade clássica nas legislações romana e grega, mas somente na Idade Média é que há registros de fatos atribuídos aos Tribunais de Contas como instituição. No Brasil, as primeiras manifestações de Controle

¹ mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: benignonovo@hotmail.com

das Contas Públicas ocorreram em 1680, quando a Coroa Portuguesa criou as Juntas das Fazendas das Capitâneas e a Junta da Fazenda do Rio de Janeiro.

Com a Independência do Brasil (1822) e a criação da Constituição Monárquica (1824) foi determinada a criação de um Tribunal denominado de Tesouro Nacional, porém este sistema não foi implantado.

Em 7 de novembro de 1890, por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, o Decreto nº 966-A criou o Tribunal de Contas da União, norteado pelos princípios da autonomia, fiscalização, julgamento, vigilância e energia. A fiscalização se fazia pelo sistema de registro prévio. Conforme o art. 71 da Constituição Federal o Tribunal de Contas da União é uma instituição com autonomia administrativa, financeira e orçamentária.

O Tribunal de Contas da União (TCU) é o órgão de controle externo do governo federal e auxilia o Congresso Nacional com a missão de acompanhar a execução orçamentária e financeira do país e contribuir com o aperfeiçoamento da Administração Pública em benefício da sociedade.

O Tribunal de Contas do Estado do Piauí foi o primeiro tribunal de contas estadual a ser criado através da primeira Constituição republicana estadual (Art. 98) e regulamentado pela Lei 210 de 1º de julho de 1899, assinada pelo então governador do Piauí Raimundo Arthur de Vasconcelos. A estrutura orgânica do Tribunal nos fins do século XIX era mínima.

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância dos Tribunais de Contas do Brasil, órgãos de controle externo fundamentais para garantir a República e a Democracia.

DESENVOLVIMENTO

O Brasil conta com 33 Tribunais de Contas, divididos em três níveis: União (TCU), Estados (nas 26 capitais e Distrito Federal), dos Municípios do Estado (Bahia, Goiás e Pará) e Tribunais de Contas do Município (São Paulo e Rio de Janeiro).

O Tribunal de Contas da União, com sede em Brasília, é órgão administrativo, composto por 9 (nove) Ministros. O TCU é um tribunal administrativo composto por nove ministros e exerce as seguintes funções: fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa, ouvidoria.

Seis Ministros do Tribunal de Contas da União são escolhidos pelo Congresso Nacional. Dois Ministros são escolhidos pelo Presidente da República entre os Ministros-substitutos e membros do Ministério Público junto ao TCU. O nono ministro é escolhido pelo Presidente da República, escolha essa que deve ser aprovada pelo Senado Federal.

O Tribunal de Contas consolidou-se no importante papel de proteção ao bem público, ficando claro que o mesmo não pertence a nenhum dos três poderes, sendo órgão de auxílio do Poder Legislativo, no exercício do controle externo da Administração.

A obrigação de prestar contas é de todo aquele que gere recurso público. Assim, no caso de uma prefeitura, por exemplo, quem estiver como dirigente municipal, prefeito ou prefeita, quando ocorrem as transferências de recursos pelo FNDE, torna-se responsável por prestar contas. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado e os Municípios respondam, ou que, em nome destes, assumam obrigações de natureza pecuniária.

A função primordial dos Tribunais de Contas é realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos, da Administração Pública direta e indireta, o que inclui autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Controle administrativo é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação. É normalmente definido como "autotutela".

Quanto à extensão do controle:

Controle Social

A constituição Federal tem diversos dispositivos que permitem um controle dos administrados, ou seja, formas de os cidadãos verificarem a regularidade da administração pública.

Por exemplo: qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e de ônus da sucumbência.

Temos também outro exemplo na Constituição Federal: Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Controle interno

O controle interno ocorre no âmbito da própria administração ou órgão do mesmo poder. O controle interno pode ocorrer com fundamento na hierarquia ou pode ser finalístico, ou seja, ele pode ocorrer entre órgãos dentro uma hierarquia ou pode ocorrer pela administração direta para com a administração indireta.

Então, se estamos diante de um agente ou órgão do Poder Legislativo e este possui atribuição para fiscalizar um ato administrativo pelo mesmo Poder Legislativo, estamos diante do controle interno, independente de hierarquia.

Além disso, a Constituição Federal determina que os poderes mantenham um sistema de controle interno: os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

- I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
- II – 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;
- III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
- IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Ou seja, cada poder tem seu controle interno e este tem como competência as atividades acima listadas.

Controle Externo

Por outro lado, chama-se controle externo quando um Poder exerce a revisão dos atos administrativos de outro Poder.

Por exemplo: a sustação, pelo Congresso Nacional, de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do Poder regulamentar.

Esse é um exemplo de controle externo, já que o Congresso Nacional (Poder Legislativo) exerce um controle sobre atos do Poder Executivo.

E então, quem tem a competência fiscalizatória do País? A Constituição Federal responde que o controle externo está a cargo do Congresso Nacional e será exercido

com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Ou seja, por essa parte da Constituição Federal, a competência para exercer o controle externo é do Congresso Nacional.

Nos estados, o controle externo é exercido pelas Assembleias Legislativas, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados. Nos municípios, o controle externo é exercido pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados e, em alguns casos, dos Tribunais de Contas Municipais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Tribunais de Contas têm a missão de assegurar e efetivar a fiscalização dos recursos públicos em benefício da coletividade como importantes órgãos efetivadores e participativos da Lei nº 12.527/11, de 18 de novembro de 2011, denominada Lei de Acesso à Informação. Pode-se afirmar que são os órgãos que mais se aproxima do controle fiscalizador a que o povo faz jus, portanto, as funções atribuídas aos Tribunais de Contas não podem ser cerceadas por nenhum dos Poderes, já que os mesmos são fundamentais para garantir a República e a Democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constitui%27ao_Compilado.htm. Acesso em: 14 de outubro de 2021.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/>. Acesso em: 14 de outubro de 2021.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em: 14 de outubro de 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de controle interno**: uma perspectiva do modelo de gestão Pública Gerencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO NAS AÇÕES SUSPENSAS EM VIRTUDE DE RECURSO REPETITIVO

BRUNA BRANDL CAÑETE:

Graduada em Direito pela UFRN e Pós-Graduada em Prática Jurisdicional pela ESMARN.

RESUMO: O CPC/15 teve como um dos seus objetivos criar mecanismos de estabilidade da jurisprudência, tendo aprimorado o sistema dos recursos repetitivos, possibilitando, agora, a suspensão dos processos que versem sobre o tema afetado. Apesar disso, uma consequência foi a relevante quantidade de demandas suspensas na origem que possuem pedidos não abrangidos pelo tema e passíveis de apreciação imediata, situação que impede a garantia da duração razoável do processo. Assim, o presente trabalho objetiva analisar a aplicação do julgamento antecipado parcial de mérito às ações suspensas em virtude de recurso repetitivo, de modo a harmonizar os princípios constitucionais presentes no caso.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Recursos repetitivos. Julgamento antecipado parcial de mérito. Duração razoável do processo.

ABSTRACT: The CPC/15 had as its objective create mechanisms of uniformity of jurisprudence, having improved the system of multiple appeals, now allowing the suspension of processes that deal with the affected subject. Despite this, an implication was the significant number of suspended processes, which have requests not covered by the affected subject and can be immediately analyzed, a situation that prevents the guarantee of a reasonable duration of the process. This work aims to analyze the possibility of applying the anticipated partial judgment of merit to actions suspended because of repetitive appeal, harmonizing with the constitutional principles present in the case.

Key-words: Civil Code Procedure. Repetitive appeals. Anticipated partial judgment of merit. Reasonable duration of the process.

SÚMARIO: 1. Introdução. 2. Inovações e objetivos consagrados pelo código de processo civil de 2015. 3. A introdução do julgamento antecipado parcial de mérito pelo diploma processual de 2015. 4. O sistema de recursos repetitivos: principais aspectos e possibilidade de suspensão dos processos. 5. O julgamento antecipado parcial de mérito nas ações suspensas em virtude de recurso repetitivo. 6. Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

Após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, constatou-se a existência de inúmeras ações suspensas em virtude de recurso repetitivo, as quais possuíam, além dos pedidos abrangidos pelo tema afetado, outros que estavam em condições imediatas de julgamento.

Dessa maneira, foi percebido que, por mais que os jurisdicionados tivessem a certeza de que a mesma tese jurídica seria aplicada a todos os casos idênticos, preservando suas legítimas expectativas, por outro, as demais pretensões, que nenhuma pertinência tinha com o tema, restavam prejudicadas sob o viés da duração razoável do processo.

Tal situação passou a gerar incômodo, tendo surgido a necessidade de apresentar uma proposta viável de solução. Dessa forma, faz-se importante analisar a aplicação do instituto do julgamento antecipado parcial de mérito às ações suspensas em razão de recurso repetitivo, que possuam pedidos não abrangidos pelo tema.

Dá-se início ao estudo tecendo uma análise da nova perspectiva trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, isto é, de que as relações jurídicas no Estado Democrático de Direito devem se pautar na Constituição Federal, a fim de assegurar direitos e garantias fundamentais.

Seguidamente, discorre-se sobre o instituto do julgamento antecipado parcial de mérito, inovação consagrada sistematicamente pelo diploma processual de 2015, analisando seus principais aspectos e destacando de que forma esta possibilidade tem o potencial de assegurar a celeridade e duração razoável do processo às partes envolvidas.

Em sequência, intenta-se examinar, ainda que brevemente, o sistema de recursos repetitivos previsto no Código de Processo Civil de 2015, mais precisamente sobre a inovação referente à suspensão das demandas cuja pretensão seja idêntica à do recurso piloto, na tentativa de evitar decisões conflitantes e, por decorrência, preservar a segurança jurídica.

Já no segundo capítulo, desenvolve-se o estudo sobre a possibilidade de aplicação do instituto do julgamento antecipado parcial de mérito às ações suspensas em virtude de recursos repetitivos, destacando a existência ou não de vedações legais, bem como os benefícios trazidos por tal opção.

Para extrair tais conclusões, o presente trabalho se utiliza da análise doutrinária sobre a matéria, que, por mais incipiente que seja, oferece substrato suficiente para a proposta pretendida. Igualmente, averigua-se os aspectos procedimentais dos institutos envolvidos, presentes no diploma processual civil, de maneira a oferecer uma visão geral apta a embasar as conclusões produzidas.

2 INOVAÇÕES E OBJETIVOS CONSAGRADOS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Com o passar do tempo, inúmeras reformas foram realizadas no Código de Processo Civil de 1973, de modo a compatibilizá-lo com as mudanças e anseios sociais. No entanto, essa tentativa acabou por gerar um efeito indesejado, que foi o comprometimento da funcionalidade sistêmica do dispositivo e enfraquecimento da coesão das normas processuais.

Além disso, o diploma até então vigente destinava-se a solucionar conflitos de natureza individual, objetivando entregar uma decisão a cada caso concreto, o que evidenciou sua incapacidade e inadequação de tutelar os conflitos contemporâneos repetitivos.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 foi pensado no sentido de garantir a operabilidade do sistema, de maneira a efetivamente conferir aos jurisdicionados a realização dos direitos ameaçados ou violados. Essa função pragmática de “solução necessária” é extraída da própria exposição de motivos do Código de Processo Civil 2015 (2010, p. 25), que desse modo dispõe:

Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais.

De modo geral, é possível afirmar que o Código de Processo Civil de 2015 buscou seguir uma tendência processual de máxima efetividade da tutela jurisdicional, à luz das garantias constitucionais do processo, e de redução das demandas repetitivas, a partir da criação e aperfeiçoamento de técnicas com vistas a impedir a proliferação desordenada dessas demandas.

Nesse sentido, indica Sofia Temer (2016, p. 38):

A feição repetitiva dos conflitos judicializados (ou de questões pontuais neles debatidos) tornou premente a necessidade de adequação da técnica processual e reinvenção do processo judicial. O devido processo legal, pensado para os processos individualizados e únicos, demonstrou-se inadequado para as demandas repetitivas.

Sob o viés da compatibilização do Código de Processo Civil 2015 com as garantias fundamentais, o diploma processual deixou evidente ser um dos seus pilares a busca pela

tempestividade procedimental, tendo assim expressado no art. 4º: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Inquestionável, dessa forma, a opção do legislador de garantir a tempestividade procedimental e jurisdicional como elemento estruturante e pressuposto para um processo constitucional.

Ainda, tendo em vista a deficiência da prestação jurisdicional na abordagem de lides multitudinárias, principalmente sobre o enfoque da segurança jurídica, outro objetivo do Código de Processo Civil de 2015 foi uniformizar a jurisprudência, na tentativa de conferir efetividade às demandas dessa natureza, tendo, como dito, criado novos mecanismos e aprimorado os já existentes.

Sobre essa necessidade iminente, ressalta-se as lições de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 122):

O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e têm o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades.

Nesse sentido, sob o prisma da segurança jurídica, percebe-se a intenção legislativa de garantir, por intermédio do diploma processual, condições de operacionalizar maneiras de uniformização do entendimento dos tribunais acerca de teses jurídicas, de modo a proteger as expectativas dos jurisdicionados.

Há de se ressaltar que as regras que pretendem uniformizar a jurisprudência também redefinem o princípio da igualdade. Tendo em vista os ditames constitucionais, esse princípio deve ser observado não apenas quando da edição das leis, ou da atuação da Administração Pública, mas também quando da concretização da atividade jurisdicional.

A respeito disso, pontuam Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 534):

Nesse sentido, a igualdade, como bem apontado por Luiz Guilherme Marinoni, não pode limitar-se, no âmbito do exercício da função jurisdicional, ao tratamento isonômico das partes, com garantia de participação em igualdade de armas, ou à igualdade de acesso à

jurisdição e igualdade de acesso a determinados procedimentos e técnicas processuais; é necessário pensar também no princípio isonômico visto sob o viés da *igualdade perante as decisões judiciais*.

Portanto, essa exigência se relaciona com a concepção de igualdade e justifica o respeito aos precedentes, os quais devem ser vistos como parâmetro para solução de eventuais conflitos.

Sendo assim, o presente capítulo tem por objetivo analisar dois dos principais institutos previstos no Código de Processo Civil de 2015, o recém-criado julgamento antecipado parcial do mérito e o já existente sistema de recursos repetitivos – que ganhou forma na vigência do novo diploma – tendo como enfoque os aspectos mais importantes para o deslinde do tema.

3 A INTRODUÇÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO PELO DIPLOMA PROCESSUAL DE 2015

Tendo em vista essa perspectiva de modernização, o Código de Processo Civil de 2015 buscou trazer reformas mais profundas, que garantissem a celeridade e efetividade do resultado da ação, anseios estes há muito tempo reclamados pela sociedade.

Sendo assim, uma inclusão de destaque realizada pelo diploma foi o *Julgamento Antecipado Parcial do Mérito*, consagrado em seu art. 356, que assim dispõe:

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I – mostrar-se incontroverso;

II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2º se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

Embora o conceito seja eminentemente novo, o instituto já encontrava similitudes no Código de Processo Civil de 1973, eis que, por exemplo, o autor da demanda não encontrava nenhum impedimento ao requerer o adiantamento do julgamento de mérito da parte incontroversa sob a forma de tutela antecipatória.

Ainda assim, é possível afirmar que o legislador do diploma processual de 2015 fez constar, de maneira inovadora e sistemática, a possibilidade de fracionamento do mérito do processo como tal, em que ao magistrado é conferido a opção de julgar cada um dos pedidos separadamente.

A respeito do tema, cabível o seguinte destaque (SIQUEIRA, 2016, p. 189):

Já o CPC/15, como se infere de uma rápida análise do art. 356, buscou não apenas disciplinar as condições necessárias ao julgamento antecipado parcial, mas também procurou operacionalizá-lo, regulamentando as consequências que causa em outros institutos processuais.

Por conseguinte, regulamentando o tema minuciosamente, o novo Código de Processo Civil de 2015 findou com qualquer questionamento de aplicação do instituto, deixando evidente a viabilidade de apreciar, em etapas distintas, pedidos cumulados em um só processo, tendo como pressuposto que cada qual possui um momento procedimental distinto.

A partir do inciso I do dispositivo mencionado, extrai-se que, uma das possibilidades de aplicação do instituto ocorre “quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles se mostrar incontroverso”. Nessa hipótese, entende-se que a situação tratada se perfectibiliza quando, por ausência de impugnação específica e dispensabilidade de produção de outras provas, uma das pretensões já permite imediata apreciação.

Exemplifica-se (NERY JUNIOR e NERY, 2015, p. 968):

Havendo admissão parcial da pretensão pelo réu, quando, por exemplo, o autor pede 200 e o réu admite a dívida, mas diz que o valor é de 100, dá-se a hipótese de julgamento parcial do mérito, exatamente quanto à parte sobre a qual não houve controvérsia.

Por sua vez, conforme dispõe o inciso II, a outra hipótese se configura quando um dos pedidos estiver em condições suficientes de ser julgado, nos termos do art. 355 do Código de Processo Civil de 2015, isto é, nas situações em que for dispensável a produção de outras provas ou estando configurada a revelia do réu e ausente requerimento de prova.

Nesse aspecto, inexistem maiores questionamentos quanto à segunda possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito, uma vez que se configura, essencialmente, quando uma ou mais pretensões existentes no processo puder ser avaliada com base nas alegações formuladas ou simplesmente a partir do acervo probatório já produzido.

Sem dúvidas, a maior polêmica que persistia antes do Código de Processo Civil de 2015, pertencente à parcela da doutrina que aceitava a fragmentação do mérito a partir da aplicação do §6º do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, dizia respeito à natureza jurídica do pronunciamento judicial proferido nesse caso e, conseqüentemente, o recurso apto a questionar tal decisão.

Por um lado, defendia-se que, dado o conteúdo do ato judicial, o julgamento antecipado assumiria a roupagem de sentença, questionável, portanto, por recurso de apelação. Por outro, em razão do pronunciamento em questão não extinguir o processo, entendia-se que seria decisão interlocutória.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o legislador esclareceu qualquer questionamento existente sobre o tema, eis que, o §5º do art. 356 afirma que o recurso cabível no caso de julgamento antecipado parcial é o agravo de instrumento. Ainda, o art. 1.015, inc./inciso II, dispõe ser a hipótese uma daquelas em que será possível impugnar de imediato a decisão interlocutória².

De todo modo, a partir das peculiaridades traçadas, extrai-se que, o instituto trata de verdadeira resolução do mérito e não antecipação dos efeitos da tutela, tendo como especificidade a abrangência de parte das pretensões formuladas.

Com efeito, o art. 356 do Código de Processo Civil de 2015 rompeu com um dos principais paradigmas existentes, sedimentado na sistemática processual civil e até então preservado pelos Tribunais Pátrios, qual seja, a unicidade de julgamento, isto é, a concepção de que uma única sentença deveria abranger todos os provimentos judiciais.

² Outrossim, é necessário destacar o §1º do art. 203, que assim informa: "sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum". Isto é, o Código de Processo Civil de 2015 esclarece que apenas a decisão apta a encerrar o processo será considerada sentença, caso contrário, independentemente do seu conteúdo, constituirá decisão interlocutória, recorrível por agravo de instrumento.

Atualmente, parece impensável, por ser completamente ultrapassada, a ideia de que, havendo cumulação de pedidos independentes entre si e estando um deles em estado de imediata apreciação, o autor da demanda tenha que aguardar o provimento final, tão somente para preservar a mencionada *unidade de julgamento*.

Dessa maneira, torna-se pertinente o destaque da seguinte reflexão (MORAES, 2017, p. 61):

Em tempo, não faz sentido que o autor, que cumulou seus pedidos para respeitar o princípio da economia e instrumentalidade processual, ter que esperar a sentença final do processo, mesmo que uma das ações já esteja apta para julgamento³.

Contrapondo-se a essa situação, o instituto do julgamento parcial de mérito promove a celeridade processual e a efetividade da tutela jurisdicional, possibilitando que os bens da vida sejam entregues de acordo com seus respectivos tempos de julgamento. Evita-se, assim, que a tutela de um direito incontroverso tenha que ser adiada pela necessidade de apurar a existência de outro sobre o qual ainda persista dúvida.

A ideia foi muito bem sintetizada no seguinte trecho (BARBOSA, 2013, p. 16):

A partir do momento em que se diminui o lapso para se chegar à resposta jurisdicional definitiva (ainda que esta se dê, apenas, em relação à parcela do que é discutido em Juízo), concretiza-se com maior celeridade o que é justo no caso concreto, aproxima-se, com mais intensidade, do ideal de acesso à justiça. (grifo do ator).

Isso se explica considerando que, quando o direito de ação é compreendido como o direito às técnicas processuais hábeis à obtenção das tutelas prometidas pelo direito material, ele garante às partes a duração razoável do processo (MARINONI, 2009, p. 83). Nesse aspecto, a efetividade e a tempestividade estão intimamente relacionadas.

Dessa maneira, considerando as ponderações realizadas no presente tópico, pode-se afirmar que o instituto introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015 proporciona, entre outros, dois benefícios relevantes, quais sejam, a possibilidade de julgamento de um ou mais pedidos – independentemente das divergências que persistam quanto aos demais – harmonizando a tutela com a previsão constitucional de duração razoável do processo,

³ MORAES, Arthur Bobsin de. *Julgamento antecipado parcial de mérito: o fracionamento da sentença como método de atingir a duração razoável do processo*. Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/177314/BOBSIN%20DE%20MORAES%2C%20Arthur.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

e direcionamento da produção probatória para os aspectos ainda pendentes, de acordo com a respectiva realidade.

4 O SISTEMA DE RECURSOS REPETITIVOS: PRINCIPAIS ASPECTOS E POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DOS PROCESSOS

Pode-se considerar como uma das principais inovações do Código de Processo Civil de 2015, aliada aos fundamentos constitucionais, as regras relativas à segurança jurídica que buscam a estabilidade e uniformidade da jurisprudência, considerando que, na vigência de um Estado Democrático de Direito, torna-se necessária a proteção das legítimas expectativas mantidas pelos jurisdicionados.

Sobre o tema, leciona Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 240):

E o Estado Constitucional de Direito demanda que haja igual tratamento dos indivíduos perante a lei, do ponto de vista formal e material. Não é admissível que o direito seja interpretado de maneiras diferentes em casos similares, isso é uma afronta não só ao princípio da segurança jurídica, mas também ao princípio da igualdade garantido na Constituição.

Essa busca pela garantia da segurança jurídica é igualmente extraída da própria exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 (2010, p. 19-20), que assim dispõe: “Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização dos entendimentos dos Tribunais Brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia” e ainda “talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam os que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência”.

Como se sabe, o valor constitucional da segurança jurídica se vincula ao art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, que afirma: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Assim, a ideia que se retira é a preocupação do constituinte de assegurar que situações consolidadas no passado sejam respeitadas no presente e no futuro.

Apesar disso, a segurança jurídica deve ser repensada no sentido de igualmente tutelar as legítimas expectativas e as condutas adotadas em decorrência de um comportamento atual, a partir da previsibilidade da atuação do Estado-juiz.

Do mesmo modo, a previsibilidade e a estabilidade da prestação jurisdicional se relacionam com a garantia da isonomia, uma vez que, ao fixar uma tese jurídica aplicável

às mesmas situações, o judiciário consolida seu entendimento e permite que os jurisdicionados restabeleçam a confiança no sistema.

Os fundamentos dos mecanismos que buscam uniformizar a jurisprudência são bem desenvolvidos por Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso (2016, p. 17) na seguinte passagem:

Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Poder Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia.

Igualmente destaca Luiz Guilherme Marinoni: “tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do poder e para a manutenção da segurança necessária ao desenvolvimento das relações sociais” (citado por TEMER, 2016, p. 40).

Nesse segmento ideológico, o Código de Processo Civil de 2015 aprimorou os mecanismos já existentes no diploma anterior e criou novos, na tentativa de evitar a dispersão da jurisprudência e assegurar que uma mesma situação jurídica possua idêntica interpretação e aplicação.

Especificamente sobre o tema dos Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos, optou o diploma por unificar o procedimento, prevendo agora dispositivos aplicáveis a ambos. A diferença fica tão somente por conta da repercussão geral, a qual deve ser verificada, no caso dos Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos, e de alguns aspectos existentes no regimento interno das cortes superiores, que preveem algumas questões mais singulares (NERY JUNIOR e NERY, 2015, p. 2207).

Em síntese, havendo nas cortes de origem multiplicidade de recursos especiais ou extraordinários versando sobre a mesma tese jurídica, o tribunal de origem selecionará um ou mais recursos representativos da controvérsia e os encaminhará ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, respectivamente, suspendendo o andamento dos demais.

Ressalta-se que nessa escolha, o tribunal de origem deverá selecionar os recursos que amplamente discutam a matéria, isto é, que demonstrem maior viabilidade de serem conhecidos, tendo em vista que a fixação da tese jurídica pelas cortes superiores é de interesse geral e social, transcendendo os interesses jurídicos das partes originárias.

A respeito da escolha do recurso representativo, torna-se/é válido destacar o seguinte ensinamento (NERY JUNIOR e NERY, 2015, p. 2209):

A seleção do recurso representativo da controvérsia visa proceder a julgamento mediante discussão ampla, lógica e com argumentos sólidos. Portanto, quando da seleção do recurso, tanto o presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* quanto o relator no tribunal *ad quem* deverá atentar para o tratamento da questão controvertida nas razões do recurso, para o que o CPC 1036 destaca a abrangência da argumentação e da discussão travada pelo recorrente. (grifo do autor).

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 reforçou o sistema dos recursos repetitivos, possibilitando, agora, a suspensão dos processos que contenham controvérsia idêntica à do recurso selecionado, tanto daqueles procedimentos em primeiro e segundo grau, quanto dos recursos especiais ou extraordinários pendentes de apreciação nas cortes superiores.

Sobre essa possibilidade de suspensão, ressalta-se a seguinte opinião, que, à vista da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, constitui um dos objetivos almejados pelo diploma (PAZELLO, 2016):

O sobrestamento de todos os processos, em qualquer grau de jurisdição, nos parece a alteração que trará mais efetividade à ideia de um Poder Judiciário mais célere, isonômico e estável no que tange às teses repetitivas. Trata-se de norma cogente, ou seja, de cumprimento obrigatório pelos ministros do STJ e STF e que tem por objetivo evitar decisões conflitantes sobre uma questão já afetada à análise dos Tribunais Superiores; e, ao mesmo tempo, agilizar o trâmite dos processos com matéria idêntica.

Em sequência, caso seja julgado o mérito do recurso pelo Superior Tribunal de Justiça/ Supremo Tribunal Federal, os recursos que estavam suspensos voltarão a correr, devendo os tribunais de origem apreciar a admissibilidade e aplicar, obrigatoriamente, a tese jurídica definida pelas cortes superiores.

Fixados os aspectos gerais sobre o sistema dos recursos repetitivos, um ponto que deve ser ressaltado é a limitação temporal de suspensão dos processos na origem. Dessa forma, em sua redação original, merece salientar o art. 1.037 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento;

II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

III - poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

[...]

§ 4º Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 5º Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar da publicação da decisão de que trata o inciso I do *caput*, cessam automaticamente, em todo o território nacional, a afetação e a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal.

A partir do trecho acima citado, é possível verificar que, originariamente, existia previsão legal de que os processos ficariam suspensos por período determinado, correspondente a um ano, a fim de preservar a duração razoável do processo, que poderia restar prejudicada.

Sucedo que, posteriormente, o § 5º do referido artigo foi revogado pela Lei nº 13.256 de 2016, de modo que, a partir de então, os processos suspensos em virtude da existência de recurso repetitivo permanecem parados até a fixação da tese jurídica pela respectiva Corte Superior.

Conseqüentemente, a questão ganhou repercussão, eis que não é incomum verificar a demora de anos em realizar o julgamento de determinado tema pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, a alteração legislativa deixou evidente a preferência pela preservação da segurança jurídica, em detrimento, nesta situação específica, da duração razoável do processo, da efetividade e do acesso à justiça, no intuito de evitar decisões possivelmente contrárias ao futuro padrão decisório.

Apesar disso, é necessário encontrar instrumentos que possibilitem compatibilizar a situação retratada com os princípios constitucionais destacados, uma vez que a confiança da sociedade no Poder Judiciário decorre de um conjunto harmônico de fatores, o qual não se verifica quando configurada a demora excessiva na apreciação de pretensões aptas a julgamento imediato.

5 O JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO NAS AÇÕES SUSPENSAS EM VIRTUDE DE RECURSO REPETITIVO

Como destacado nos tópicos subsequentes, o Código de Processo Civil de 2015 previu que os processos que discutam controvérsia idêntica à debatida no recurso repetitivo selecionado – delimitada a partir da afetação do tema – permaneçam suspensos até a decisão final adotada pelas cortes superiores, evidenciando a preocupação legislativa de evitar que os magistrados decidam de modo contrário à futura tese fixada.

Por consequência, o princípio da duração razoável do processo ficou em segundo plano, principalmente nos casos em que há pretensões não abrangidas pelo tema objeto do recurso selecionado.

Dessa maneira, tendo em vista que a previsão de limite temporal de suspensão foi revogada pela Lei nº 13.256 de 2016, é possível que as partes aguardem por anos a fixação da tese e deliberação das pretensões vinculadas aos seus respectivos processos pelo juízo competente.

Outrossim, não é difícil verificar que, nos processos suspensos em virtude de recurso repetitivo, existam pretensões não abrangidas pelo tema, que, por sua vez, podem ser imediatamente apreciadas, à vista das provas contidas nos autos, as quais se mostram suficientes para formação do convencimento do juízo.

Sendo assim, os referidos pedidos permanecem aguardando a fixação da tese jurídica pelo Superior Tribunal de Justiça/ Supremo Tribunal Federal para então serem apreciados, quando, na verdade, não possuem nenhuma pertinência temática com a questão, isto é, foram cumulados por deliberação da parte demandante tão somente por decorrerem da mesma situação circunstancial.

À vista disso, é possível conjecturar especular a possibilidade de o magistrado responsável pelo processo suspenso julgar antecipadamente o mérito dos pedidos não

englobados pelo tema afetado, quando estes já se encontrarem em condições suficientes de apreciação, considerando o acervo probatório.

Desse modo, a aplicação do instituto do julgamento antecipado à hipótese ressaltada garante que a parte tenha sua pretensão analisada em lapso temporal adequado, de maneira compatível com a segurança jurídica, tendo em vista que, após a apreciação meritória do recurso pela corte superior, a tese jurídica definida será obrigatoriamente aplicada aos demais pedidos.

Ainda, cumpre destacar que inexistente impedimento legal para o julgamento antecipado parcial dos pedidos não abrangidos pelo recurso repetitivo. A partir da análise dos art. 1.036 a 1.040 (Do julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos), não é extraível nenhuma vedação que impeça os demais pedidos contidos na lide de serem julgados enquanto o recurso repetitivo continua pendente de apreciação.

Pelo contrário, considerando a essência do instituto, pode-se concluir que a situação retratada é, de fato, uma das hipóteses em que o magistrado pode se utilizar do permissivo legal, a fim de assegurar a duração razoável do processo, o acesso à justiça, bem como a efetividade da tutela jurisdicional.

Inclusive, dessa maneira permite o Enunciado nº 126, editado na II Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Superior Tribunal de Justiça:

Enunciado 126: O juiz pode resolver parcialmente o mérito, em relação à matéria não afetada para julgamento, nos processos suspensos em razão de recursos repetitivos, repercussão geral, incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência.

Com efeito, o enunciado editado consagra o entendimento defendido no decorrer do presente trabalho, abrangendo ainda os demais institutos previstos no Código de Processo Civil de 2015 que buscam a uniformização da jurisprudência.

Constata-se que, sendo favorável o conjunto probatório contido nos autos, é possível que o magistrado julgue antecipadamente o mérito dos pedidos não abrangidos pelo tema afetado no sistema dos recursos repetitivos, inexistindo vedação legal para isso.

E mais, a hipótese merece ser não apenas defendida, mas sim incentivada, tendo em vista que por um lado preserva a segurança jurídica e, por outro, assegura a duração razoável do processo, a efetividade da tutela e o acesso à justiça, valores estes decorrentes do texto constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muito tempo a sociedade desejava um direito processual civil compatível e harmônico com os preceitos constitucionais, o que não era possibilitado pelo Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista seu comprometimento sistêmico, decorrente das inúmeras reformas promovidas, e modelo pensado a partir dos conflitos existentes à época em que foi instaurado.

Com isso, verificou-se que o acesso à justiça não se configura com a simples sentença de mérito, mas sim quando, além da decisão, há isonomia, celeridade e segurança jurídica, dentro de prazo razoável de duração. Carecendo o sistema processual de efetividade, as normas de direito material tornam-se ilusórias, desprovidas de expectativa de se concretizar no mundo fático, por meio do processo.

Pensando nisso, o Código de Processo Civil de 2015 procurou corrigir esses aspectos, de modo a atender as mudanças e anseios sociais, tendo criado novos mecanismos processuais e aprimorado aqueles que obtiveram resultados positivos. Buscou-se acabar com a concepção que via o processo como teoria indiferente à sua natureza essencial de resolução de conflitos, para, a partir de então, realizar valores constitucionais.

Foi destacado que uma inovação relevante trazida pelo diploma foi o instituto do julgamento antecipado parcial do mérito, o qual permite ao magistrado julgar os pedidos cumulados separadamente, de acordo com o estágio processual de cada um, quebrando, como visto, com o paradigma até então existente de *unicidade de julgamento*.

Constatou-se que o instituto promove a efetividade da tutela jurisdicional e garante aos jurisdicionados a duração razoável do processo, uma vez que os bens da vida são entregues na medida em que adequados para julgamento, sem a necessidade de esperar a resolução da controvérsia com relação aos pedidos restantes.

Outra questão percebida foi a existência de posicionamentos distintos e incompatíveis nos tribunais pátrios com relação ao mesmo tema, tendo por consequência o tratamento diametralmente oposto conferido a jurisdicionados que se encontram em situações idênticas, fenômeno que ocasiona intranquilidade e questionamentos pela sociedade.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 previu regras referentes à segurança jurídica, objetivando estabilizar e uniformizar a jurisprudência de maneira a proteger as expectativas nutridas pelos jurisdicionados. A partir disso, buscou consagrar a ideia de que, uma vez firmado determinado posicionamento jurisprudencial, este deve ser mantido, exceto quando houver relevantes razões que justifiquem sua alteração.

Considerando tal orientação, verificou-se que o diploma processual reforçou o sistema dos recursos repetitivos, permitindo, a partir de agora, a suspensão dos processos que possuam controvérsia idêntica ao tema afetado, no intuito de evitar decisões divergentes da futura tese jurídica fixada.

Como consequência dessa orientação legislativa, foi notado que, em que pese a segurança jurídica tenha sido preservada, a duração razoável do processo restou em segundo plano, uma vez que até mesmo os pedidos não abrangidos pelo tema afetado ficavam suspensos aguardando a resolução da questão pelas cortes superiores, ainda que em estado de imediato julgamento.

Dessa forma, defendeu-se na presente pesquisa a aplicação do instituto do julgamento antecipado parcial de mérito às ações suspensas em razão de recurso repetitivo, mais especificamente com relação aos pedidos não abrangidos pelo tema afetado e passíveis de apreciação pelo juízo competente a partir das provas já produzidas pelas partes.

Concluiu-se que inexistente vedação legal para que essa opção seja adotada pelo magistrado, bem como que, dada a natureza do instituto, a hipótese retratada constitui uma das situações em que é viável o julgamento do mérito de parte das pretensões formuladas à inicial, permitindo que os valores constitucionais envolvidos sejam preservados harmonicamente.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Bruno Valentim. **Julgamentos Parciais de Mérito no Processo Civil Individual Brasileiro**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 82-97, out/nov., 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, n. 3, ano?, p. 1-47, jul./set. 2016.

MORAES, Arthur Bobsin de. *Julgamento antecipado parcial de mérito: o fracionamento da sentença como método de atingir a duração razoável do processo*. Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/177314/BOBSIN%20DE%20MORAES%2C%20Arthur.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAZELLO, Fernanda Ramos. O recurso repetitivo e o sobrestamento de processos no novo CPC: aplicação pelos Tribunais. **Migalhas**, São Paulo, 24 jun. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241276,11049-O+recurso+repetitivo+e+o+sobrestamento+de+processos+no+novo+CPC>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. O julgamento antecipado parcial do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Civil Procedure Review**, Local?, v. 7, ano ?, n. 1, p. 165-208, jan./abr., 2016. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=508%3Ao-julgamento-antecipado-parcial-do-merito-no-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro-thiago-ferreira-siqueira&catid=88%3Apdf-revista-n1-2016&Itemid=111&lang=pt>. Acesso em: 26 jan. 2019.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

JORNADA EXTRAORDINÁRIA - CARGOS DA CARREIRA DO SEGURO SOCIAL

THIAGO ALVES SILVA: Pós-graduando no curso de Direito Constitucional da rede de ensino LFG/Anhanguera. Bacharel em direito. Advogado regularmente inscrito na OAB/GO.

RESUMO: O presente trabalho tem como propósito, o conhecimento acerca do tema jornada de trabalho dos servidores públicos federais, da carreira do Seguro Social, a fim de verificar a possibilidade do direito ao pagamento do adicional de serviço extraordinário ou da compensação da jornada. O Instituto Nacional do Seguro Social por meio da Instrução Normativa nº 76/2014, vedou essa possibilidade violando o texto constitucional e legal, sendo seus dispositivos ao criar uma verdadeira inovação normativa ao extrapolar o poder regulamentar, violar o princípio da legalidade (art. 37, caput da CF) e competência legislativa, inconstitucional e ilegal.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade e ilegalidade da Instrução Normativa. Horas extras. Adicional de serviço extraordinário.

ABSTRACT: El presente trabajo tiene como propósito, el conocimiento acerca del tema del jornada de trabajo de los funcionarios públicos federales, de la carrera del Seguro Social, a fin de comprobar la posibilidad del derecho al pago del adicional de servicio extraordinario o de la compensación de la jornada. El Instituto Nacional del Seguro Social por medio de la Instrucción Normativa nº 76/2014, vedó esa posibilidad violando el texto constitucional y legal, siendo su disposición al crear una verdadera innovación normativa al extrapolar el poder reglamentario, violar el principio de legalidad (artículo 37 , caput de la CF) y competencia legislativa, inconstitucional e ilegal.

Keywords: Ilegalidad de la Instrucción Normativa. Hora extra. Derecho a la percepción de adicional por servicio extraordinario.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade, estudar o tema jornada extraordinária, servidores federais, cargos da carreira do Seguro Social. Os detentores desses cargos, são impedidos de prestarem trabalho além da jornada normal de 08 horas diárias e 40 semanais, e de 06 horas diárias e 30 semanais, ao servidor com jornada especial.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em 02 (dois) capítulos. No primeiro capítulo se observará quanto, a jornada de trabalho dos servidores públicos federais, carreira do Seguro Social, no que se refere a possibilidade de banco de horas e adicional de serviço extraordinário. O segundo capítulo da inconstitucionalidade e ilegalidade da

instrução normativa nº 76/2014/INSS, versando quanto a sua incompatibilidade ao texto constitucional e legal, ao vedar a possibilidade “banco de horas”.

Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada a metodologia as fontes primárias, os textos das normas legais; e como fontes secundárias as decisões judiciais, as jurisprudências, e as doutrinas, concernem ao tema proposto. Estas últimas para elaboração e entendimento daquelas primeiras. Ou seja, a utilização dos conteúdos normativos estudados pela doutrina e pela jurisprudência para, com isso, desenvolver e aprofundar o estudo.

Por fim, o objeto deste trabalho científico voltará em verificar a importância temática da jornada extraordinária dos servidores públicos, cargos da carreira do Seguro Social, em razão da inexistência de trabalhos científicos com o mesmo tema proposto.

1 JORNADA DE TRABALHO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS, CARREIRA DO SEGURO SOCIAL

A Constituição do Brasil de 1988, ao estabelecer no capítulo “Dos Direitos Sociais” traz regras e princípios, explícitos ou decorrentes implicitamente, desta, que aplicam-se aos trabalhadores em geral, irradiando-se para todo o sistema.

No que concerne ao tratamento isonômico dos trabalhadores em geral, a Carta Magna, em seu artigo 7º, dispõe os direitos e garantias, os quais são assegurados, a todos os trabalhadores, é fruto da irradiação sistêmica do princípio da igualdade findado no inciso I, do artigo 5º.

A Carta Magna, em seu § 3º do artigo 39, abrange também os servidores públicos ocupantes de cargo público, as garantias concedidas aos trabalhadores celetistas, dentre elas o de “banco de horas” e o adicional de serviço extraordinário com o acréscimo pecuniário de mínimo em cinquenta por cento à hora normal, a redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, ao prevê que os direitos previstos no art. 7º IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, *in verbis*:

“Art. 39 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

[...]

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos

*diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”
(grifo nosso)*

Nesse sentido, ensina José Afonso da Silva (2014, p. 711), que “A declaração dos direitos e garantias dos servidores públicos civis completa-se com a disposição do art. 39, § 3º, que manda aplicar a eles vários direitos sociais previstos no art. 7º, para os trabalhadores rurais e urbanos [...]”

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar Agravo Regimental no Agravo Instrumento (AI nº 642528) entendeu que pela aplicabilidade do direito do trabalho, previsto na Constituição Federal da República do Brasil, no artigo 7º, inciso XVI, tem aplicabilidade imediata aos servidores públicos, em razão de sua autoaplicabilidade, por seu próprio teor não carece de qualquer complementação legal, *in verbis*:

“EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Servidor público. Pagamento de serviço extraordinário. Artigo 7º, inciso XVI, da Constituição Federal. Autoaplicabilidade. 1. O art. 7º, inciso XVI, da Constituição Federal, que cuida do direito dos trabalhadores urbanos e rurais à remuneração pelo serviço extraordinário com acréscimo de, no mínimo, 50%, aplica-se imediatamente aos servidores públicos, por consistir em norma autoaplicável. 2. Agravo regimental não provido. (AI 642528 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-201 DIVULG 11-10-2012 PUBLIC 15-10-2012).”

No entanto, há posição em sentido diverso, quanto ao pagamento do adicional do serviço extraordinário, o STF ao julgar o Agravo em Recurso Extraordinário (722628/MG), manifestou pela legalidade de compensação de horas excedentes com concessão de folgas, *ipsis litteris*:

[...] “compensar horas excedentes com concessão de folgas de serviço, atende não só à legislação estatutária de regência, como também, reduz custos com o funcionamento e manutenção de serviços públicos essenciais, além de resguardar e preservar a saúde e vida social dos servidores que trabalham em regime de revezamento, diante da visível flexibilização da jornada de trabalho. Ex positis, com fundamento nos arts. 544, § 4º, II, a, do CPC, c/c 21, § 1º, do RISTF, CONHEÇO do agravo para NEGAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário. Publique-se. Int.. Brasília, 22 de fevereiro de 2013. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente (ARE 722628, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 22/02/2013, publicado em DJe-040 DIVULG 28/02/2013 PUBLIC 01/03/2013).”

O Estatuto dos Servidores Públicos Federais, Lei 8.112/90, em seu texto traz a regulamentação da jornada de trabalho mínima e máxima (art. 19), o adicional de serviço extraordinário em situações excepcionais e temporária (art. 73 e 74), banco de horas para fins de compensação de jornada (art. 44, III).

“Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.”

[...]

“Art. 44. O servidor perderá:

I - a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado;

II - a parcela de remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências justificadas, ressalvadas as concessões de que trata o art. 97, e saídas antecipadas, salvo na hipótese de compensação de horário, até o mês subsequente ao da ocorrência, a ser estabelecida pela chefia imediata.”

[...]

“Art. 73. O serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho.

Art. 74. Somente será permitido serviço extraordinário para atender a situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de 2 (duas) horas por jornada.”

Todavia, aos servidores públicos federais, os quais são regidos por um estatuto, uma norma especial, deve comprovar outros requisitos, além de prestação de serviços de horas extras, para o recebimento do adicional de serviço extraordinário, a prestação de serviço em situações excepcionais e temporárias, prevista do artigo 74 da Lei 8.112/91, e também, a autorização dessa jornada extraordinária pela autoridade competente.

Esses artigos foram regulamentados pelo Decreto 948/93, com previsão do limite anual de serviço extraordinário de até 44 horas mensais e de 90 horas anuais, mediante autorização do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), *in verbis*.

Art. 2º. A execução do serviço extraordinário será previamente autorizada, pelo dirigente de recursos humanos do órgão ou entidade interessado a quem compete identificar a situação excepcional e temporária de que trata o art. 74, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Parágrafo único. A proposta do serviço extraordinário será acompanhada da relação nominal dos servidores que o executará.

Art. 3º. A duração do serviço extraordinário não excederá a duas horas por jornada de trabalho, obedecidos os limites de quarenta e quatro horas mensais e noventa horas anuais, consecutivas ou não.

A definição dos termos "excepcionais e temporárias" em conformidade com o art. 2º da Orientação Normativa nº 02, de 06 de maio de 2008, "imperiosa necessidade, para execução de tarefas cujo adiamento ou interrupção importe em prejuízo manifesto para o serviço", *in verbis*.

*"Art. 2º Somente será autorizada a prestação de serviço extraordinário para atendimento de situações excepcionais e transitórias, por **imperiosa necessidade, para execução de tarefas cujo adiamento ou interrupção importe em prejuízo manifesto para o serviço.**" (grifo nosso)*

É relevante mencionar que o STJ, ao julgar o recurso especial, manifestou o entendimento de que a jornada de trabalho realizada no recesso forense não é considerada como "excepcional ou extraordinária", mas sim, jornada normal, *in verbis*.

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL. (...) ante a inexistência de previsão legal de pagamento de horas extraordinárias pela jornada de trabalho realizado no período de recesso forense. 4. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp 398.203/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 23/10/2006, p. 344)".

A Turma Nacional de Uniformização (TNU) ao julgar pedido de uniformização da interpretação de lei, concluiu em sentido oposto ao entendimento do STJ, por entender que o "recesso forense como feriado", sendo assim, a jornada desempenhada considerada como serviço "extraordinário" para fins do pagamento do adicional de serviço extraordinário, *in verbis*.

"PEDILEF INTERPOSTO PELA UNIÃO. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TRABALHO REALIZADO NO PERÍODO DE RECESSO

FORENSE. (...). A Turma Nacional de Uniformização, por maioria, decidiu conhecer do incidente de uniformização, vencidos os Juízes Federais Sérgio de Abreu Brito e Ronaldo José da Silva. No mérito, por unanimidade, negou provimento ao incidente, nos termos do voto da Juíza Relatora. Incidente de Uniformização julgado como representativo da controvérsia, nos termos do art. 17, VII, do RITNU. (PEDILEF 50113387420144047200, CARMEN ELIZANGELA DIAS MOREIRA DE RESENDE - TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO.)”

Da análise dos julgados, verifica-se que para caracterizar o direito ao pagamento do adicional de serviços extraordinário, a jornada deve ser caracterizada como “excepcional ou extraordinária”. No caso em análise pelo STJ entendeu-se que o recesso forense não é considerado como “excepcional ou extraordinária”, enquanto na TNU, ao considerar o “recesso forense como feriado”, a jornada desempenhada foi considerada como serviço “extraordinário”.

Portanto, entende-se que o servidor público, têm guarida no ordenamento jurídico, especialmente nos “princípios gerais de direito” primeiro, compensar a jornada de trabalho quando possuir banco de horas, por prestação de jornada além da jornada normal, sendo ilegal a exclusão das horas existentes no sistema de registro de ponto “banco de horas”, sem a correspondente compensação de jornada com folgas.

2 A INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 76/2014/INSS

Instrução Normativa é um provimento executivo subordinado às leis e as medidas provisória. Nesse sentido foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 531, que as instruções normativas são “*provimentos executivos cuja normatividade está diretamente subordinada aos atos de natureza primária, como as leis e as medidas provisórias*”.

O Presidente do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em 02.12.2014, no uso de suas atribuições regimentais conferidas pelo Decreto 7.556/2011, editou a Instrução Normativa (IN) nº 76/2014, com finalidade de uniformizar os procedimentos complementares e rotinas relativos à jornada de trabalho; o processamento da opção pela redução ou ampliação da jornada de trabalho e ao restabelecimento da jornada de quarenta horas semanais; e o controle de assiduidade e pontualidade dos servidores e dos estudantes em estágio integrantes do quadro de pessoal, *in verbis*:

“Art. 4º Os atrasos, as ausências justificadas, ressalvadas as concessões de que trata o art. 97 da Lei nº 8.112, de 1990, e, ainda, as saídas antecipadas, poderão ser compensados até o mês

***subsequente ao da ocorrência**, em horário a ser estabelecido pela chefia imediata.(grifo nosso)*

*§ 1º Na hipótese de **não compensação no prazo estipulado no caput**, a unidade de Gestão de Pessoas competente providenciará, os descontos em folha, de maneira proporcional e imediata, nos termos do que dispõem o art. 44 e § 2º do art. 46, ambos da Lei nº 8.112, de 1990.(grifo nosso)*

*§ 2º Os servidores poderão, dentro do horário de funcionamento da unidade, realizar, no máximo, duas horas diárias além de sua jornada de trabalho, para fins da **compensação a que se refere o caput**, sem percepção do Adicional por Serviço Extraordinário, previsto no art. 73 da Lei nº 8.112, de 1990.(grifo nosso)*

[...]

*Art. 7º **Os servidores submetidos ao horário especial** de trabalho previsto nos arts. 5º e 6º **não poderão, em qualquer hipótese, cumprir jornada superior à determinada pela junta médica oficial.**(grifo nosso)*

[...]

Art. 19. O Sisref efetuará o registro automático dos horários de ingresso e saída dos servidores.

*§ 1º Na hipótese de saldo de débito de horas, decorrente de falta ou ausência justificada, será concedido ao servidor o direito de **compensá-lo até o último dia do mês subsequente** ao de sua origem, devendo a compensação ser estabelecida pela chefia imediata." (grifo nosso)*

Ao analisar os fundamentos dessa norma executiva e infralegal, Instrução Normativa IN nº 77/2014, no que se refere ao banco de horas, verifica-se que, inovou o ordenamento jurídico ao vedar jornada extraordinária aos servidores, ao excluir mensalmente o "banco de horas" existente no sistema de registro de frequência, contrariando o texto da Carta Magna (§ 3º do artigo 39) ao limitar direitos garantidos a todos os trabalhadores, que também aplica-se aos servidores públicos.

O ato normativo em comento, poderia tão somente discorrer sobre horário de funcionamento da autarquia, jornada de trabalho, banco de horas, adicional serviço extraordinário, explicitando-os sem inovar o ordenamento, com novos dispositivos além

das que constam na Lei e Constituição Federal. Nesse sentido, aponta-se que “regulamentar jornada”, não é o mesmo que criar novos dispositivos inexistentes, inovando o ordenamento jurídico, de acordo com a doutrina de Hely Lopes Meirelles (2016, p. 205):

“Regulamentos - Os regulamentos são atos administrativos, postos em vigência por decreto, para especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não disciplinadas por lei. Desta conceituação ressaltam os caracteres marcantes do regulamento: ato administrativo (e não legislativo); ato explicativo ou supletivo da lei; ato hierarquicamente inferior à lei; ato de eficácia externa.”

Ocorre que essa norma deveria apenas regulamentar a jornada de trabalho, violando o texto constitucional e legal, limitou os direitos sociais previstos na Constituição Federal, “o banco de horas”, sem possibilitar a sua utilização meses subsequentes. Assim, conforme entendimento do INSS, caso servidor tenha créditos de horas no sistema de registro de frequência “banco de horas” no mês de exercício de trabalho, essas são excluídas automaticamente ao final de cada mês, sem qualquer pagamento pecuniário ou compensatório, contrariando as disposições previstas na Lei 8.112/90, que prevê compensação de jornada, para jornadas normais e especiais, *in verbis*:

“Art. 98. Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, será exigida a compensação de horário no órgão ou entidade que tiver exercício, respeitada a duração semanal do trabalho. (Parágrafo renumerado e alterado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 2º Também será concedido horário especial ao servidor portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 3º As disposições constantes do § 2º são extensivas ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência.”

Enfim, a normatização secundária, não poderia alterar, nem criar jornada de trabalho, além das que são previstas na lei, no entanto, inovou o ordenamento jurídico ao limitar o direito às horas extras existentes no banco de horas, bem como aos servidores com jornadas especiais. No mesmo sentido manifestou sobre as instruções normativas, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 531, *in verbis*:

“As instruções normativas, editadas por órgão competente da Administração Tributária, constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais, ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares.”

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 346 - 347), que ao contrário do que ocorre nos regulamentos independentes e autônomos do Direito europeu, no Brasil não existe tal tipo de regulamento. Aqui, este tipo normativo deve ser conceituado como sendo um ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública. Conquanto, tem-se forte a afirmação de que “só a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera” (MELLO, 2013, p. 348).

Ao contrário da orientação do INSS, dada pela IN nº 77/2014, a Advocacia-Geral da União (AGU), em recurso interposto, defendeu a tese de legalidade da compensação das horas excedentes com folgas de serviço, por ser constitucional e legal, citando o entendimento em julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que “atende não só à legislação estatutária de regência, como também, reduz custos com o funcionamento e manutenção de serviços públicos essenciais, além de resguardar e preservar a saúde e vida social dos servidores que trabalham em regime de revezamento, diante da visível flexibilização da jornada de trabalho” (ARE 722628/MG, DJE nº 40 de 28/02/2013).

O Tribunal de Contas da União (TCU) ao julgar o pedido de consulta, no Acórdão 784/2016, manifestou possibilidade de “banco de horas”, inclusive para todos os cargos de servidores públicos federais, em aplicação por analogia, ao limite de horas prevista na CLT, *in verbis*:

*“Jornada de trabalho. Regime de sobreaviso. Servidor público civil. Regulamentação. Limite. Consulta. Não há impedimento legal para a instituição de regime de sobreaviso para o servidor estatutário, desde que esse regime esteja disciplinado em regulamento próprio de órgão dotado de autonomia administrativa e financeira como uma das formas de cumprimento da jornada de trabalho, considerado os limites fixados pelo art. 19 da Lei 8.112/1990, bem como, **para fins de registro em banco de horas**, seja observada, por analogia, a proporção estabelecida no art. 244, § 2º, da CLT como limite máximo de equivalência da hora de sobreaviso em relação à hora trabalhada.”*
(grifo nosso)

Inclusive ao regulamentar o horário de funcionamento, jornada de trabalho e frequência de seus servidores, também regulamentou o “banco de horas”, conforme prevê a Portaria 138/2008, em seu artigo 7º, § 7º, *in verbis*.

“Art. 7º A flexibilização de que trata o artigo anterior será efetuada mediante a utilização de banco de horas, no qual serão registrados, de forma individualizada, os minutos trabalhados pelo servidor do Tribunal, para fins de compensação de carga horária inferior ou excedente à jornada mensal a ser cumprida.”

[...]

“§ 7º O acréscimo do limite máximo positivo a que se refere o parágrafo anterior será implementado exclusivamente quando a jornada cumprida no mês pelo servidor, respeitado o limite máximo da jornada diária, implicar – ao final do respectivo mês – saldo em banco de horas superior a vinte horas, e deve observar o procedimento disposto no parágrafo seguinte.”

Diante do explanado, registre-se que os artigos 7º e 19, § 1º, da instrução normativa (IN) 76/2014, é inconstitucional e ilegal, ao criar uma verdadeira inovação normativa e jurídica, sem o respectivo comando legal, extrapolar o poder regulamentar, violar o princípio da legalidade (arts. 5º, II, e 37, caput da CF) e a competência legislativa (art. 61 alínea c), pois devia apenas explicitar ou especificar o conteúdo preexistente na Carta Magna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, pelos estudos realizados, demonstraram que o servidor público federal, têm guarida no ordenamento jurídico, especialmente nos “princípios gerais de direito”, de prestação de serviços em jornada extraordinária “horas extras” para fins de a compensação de jornada de trabalho, sendo totalmente ilegal e arbitrário, o ato de exclusão das horas existentes no sistema de registro de ponto, sem a sua correspondente compensação de jornada com folgas.

O direito ao pagamento do adicional de serviços extraordinário, somente é devido se as “horas extras” decorrerem de jornada caracterizada como “excepcional ou extraordinária”.

Diante de todo o exposto, percebeu-se que a Instrução Normativa nº 76/2014, é parcialmente inconstitucional, em seus artigos 7º e 19, § 1º, por expressa violação aos dispositivos previstos nos artigos 7º, incisos XIII e XVI, 39, § 3º, da Constituição Federal. O ato normativo infralegal, ao vedar a instituição do “banco de horas” para fins de

compensação de jornada com folgas, com a exclusão das horas existentes no sistema de frequência sem a correspondente remuneração, extrapolou o poder regulamentar, o que não é permissivo em nosso ordenamento jurídico, pelo princípio da legalidade prevista no art. 5º, II, e art. 37, caput, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Advocacia Geral da União. Informativo 2017 - 2º Semestre. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38265079>> Acesso em 11 ago. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional nº 99. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituicao.htm >. Acesso em 23 jul. 2018.

BRASIL. DECRETO nº 948, de 5 de outubro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D948.htm> acesso em 08 de ago. 2018.

BRASIL. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 76, 02 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2014/76.htm> > Acesso em 25 de jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm >. Acesso em 25 de jul. 2018.

BRASIL. ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 02, de 06 de maio de 2008. Disponível em: <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacao/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=6209>> Acesso em 30 de jul. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 722628/MG, DJE nº 40 de 28/02/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diariojusticaeletronico/pesquisardiarioeletronico.asp>>. Acesso em 30 de jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 398203/RS 2001/0194561-6. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ: 23/10/2006. STJ, 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9054891/recurso-especial-resp-398203-rs-2001-0194561-6>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Consulta. Acórdão 784/2016. TCU, 2016. Relator: VITAL DO RÊGO. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>> Acesso em 04 de ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria 138, de 28 de maio de 2008. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/ato-normativo> > Acesso em 07 de ago. de 2018.

BRASIL. Tribunal Nacional de Uniformização. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei 5011338-74.2014.4.04.7200/SC. Relatora: Juíza Federal Carmen Elizangela Dias Moreira de Resende. TNU, 2018. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/50113387420144047200.pdf> >. Acesso em 14 de ago. 2018.

DE MELLO, Celso. Controle de constitucionalidade - Instrução normativa - Vício de legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 185, p. 184-186, jul. 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42^a ed. São Paulo: Malheiros, 01.2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30^a ed. São Paulo: Malheiros, 02.2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37^a ed. revisada e atualizada, São Paulo: Malheiros, 01.2014.

A IMPRESCINDIBILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL FRENTE AO GARANTISMO JURÍDICO ADOTADO NA ATUAL LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL

PEDRO MORENO

RESUMO: O presente artigo tem como real escopo demonstrar a importância do inquérito policial não apenas da fase de investigação, mas, sobretudo, na fase processual. Para além disso, demonstra-se, neste artigo, a importância do inquérito na preservação dos interesses e direitos do investigado/acusado/réu de uma percução penal. Somado a todas essas especulações, apresentam-se razões pelas quais o inquérito, por regra, não poderia ser considerado como dispensável ao deslinde processual.

Palavras-Chave: Inquérito policial; indispensabilidade; persecução penal; investigação; processo penal.

ABSTRACT: This article addresses the indispensability of the police investigation with the objective of opening the criminal prosecution and its consequences in the Brazilian legal order. The police investigation, by its own characteristics, is treated by the doctrine as a procedure that is generally expendable, in view of the effects of the formulation of the initial accusation, an indispensable requirement for the beginning of the case and the consequent formation of guilt. In this article, we embody the national doctrine specialized in studies on the investigation to support our initial hypothesis that the investigation is, by general rule, essential for the beginning of the criminal action and may, exceptionally, be disregarded. In the end, we bring our conclusions, confirming the hypothesis initially launched with some notes that we consider relevant for the Brazilian criminal procedure system, based on the essentiality of the preliminary instruction materialized in the police investigation.

key words: Police inquiry; indispensability; criminal prosecution; investigation; criminal proceedings.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2 O inquérito policial. Conceito, fundamentação e aplicação. 3 Da (in)dispensabilidade do inquérito policial. 4 Do uso do inquérito na formação de convencimento do júízo em face do princípio da presunção de inocência. 5 Conclusão. 6 Referências

1 INTRODUÇÃO

De uma ligeira leitura do título exposto, caso não haja por parte do leitor prévia ciência acerca do assunto tratado em tela, sem dúvidas, pode-se gerar certa – e até mesmo justificável – estranheza ao operador do Direito Processual Penal.

A tratativa, em que pese tenha se tornado fortemente trabalhada pela doutrina contemporânea, possuindo, em verdade, apoiadores adeptos apenas a partir da virada do milênio, ainda não possui robustez apta o suficiente a ensejar a transformação do pensamento jurídico da comunidade.

Bem por isso, infelizmente, tem-se extraído do processo penal (lato sensu) sua principal base de estruturação: o garantismo penal. Sim, muito embora pareça não haver sentido na afirmação, esta carece de profunda análise, sob pena de se frustrar, se não o principal, o maior mandamento encartado na Constituição Federal de 1988.

O inquérito, embora não integre, de fato, o processo penal, sem qualquer relutância técnica, trata-se de importante ferramenta ao deslinde processual, de modo a evitar equívocos que podem até mesmo gerar vícios insanáveis à persecução penal, seja no tocante ao investigado/réu ou ao próprio Estado/titular do direito de punir.

O fato é que o assunto em pauta carece de séria análise doutrinária, pois os apontamentos atualmente expostos pelos aplicadores do Direito têm caminhado neste sentido, visando a melhor extração técnica do conteúdo inserto no Código de Processo Penal.

Não raro é vislumbrado nos manuais de processo penal, no ponto referente ao inquérito policial, uma lista de princípios (características) que estruturam esse aparato investigativo conduzido pela autoridade policial. Dentre os princípios elencados pela doutrina, comumente lemos: Dispensabilidade do inquérito policial.

Bem por isso, tornou-se comum nas academias de Direito se sustentar que o inquérito policial se trata de um procedimento dispensável à persecução penal. E não é para menos, pois esse é o pensamento sustentado há anos pela doutrina, mas que – e aqui afirmo com toda a humildade – carece de uma necessária revisão.

Para se ter noção, e aqui gostaria de ressaltar meu enorme respeito e admiração pelo brilhantismo deste autor, o professor Renato Brasileiro de Lima, uma das maiores autoridades no que refere ao processo penal no Brasil, justamente, tem defendido ser o inquérito dispensável. As palavras do professor:

Se a finalidade do inquérito policial é a colheita de elementos de informação quanto à infração penal e sua autoria, é forçoso concluir que, desde que o titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido) disponha desse substrato mínimo necessário para o oferecimento da peça acusatória, o inquérito policial será perfeitamente dispensável. O próprio Código de Processo Penal, em diversos dispositivos, deixa claro o caráter dispensável do inquérito

policial. De acordo com o art. 12 do CPP, “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, *sempre que servir de base a uma ou outra*”. *A contrario sensu*, se o inquérito policial não servir de base à denúncia ou queixa, não há necessidade de a peça acusatória ser acompanhada dos autos do procedimento investigatório. Por sua vez, o art. 27 do CPP dispõe que qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. Ora, se qualquer pessoa do povo for capaz de trazer ao órgão do Ministério Público os elementos necessários para o oferecimento da denúncia, não haverá necessidade de se requisitar a instauração de inquérito policial. (LIMA, Renato Brasileiro, 2020, p.184).

Assim exposto, percebe-se o motivo de grande parte da doutrina dispensar essa interpretação – a nosso ver, errada – acerca da (in)dispensabilidade do inquérito policial. Talvez isso ocorra por não se dar a devida atenção ao assunto, passando despercebida pelos inúmeros artigos positivados no Código de Processo Penal ante a “necessidade” de aprimorar apenas o estudo do processo em si.

Ocorre, porém, que, tendo em vista os efeitos que um inquérito mal conduzido (ou dispensado) podem trazer ao processo penal, o tema em tela carece de uma revisão doutrinária e até mesmo jurisprudencial.

2 O INQUÉRITO POLICIAL. CONCEITO, FUNDAMENTAÇÃO E APLICAÇÃO.

Pois bem. Conforme preleciona Souza Nucci, o inquérito:

É um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgente, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada (NUCCI, Guilherme de Souza, 2008, p.143).

Do amplamente respaldado e respeitado conceito trazido por NUCCI, extraímos não apenas o que é o inquérito, mas também seu real objetivo no bojo da persecução penal.

O inquérito, dentro de todo aparato da persecução penal, situa-se dentro da fase de investigação policial. Isso porque se trata de procedimento administrativo de titularidade da Polícia Judiciária, presidido pelo Delegado de Polícia competente.

Fato é que o inquérito não possui apenas como função convencer o membro do Ministério Público acerca da prática de um crime, pois, se assim o fosse, a investigação tornar-se-ia mero procedimento que antecede a acusação. Em outras palavras, seria um procedimento acusatório. De fato, não o é, e não pode ser assim considerado.

A uma porque o inquérito busca, em verdade, elucidar os fatos, demonstrando a realidade dos acontecimentos, e não apenas angariar elementos de informação que possam servir como base à acusação. A duas porque a autoridade policial não possui pretensão acusatória, mas investigatória e elucidativa.

Em síntese, a investigação conduzida pela Polícia não possui e nem pode possuir como finalidade apenas angariar elementos para ser oportunizar a condenação do investigado. Pelo contrário, a investigação, por meio do inquérito, deve zelar pela realidade dos fatos, de modo que não raras vezes se demonstre a inocência do investigado.

Vê-se, então, a importância do inquérito policial no deslinde da persecução penal frente à necessidade de se acautelar e proteger os interesses do investigado em face de um processo penal infundado e temerário. Dito de outro modo, o inquérito policial, conforme bem explicou NUCCI, não é um ponte para que o Ministério Público ofereça denúncia, mas sim procedimento que visa assegurar os direitos do investigado em não responder um processo penal temerário (NUCCI, Guilherme de Souza, 2008, p.143).

Além disso, importante ressaltar que a ausência do inquérito prejudica até mesmo o trabalho do Ministério Público, eis que os fundamentos para propositura da ação penal não serão tão robustos e sólidos como aqueles angariados pela Polícia Judiciária, Órgão Público capacitado para tanto.

Importante, mais uma vez, mencionar NUCCI:

Entende-se que o “simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido de provas e sem um exame pré- constituído da legalidade. Esse mecanismo auxilia a Justiça Criminal a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, garantindo um juízo inaugural de delibação, inclusive para verificar se se trata de fato definido como crime (NUCCI, Guilherme de Souza, 2008, p.143-144).

Portanto, no que concerne à aplicação do inquérito, verifica-se a necessidade de, em realidade, se observar os direitos daquele que será investigado, de maneira a afastar possíveis erros judiciários aptos a frustrar a vida de um indivíduo inocente.

Isso porque, como explicitado alhures, o inquérito vai além de sua função persecutória, funcionando como verdadeiro filtro processual, de modo a evitar acusações infundadas e, por consequência, exercer sua função garantidora.

Segundo POULANA, citando HOFFMANN, o inquérito policial não detém uma mera função preparatória ou uma via de uma única direção, como a doutrina quer fazer parecer, o inquérito policial vai muito mais além disso, pois além de preparar e ser um filtro para acusações infundadas e temerárias, serve também como uma proteção, um resguardo de provas para que o titular da persecução penal ingresse em juízo (FIGUEIREDO, Poulanna Amélia Guimarães, 2020).

3 DA (IN)DISPENSABILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL

De uma ligeira leitura do artigo 39, § 5º, do Código de Processo Penal, caso não dispensada a necessária atenção ao texto, poder-se-ia – de forma incorreta – se sustentar que o Ministério Público, por sua discricionariedade, poderia abrir mão do inquérito policial e, desde logo, ofertar a inicial acusatória.

Bem é verdade que majoritária parte da doutrina tem interpretado o texto legal dessa forma, de maneira a se considerar a possibilidade de dispensa do inquérito como regra, pautado pela (inexistente) discricionariedade do Promotor de Justiça, neste caso. Esse entendimento, contudo, não pode prevalecer, sob pena de se atentar, como ensina HOFFMANN, contra as liberdades individuais (HOFFMANN, Henrique, 2020).

Realmente o Ministério Público, pelo texto legal mencionado acima, possui a prerrogativa, a depender do caso concreto, de renunciar a realização do inquérito e, de pronto, oferecer denúncia. Todavia, essa possibilidade de se dispensar a investigação policial, embora possível, não pode ser interpretada como regra, e sim como uma distante exceção.

Infelizmente o texto do CPP tem sido interpretado de forma incompleta, pois grande parcela da doutrina tem dado atenção apenas à sua primeira parte, a qual diz: [...] O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito [...]. Ocorre que o mesmo dispositivo legal condiciona a dispensabilidade do inquérito à: [...] se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias. [...]. Por assim dizer, notório que a dispensa do inquérito não pode ser utilizada como regra na persecução penal, mas como verdadeira exceção.

Inclusive, compartilhando do mesmo pensamento e citando ESPÍNOLA FILHO, de forma escoreita e acertada, prelecionada HOFFMANN:

Não se desconhece que a doutrina [22] vem apregoando há décadas, amparada na literalidade de alguns dispositivos do CPP (artigos 12, 27, 39, parágrafo 5º e 46, parágrafo 1º), que o inquérito policial seria dispensável. Tais dispositivos, lidos apressadamente, levam à falsa percepção de que seria desnecessário o procedimento policial. Todavia, como visto, a exceção é que a ação penal não seja precedida do inquérito policial. Destarte, os estudiosos, baseando-se na extraordinária oferta de denúncia desacompanhada da instrução policial, transmudam a exceção em regra. Nessa esteira, mais adequado é aceitar a indispensabilidade do caderno investigatório.

Somado a todo o exposto acima, a Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 144, §1º, inciso e §4º, ao estabelecer as competências da Polícia, consagra que as autoridades policiais serão, por excelência, as responsáveis pela fase de investigação. Embora novos entendimentos se inclinem à possibilidade de o MP também poder investigar, certo é que, em regra, essa atribuição pertence à Polícia Judiciária, titular do inquérito policial.

Fato é que tem sido argumentado também, e até com certa razão, que a dispensa do inquérito tornaria mais célere a persecução penal como um todo, acarretando maior velocidade à decisão final da autoridade judiciária. De fato, consiste razão nesse pensamento. Porém, em busca de maior celeridade, de forma alguma, pode-se deixar de lado a busca pela verdade e elucidação dos fatos, sob pena de se ferir o próprio modelo persecutório brasileiro que abrange, entre outros, as fase de investigação e processo.

Se assim não o fosse e apenas se buscasse celeridade, a investigação não seria precisaria ser sequer mencionada, partindo-se diretamente para fase processual. Entretanto, infelizmente, partindo-se diretamente para o processo, sem dúvidas, ocorreriam diversos erros judiciários e direitos e garantias individuais não seria respeitados. Cumpre trazer, neste contexto, o pensamento de HOFFMANN:

Destarte, admitir a importância e a imprescindibilidade do inquérito policial não é incompatível com o reconhecimento da possibilidade de imprimir mais eficácia e celeridade às investigações policiais. Da mesma maneira que a defesa do processo judicial como importante instrumento de tutela de direitos em nada prejudica a necessidade de se combater a morosidade processual. Mister se torna modernizar os procedimentos policiais, algo que já é possível por intermédio da legislação hoje vigente, como por exemplo por meio da realização de

atos por meio audiovisual (artigo 405, parágrafo 1º c/c artigo 3º do CPP). Todavia, o comando legal não se tornará realidade sem investimentos suficientes.

Ante ao exposto, fácil concluir que a dispensa do inquérito deve se dar de forma excepcional e tão somente quando o Ministério Público já possuir elementos de autoria e materialidade que justifiquem o início do processo penal – fato que, sem nenhuma dúvida, é muito difícil que ocorra.

4 DO USO DO INQUÉRITO NA FORMAÇÃO DE CONVENCIMENTO DO JUÍZO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência, estabelecendo que ninguém poderá ser considerado culpado sem antes ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (ALVES, Leonardo Barreto Moreira, 2020, p.34).

E outras palavras, a CF/88 garante ao cidadão amplo conhecimento aos seus direitos, restando que a condenação penal deve ser antecedida de processo penal e consequente sentença condenatória, assegurando-se a possibilidade de recurso.

Por sua vez, a Declaração Universal de Direitos Humanos consagra, em seu artigo 11, que todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

O Código de Processo Penal, em tema amplamente debatido na doutrina, consagra mais uma vez a importância do inquérito policial ao insculpir que, além das provas colhidas na fase processual, o magistrado pode fundamentar sua decisão também nos elementos informativos colhidos na fase de investigação. Nas palavras de LOPES JÚNIOR:

Sem falar que também serve para condenar pessoas... Ou não? Na medida em que o artigo 155 do CPP autoriza (gostemos ou não) que o juiz se baseie também no inquérito para condenar (não pode é ser "exclusivamente"... O que representa uma fraude conceitual evidente), é claro que ele acaba adquirindo valor probatório. Sem falar no tribunal do júri, em que (absurdamente) os jurados decidem por "íntima e imotivada" convicção. Leia-se: podem condenar exclusivamente com base no inquérito (e até fora dele e do processo...). Alguém vai seguir com o discurso de peça meramente informativa à luz dessa realidade? (LOPES JÚNIOR, Aury, 2020).

Ou seja, o inquérito, na prática, seja isso positivo ou negativo, possui relevância de verdadeira prova (e não mero elemento informativo) na formação de convicção do Juiz, de modo a se permitir basear a sentença, seja condenatória ou absolutória, nos elementos da investigação.

Sendo assim, o inquérito policial, se corretamente conduzido, pode em muito auxiliar o acusado (pelo Ministério Público) a provar, se for caso, sua inocência. Isso porque, em que pese o MP só deva oferecer denúncia em casos de justa causa demonstrada, erros técnicos acontecem tanto por parte do Promotor (ao oferecer a ação) e pelo Juiz (ao receber a inicial acusatória). Tanto é que se permite ao Juiz ao juiz absolver posteriormente e ao MP requerer, em alegações finais, a absolvição.

Deste modo, o inquérito pode – e deve – ser utilizado para beneficiar o acusado, demonstrando, se for o caso, sua inocência.

5 CONCLUSÃO

Ante a todo o exposto, com a devida humildade e respeito aos diversos e renomados doutrinadores que se inclinam para um pensamento diferente, não nos parece correto (e nem mesmo aceitável), embora seja excepcionalmente possível, que órgão de acusação dispense o inquérito policial.

Eis que o inquérito, em que pese ocorra na fase de investigação, deve ser utilizado pelas autoridades que atuam diretamente no processo como verdadeiro filtro para inibir acusações e até mesmo condenações errôneas.

Posto que o MP se baseia no IP para ofertar a denúncia, e considerando que Judiciário também pode se basear na investigação para proferir sentença, trata-se o inquérito policial de verdadeiro procedimento capaz de evitar equívocos irreparáveis.

Destarte, a função garantidora do inquérito é notória, eis que inibe processos temerários e decisões infundas. Bem por isso, em um país cuja Constituição assegura com tanto vigor, em seu artigo 5º, a aplicação dos direitos e garantias fundamentais ao cidadão, não se deve sequer cogitar abrir mão de um procedimento que pode resguardar, se não o maior, um dos maiores direitos do cidadão: a liberdade.

REFERÊNCIAS

Assembleia Geral da ONU. (1948). "Declaração Universal dos Direitos Humanos" (217 [III] A). Paris

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

FIGUEIREDO, POULANNA AMÉLIA GUIMARÃES. *A indispensabilidade do inquérito policial na persecução penal*/Conteúdo Jurídico, Brasília/DF: 25 nov 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55636/a-indispensabilidade-do-inquirito-policial-na-persecuo-penal>. Acesso em: 25 nov 2021.

HOFFMANN, Henrique. **Investigação criminal pela polícia judiciária.** 2016

HOFFMANN, Henrique. **Polícia judiciária no estado de direito.** 2017.

HOFFMANN, Henrique. **Temas avançados de polícia judiciária.** 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 2020

LOPES JÚNIOR, Aury. *Nulidades e ilicitudes do inquérito não contaminam o processo penal?* Dez. 2014.

TRAFICANTE X USUÁRIO DE DROGAS SOB A ÓTICA DA NOVA LEI DE DROGAS

JONATAS ALVES DA SILVA LOPES

RESUMO: Este artigo tem a finalidade de analisar a nova Lei de drogas nº 11.343/2006 que extinguiu alguns fundamentos da antiga Lei nº 6.368/76, nesta nova lei de drogas é explicado alguns critérios que diferenciam o traficante do usuário de drogas, o artigo 28, § 2º, explica a seletividade que há no direito penal brasileiro. Para isso, foram estudadas as finalidades declaradas, e não declaradas, e a seletividade do direito penal. Também foram observados os artigos da Nova Lei de Drogas que determinam quais as condutas criminosas no que tange o uso e ao tráfico de drogas. Por fim, após estudo do processo de criminalização das drogas, analisando o estereótipo do traficante brasileiro e após observar as legislações brasileiras que discorrem sobre o tráfico e o consumo de drogas, foram identificadas, no artigo 28, parágrafo 2º, da lei 11.434/06, as expressões que levam à conclusão de que tal dispositivo é seletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas; Lei; Tráfico; Usuário.

ABSTRACT: This article aims to analyze the new Drug Law No. 11.343/2006, which extinguished some foundations of the former Law No. 6.368/76. In this new drug law, some criteria that differentiate the dealer from the drug user are explained, the article 28, § 2, explains the selectivity that exists in Brazilian criminal law. For this purpose, declared and undeclared purposes and the selectivity of criminal law were studied. Articles of the New Drug Law that determine criminal conduct with regard to drug use and trafficking were also observed. Finally, after studying the process of criminalization of drugs, analyzing the stereotype of the Brazilian trafficker and after observing the Brazilian legislation that discusses drug trafficking and consumption, they were identified in article 28, paragraph 2, of law 11.434/06, the expressions that lead to the conclusion that such device is selective.

KEYWORDS: Drugs; Law; Traffic; User.

1.INTRODUÇÃO

O objeto de estudo dessa pesquisa será o traficante de drogas bem como o usuário de drogas, visto de forma minuciosa, desenvolvendo uma visão crítica quanto à distinção do crime de tráfico de drogas e o crime de posse de drogas para consumo pessoal.

Concentraremos nossos estudos no atual ordenamento jurídico pátrio, bem como na melhor doutrina disponível acerca do tema para que assim seja possível demonstrarmos que a despeito de existirem diversos entendimentos arcaicos por parte

da população leiga, saber fazer essa diferenciação e aprofundar-se no assunto é de grande valia para se criar um senso crítico mais sistemático quanto ao tema.

Com base nisso, é realizado um breve contexto sobre o processo de criminalização das drogas, essencial para entender melhor o motivo do legislador punir de forma tão severa o tráfico, porém, por outro lado oferecer punições penais mais brandas para os usuários de drogas. Deste modo, foi verificado também o estereótipo do traficante de drogas no Brasil, o que foi feito em tendo como base as antigas legislações nacionais sobre tal assunto.

2. REVISÃO TEÓRICA

2.1 AS FINALIDADES DO DIREITO PENAL

De acordo com Fragoso (2004):

A função básica do Direito Penal é a defesa social. Ela se realiza através da chamada *tutela jurídica*: mecanismo com o qual se ameaça com uma sanção jurídica (no caso, a pena criminal) a transgressão de um preceito, formulado para evitar dano ou perigo a um valor da vida social (bem jurídico). Procura-se assim uma defesa que opera através da ameaça penal a todos os destinatários da norma, bem como pela efetiva aplicação da pena ao transgressor e por sua execução.

A doutrina majoritária explica que o direito penal tem como principal objetivo proteger os bens jurídicos que são fundamentais à sociedade e que não podem ser tutelados por outros ramos do direito. E, tendo como base que o direito é igual para todos, protege portanto, os cidadãos de maneira igualitária, bem como sua aplicação deve ser de forma igual, a todos os indivíduos que por ventura violarem suas normas, ou seja, todo sujeito que praticar um crime receberá o mesmo tratamento penal, será submetido a um processo e, por fim, se for condenado, sofrerá os rigores da sanção penal.

Deste modo, desde o primeiro contato com o processo penal, o que se retém de informação é que o direito penal é o ramo do direito essencial para a proteção da sociedade, e de todos os cidadãos, visando o combate da prática de crimes. Porém, se analisarmos o direito penal como função exclusiva de “defesa de bens jurídicos”, se compreenderá as razões pelas quais as penalidades do direito penal são aplicadas, na maioria das vezes, a um determinado grupo social e não a todos aqueles que cometem uma infração penal, praticando assim a desigualdade penal.

Zaffaroni e Pierangeli (2004), afirmam que o sistema penal tem a função de criminalizar, seletivamente, os marginalizados, e também:

(...) quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que estes sejam mantidos e reafirmados no seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem, ainda que tal fenômeno seja menos freqüente (criminalização de pessoas ou de grupos contestadores pertencentes às classes média e alta). Também, em parte, pode-se chegar a casos em que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirvam para levar uma sensação de tranquilidade aos mesmos setores hegemônicos, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão (geralmente, por causa da manipulação dos meios massivos de comunicação)

Acerca das funções explicadas por Zafforni e Pierangeli são denominadas de doutrina de funções “não declaradas” do direito penal. De modo que o direito penal tem o objetivo, não declarado, de proteger os interesses sociais das classes dominantes, proporcionando também a reprodução dessa relação. Neste contexto, Thompson cita as seguintes palavras para quem “numa sociedade complexa, e hierarquizada, dita as leis a classe que dispõe de poder (...) com o propósito político de assegurar a conservação do *status quo* sócio-econômico.

No contexto da igualdade do direito penal, Baratta (2002) expõe sua crítica ao afirmar que o direito penal não possui o propósito de defender a todos, da mesma forma que não é usado exclusivamente para combater ofensas a bens essenciais, pelo contrário, aplica punições de maneira desigual e de modo incompleto. O autor acrescenta que “o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos” e conclui “que o direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência”.

2.2 SELETIVIDADE PENAL

De acordo com os estudos da criminologia crítica nota-se que o sistema penal opera infelizmente de maneira desigual, selecionando injustamente àqueles que sofrerão maior incidência do poder punitivo estatal. Para isso, o processo de criminalização manifesta-se em dois momentos distintos. Primeiramente cabe ao legislador definir quais os bens que serão tutelados pelo direito penal (criminalização primária) e depois, cabe à polícia, com base em estereótipos, selecionar os indivíduos que serão submetidos a um inquérito policial e, posteriormente, a um processo penal, cabendo ao juiz exercer a mesma seletividade (criminalização secundária).

Quando se trata do processo de criminalização primária e a criminalização secundária “opera-se nos campos da quantidade e da qualidade”. Deste modo, a seletividade quantitativa “refere-se ao número de condutas caracterizadas como criminosas, bem como seus autores que são atribuídos na condição de criminoso”. Já a seletividade qualitativa relaciona-se com a não inclusão de todas as condutas socialmente nocivas como criminosas (BISSOLI FILHO, 2002).

Deste modo, esta seletividade dentro do sistema penal desenvolve as denominadas cifras ocultas e as cifras douradas da criminalidade, fazendo com que em alguns casos, crimes e muitos autores de crimes não sejam realmente investigados ou processados, ou, quando se trata da cifra dourada, algumas classes sociais são praticamente excluídas do processo de criminalização, conseqüentemente recaindo sobre as camadas sociais mais frágeis.

Rusche e Kirchheimer (2004), explicam a respeito da estrutura social, da estrutura do trabalho e das formas de punição, que ao longo da história, por exemplo, quando ocorreu a transição para o capitalismo, entre o século XIV e o século XV, surgiram leis penais mais rígidas e que eram aplicadas às classes subalternas, além disso, a “burguesia urbana emergente” tinha como principal objetivo o desenvolvimento de uma lei específica para regular os crimes praticados contra a propriedade.

Nota-se que o direito penal, já nos séculos anteriores, era mais rigoroso com as classes sociais mais frágeis financeiramente, além da tutela penal dos crimes contra a propriedade manifestava exclusivamente e unicamente o interesse da burguesia em proteger seu patrimônio. A realidade brasileira não está muito diferente. Atualmente, o maior número de pessoas encarceradas cumpre pena pela prática dos “crimes contra o patrimônio”, principalmente, aqueles crimes caracterizados como roubo e furto, previstos nos artigos 157 e 155, do Código Penal brasileiro.

Mesmo que no Brasil a população carcerária seja enorme por conta dos crimes contra o patrimônio, o tráfico de drogas é outra infração penal que coloca o encarceramento no Brasil entre os dez maiores do mundo, ou seja, o tráfico de drogas é responsável pela segunda maior incidência de presos no sistema penitenciário nacional.

Andrade (2003), afirma que “o sistema penal é composto, ‘regularmente’, em todos os lugares do mundo, por pessoas que pertence aos níveis sociais mais baixos e muita das vezes sem nenhum grau de instrução” e, acrescenta, que isso “é devido a um processo de criminalização seletivo e desigual de ‘pessoas’ dentro da população total, às quais são caracterizadas como criminosos”.

Após apresentar as opiniões dos autores referente as finalidades e sobre a seletividade do direito penal, é mais fácil compreender como a Lei 11.434/06 apresenta seletividade quando descreve as diferenças entre o usuário de drogas e o traficante, bem como o poder judiciário acaba por proporcionar essa seletividade no momento em que, na prática, define essa diferenciação.

3. USUÁRIO X TRAFICANTE DE DROGAS SOB A ÓTICA DA LEI 11.343/2006

A Lei 11.343/2006, conhecida como “nova lei de drogas”, surgiu com a finalidade de substituir no Código Jurídico Penal brasileiro a antiga Lei 6.368/76 portanto, dentre tantas modificações, trouxe alterações significativas e importantes no que tange o tratamento oferecido ao usuário e ao traficante de drogas.

No artigo 28, está descrito as sanções em relação ao consumo de drogas, deste modo, o texto da lei que mais chama a atenção, esta interligado com a descriminalização ou não desta conduta, tendo em vista que dentre as sanções previstas na lei não há para o usuário de drogas pena privativa de liberdade, o que contraria totalmente a definição legal de crime prevista no artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal.

Embora o usuário receba um tratamento mais brando, o tráfico de drogas passou a ser punido com mais severidade, pois a pena mínima para tal conduta, de acordo com o artigo 33, *caput*, passou a ser de 05 (cinco) anos de reclusão. Feitas essas considerações, abaixo será descrita todas as diferença entre o usuário e o traficante de drogas, de acordo com a nova Lei de drogas nº 11.343/2006.

3.1 O USUÁRIO DE DROGAS

O uso de drogas está caracterizado no artigo 28, da Lei 11.343/2006, que determina como usuário aquele indivíduo que obter, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, entorpecentes sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Receberá a mesma penalidade penal que o usuário aquele indivíduo que, para seu consumo próprio, semear, cultivar ou colher plantas designadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (art. 28, § 1º).

Para o usuário, no caso de não haver pena privativa de liberdade, o juiz poderá aplicar uma advertência sobre os efeitos das drogas que poderá ser; prestação de serviços à comunidade ou uma medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, incisos I a III).

Para se obter a identificação do usuário, de acordo com a redação do § 2º, do artigo 28, fica sob a responsabilidade do juiz analisar se a droga encontrada com o indivíduo era para consumo próprio ou não. Portanto, deverá ser verificado a origem e

a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, não deixando de lado a conduta e os antecedentes do agente.

3.2 TRÁFICO DE DROGAS

O tráfico de drogas, está previsto no artigo 33, caput, é descrito pelas seguintes ações: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer entorpecentes, ainda que de modo gratuito, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Ainda nas mesmas penas incorre quem importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas, de acordo com o parágrafo primeiro do artigo 33.

No art. 34 a lei determina como sendo tráfico, as condutas que se abrange em fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Aquele que, conforme artigo 37, colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34, da Lei 11.343/2006, também tem sua conduta igualada a do traficante.

É importante citar ainda que as condutas previstas nos artigos 35 e 36 também passaram pelas mesmas severidades penais destinados às condutas descritas no artigo 33, caput, e parágrafo primeiro, no art. 34 e no art. 37, ou seja, no caso de associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34, ou o crime de associação para a prática reiterada do crime definido no art. 36, e nas hipóteses de financiamento ou custeio da prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 da lei drogas, não terá direito a fiança, sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória e ainda será proibida a conversão de suas penas em restritivas de direitos

Também existem algumas restrições quanto ao livramento condicional, que só será permitido após se cumprir o mínimo de dois terços da pena, proibindo sua concessão ao reincidente específico, de acordo com o artigo 44, da Lei 11.343/2006. É facilmente analisado, de acordo com a leitura dos dispositivos legais acima citados, que o legislador decidiu que o usuário não será submetido à pena de prisão, já ao traficante acontecerá o oposto, além da elevação das penas, vedou a concessão de benefícios que não são restringidos nem mesmo pela lei de crime hediondos, Lei 8072/90, como, por exemplo, a possibilidade de sursis e de penas restritivas de direitos.

4. QUEM SÃO OS TRAFICANTES DE DROGAS ?

4.1 O PERFIL DO TRAFICANTE DE DROGAS NO BRASIL

Antes de se fazer uma análise sobre o perfil dos traficantes de drogas no Brasil, é fundamental para toda a compreensão realizar um breve relato sobre o processo de criminalização da droga e, a partir deste contexto, mostrar como a imagem do traficante foi construída.

Del Omo (2002) explica que há alguns anos atrás as drogas não eram proibidas, pelo contrário, sempre estiveram ao alcance das pessoas e faziam parte da vida em sociedade. A autora completa que:

Para começar, gostaria de lembrar que as drogas sempre existiram. O que variou foi o papel que desempenharam e o uso que se fez delas. O ser humano as utilizou com fins mágicos, religiosos, afrodisíacos, medicinais, bélicos, etc.

A ocorrência das primeiras guerras pelo “mercado da droga”, expressão que atualmente refere-se aos conflitos gerados entre os “grandes” traficantes de drogas, localizados principalmente em favelas das grandes cidades, é preciso esclarecer que “as primeiras “guerras” envolvendo a questão das drogas eram feitas com a finalidade de que o consumo das substâncias entorpecentes fossem de livre comércio na sociedade.

Zaccone (2007), explica que as primeiras “guerras” com o objetivo de promover o livre comércio de entorpecentes foram as “Guerras do Ópio”, entre os anos de 1839 e 1856, entre a Inglaterra e a China. O ópio era produzido na costa oriental da Índia, produção fomentada pelos ingleses, que comercializavam para os chineses.

Após tantos anos de comercialização livre, incluindo os impostos que eram cobrados sobre determinadas drogas, entre as disputas lícitas pelo comércio, e outros fatores, o surgimento de interesses econômicos acarretou na criminalização de alguns tipos de drogas.

Deste modo, juntamente com a Revolução Industrial veio a criminalização das drogas existentes, pois a indústria precisava de colaboradores que tivessem possibilidade e disposição para trabalhar 12 (doze) horas por dia, ou em alguns casos até mais, porém,

algumas drogas, como o ópio e seus derivados, possuíam efeitos letárgicos, que prejudicava consideravelmente a jornada de trabalho da época (ZACCONE, 2007).

A criminalização e a proibição de tais drogas, se deu exclusivamente por interesses econômicos, e não pelos prováveis efeitos prejudiciais que a droga causava aos funcionários das indústrias. Todas as indústrias precisavam de trabalhadores que tivessem disposição de trabalhar exaustivamente, por longas jornadas, tendo em vista que ópio estava prejudicando o desempenho dos trabalhadores.

De acordo com Batista (2003), além de haver os interesses econômicos, a criminalização também passou a ser interligada com a criação dos estereótipos morais da época e da necessidade de ligar o uso de drogas exclusivamente aos “grupos perigosos”, marginalizando, assim, as classes sociais mais desfavorecidas e certos grupos étnicos. O autor Batista, completa que:

Nos Estados Unidos, conflitos econômicos foram transformados em conflitos sociais que se expressaram em conflitos sobre determinadas drogas. A primeira lei federal contra a maconha tinha como carga ideológica a sua associação com imigrantes mexicanos que ameaçavam a oferta de mão de obra no período da Depressão. O mesmo ocorreu com a imigração chinesa na Califórnia, desnecessária após a construção das estradas de ferro, que foi associada ao ópio. No Sul dos Estados Unidos, os trabalhadores negros do algodão foram vinculados a cocaína, criminalidade e estupro, no momento de sua luta por emancipação (...). Estes três grupos étnicos disputavam o mercado de trabalho nos Estado Unidos, dispostos a trabalhar por menores salários que os brancos.

Portanto, para concluir esse breve relato sobre a criminalização da droga no cenário internacional, cabe mencionar que a “guerra contra as drogas” foi declarada, nos Estados Unidos, na década de 70. A partir daí, o traficante passou a ser visto como “inimigo” e o consumo de drogas passou a ser tratado como questão de segurança nacional.

Deste modo, o Brasil adotou o discurso americano juntamente com os planos de combater o tráfico de drogas em âmbito internacional, na década de 70, foi instituído, como padrão político-criminal, conforme explica Carvalho:

(...) a ideologia da Defesa Social (nível dogmático e legislativo), corroborada pela militarização do controle, através da ideologia da Segurança Nacional (plano da Segurança Pública), e legitimada pela produção e reprodução do consenso sobre a “criminalidade” e seus estereótipos com os movimentos de “Lei e Ordem” (legitimação material).

Em junho de 1987, em Viena, ocorreu a Conferência Internacional sobre o Uso Indevido e o Tráfico de Drogas, a Organização das Nações Unidas (ONU), apresentou o Plano Amplo e Multidisciplinar de Atividades Futuras em Matéria de Fiscalização do Uso

Indevido de Drogas. Esse encontro foi considerado um marco e nele foi apresentado um conjunto de recomendações “para a futura definição de políticas de controle de drogas em âmbito nacional” Conforme explica Del Omo (2002, p. 65):

(...) e segundo a mesma plataforma internacional, estava-se organizando a convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substância Psicotrópicas, que seria aprovada em Viena, em dezembro de 1988. Trata-se de um instrumento sumamente repressivo que visa a desmantelar as organizações de traficantes, através da extradição e o confisco de seus ativos, impondo às autoridades dos Estados-partes obrigações específicas ainda não contempladas pelo direito de cada país.

Destacando ainda a grande influência norte-americana que obteve grande impacto no processo de criminalização da droga e na necessidade de se combater o tráfico nacional e internacional, através das orientações do Tratado de Viena, do ano de 1988, deste modo, vários países passaram a adotar um modelo extremamente repressivo para combater o tráfico de drogas.

4.1.2 OS TRAFICANTES DE DROGAS E OS USUÁRIOS BRASILEIROS

Por muitos anos o Brasil não conseguiu diferenciar os usuários dos traficantes de drogas. A criminalização da droga estava prevista no artigo 281 do Código Penal e, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, o consumo de drogas não era tido como crime, mas o tráfico era tipificado como crime. Apenas no ano de 1968, através do Decreto-Lei 385/68, o artigo 281 do Código Penal recebeu uma modificação a fim de determinar a mesma sanção penal para traficantes e para usuários. Essa alteração modificou o entendimento jurisprudencial que não considerava o uso de drogas como sendo crime.

No ano de 1971, ocorreu a promulgação da Lei 5.726, o Brasil apoia e passa a aplicar a orientação internacional no que diz respeito às legislações anti-drogas, passando a diferenciar o usuário do traficante. Essa diferenciação ficou descrita na Lei 6368/76, que previa no artigo 12, as penalidades para o tráfico de drogas e no artigo 16, as penalidades para o usuário.

A lei 11.343/2006, criada para revogar a lei anterior, manteve a diferenciação da lei antiga, onde o usuário não pode ser preso, por outro lado o traficante é penalizado de

forma duríssima, lembrando que o crime de tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo, de acordo com o artigo 5º, XLIII, da Constituição da República.

A princípio pode representar que a nova legislação proporcionou vantagens para os usuários, pois consumir drogas no Brasil não pode ser visto como crime que leve ao cárcere. Porém, se realizada uma análise mais crítica das leis contidas no artigo 28, da Lei de Drogas, será facilmente verificado que são poucas as pessoas que serão tidas como simples consumidoras de drogas.

No Brasil a imagem do traficante, é imaginada na maioria das vezes como sendo um rapaz jovem, negro ou mulato, de roupas simples, que mora em favela. Neste contexto, muitas pessoas ligam o tráfico de drogas com as favelas, com as periferias ou em bairros considerados “carentes”.

Essa figura representada acima, é amplamente divulgada pela mídia, tendo o traficante como um indivíduo frio, temido por muitos, que controla grandes quantidades de drogas e que faz parte do “crime organizado”. O autor Batista explica que a figura do narcotraficante pode ser resumida da seguinte maneira:

(...) não tem mãe, pai muito menos, proveniente que é das favelas, capaz de controlar o crime organizado (...) apresentam uma classificação única, são todos iguais, se comportam da mesma maneira em qualquer lugar da cidade. Não têm história, não têm memória. São a encarnação do erro e apontam as baterias da sociedade para a favela, revisitadas agora como o locus do mal, viveiro de monstros.

Batista (2003, p. 81), explica que:

O processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social, aprofundando seu caráter genocida. O número de mortos na “guerra do tráfico” está em todas as bancas. A violência policial é imediatamente legitimada se a vítima é um suposto traficante.

Analisando o contexto do processo penal, segundo o artigo 28, da Nova Lei de Drogas, que determina os critérios para diferenciar o usuário do traficante, é possível perceber que um dos fatores a serem levados em consideração pelo juiz é o local (onde foi realizada a apreensão) e as condições pessoais e sociais do indivíduo que foi pego com drogas ilícitas. É notório então a seletividade secundária nestes casos.

Deste modo, se uma pessoa da classe média, num bairro também de classe média, for encontrada com determinada quantidade de droga, poderá ser mais facilmente

identificada como usuário (e, portanto, não será submetida à prisão) do que um pobre, com a mesma quantidade de droga, em seu bairro carente. Neste exemplo, confirma-se a seletividade secundária.

É importante citar a experiência vivida por Zaccone (p.20, 2007):

(...) um delegado do meu concurso, lotado na 14 DP (Leblon), autuou, em flagrante, dois jovens residentes na zona sul pela conduta descrita para usuário, porte de droga para uso próprio, por estarem transportando, em um veículo importado, 280 gramas de maconha (...), o que equivaleria a 280 "baseados" (...) o fato de os rapazes serem estudantes universitários e terem emprego fixo, além da folha de antecedentes criminais limpa, era indiciário de que o depoimento deles, segundo o qual traziam a droga para uso próprio era pertinente.

Ou seja, se a quantidade de maconha apreendida fosse dividida por dois, seriam 140 cigarros, mais ou menos, para cada um dos universitários presos em flagrante, mas o delegado, mesmo assim, interpretou que todos esses cigarros seriam para uso próprio.

A decisão do delegado de polícia relatado acima, confirma o que diz o autor Batista (2003):

A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema penal não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa.

Na verdade, não se trata de distinguir apenas o pequeno do grande traficante, é imperioso determinar quem realmente é traficante, pois é inconcebível que pessoas encontradas com até 01 (um) grama de droga seja "enquadrado" como traficante.

Conforme declara Wacquant (2007):

Não se trata de negar a realidade da criminalidade nem a necessidade de lhe dar uma resposta, ou, antes, respostas, inclusive penais, quando essas forem apropriadas. Trata-se de compreender melhor sua gênese, sua fisionomia mutante e suas ramificações, "reinsere-as" no sistema completo das relações sociais de força e de sentido do qual ela é expressão, e que ajuda a explicar tanto a sua forma e sua incidência quanto as reações históricas que desencadeia

na conjuntura histórica desse fim-de-século. Para isso, é preciso parar de nos entupirmos com discursos apocalípticos e abrir um debate racional e fundamentado sobre os ilícitos (no plural), seus efeitos e seus significados. Esse debate deve esclarecer, inicialmente, porque o foco recai sobre essa ou aquela manifestação da delinquência – mais nos corredores dos conjuntos habitacionais do que nos corredores da prefeitura, mais nos roubos de bolsas e celulares do que nas negociatas na Bolsa e nas infrações às leis trabalhistas ou tributárias.

Deste modo, levando em consideração o discurso da segurança pública e do combate à criminalidade, a Nova Lei de Drogas, proporcionou o aumento significativo da seletividade penal e para fomentar a atuação repressiva do Estado no “combate ao tráfico”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar como o direito penal brasileiro é seletivo quando determina, através da lei nº 11.343/06, os parâmetros que o juiz deve considerar para diferenciar o usuário do traficante de drogas, bem como faz uma análise da diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas no Brasil.

Para se chegar a tais conclusões, foi realizado uma breve contextualização referente as finalidades e sobre a seletividade do direito penal, a partir do momento em que se nota que o direito penal não é igualitário e que da prioridade aos interesses das classes sociais mais altas e criminaliza, de maneira seletiva, aqueles que pertence as classes sociais mais baixas.

A Nova Lei de Drogas, analisada em conjunto com essa pesquisa, demonstra que realmente o direito penal é seletivo, que está longe de defender a todos de maneira igualitária e que pune, de maneira desigual, aqueles que são submetidos ao sistema penal.

Portanto, quando se estuda a lei nº 11.343/2006 bem como os dados de quem está preso por tráfico de drogas no Brasil, e onde se concentra a repressão policial e o modelo de segurança pública adotado no Brasil para o “combate às drogas”, observa-se que na realidade o que interessa para o Estado, apoiado pela mídia e por grande parcela da sociedade brasileira, é manter segregadas as classes sociais mais pobres.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.52.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução á sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 81

BISSOLI FILHO, Francisco. in: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.). **Verso e Reverso do Controle Penal**: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. 2.v.

DEL OMO, Rosa. **A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas**. in: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. Ano 07, n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 65.

FRAGOSO, Heleno Glauco. **Lições de direito penal**: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

WACQUANT, Löic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.77.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5.ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

O *STEALTHING* E A POSSIBILIDADE DO ABORTO LEGAL

KATLHEEN MILENE DA SILVA LIMA:
acadêmica de Direito no Centro
Universitário UNA. Atua como estagiária
no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

LUÍZA FELIPPETTO NANI

(coautora)

Resumo: A prática do *Stealthing* é conhecida como a remoção não consensual do preservativo durante a relação sexual, expondo o parceiro a doenças ou infecções sexualmente transmissíveis, bem como, a possibilidade de gravidez. No Brasil, tal conduta pode ser caracterizada como violência sexual mediante fraude, tipificada no artigo 215 do Código Penal. Neste artigo, será analisado a mais recente decisão da 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que julgou procedente um pedido de aborto seguro, em razão de gravidez resultante de violência sexual, e a possibilidade de inclusão do aborto no caso de gravidez resultante de *Stealthing* no rol do artigo 128 do Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Aborto Legal. *Stealthing*. Violência sexual.

Abstract: The practice of *Stealthing* is known as non-consensual removal of condoms during the intercourse, exposing the partner to sexually transmitted diseases or infections, as well as the possibility of pregnancy. In Brazil, such conduct can be characterized as sexual violence through fraud, as seen in Article 215 of the Penal Code. In this article, will be analyzed the most recent decision of the 7th Civil Panel of the Court of Justice of the Federal District and Territories, which upheld a safe abortion application, due to pregnancy resulting from sexual violence, and the possibility of including the abortion in the case of pregnancy resulting from *Stealthing* in the list of Article 128 of the Brazilian Penal Code.

Key-words: Legal Abortion. *Stealthing*. Sexual violence.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. O CÓDIGO PENAL DE 1940 2.1. O conceito analítico de crime 2.2. Inexigibilidade de conduta diversa 2.3. Os Crimes Sexuais 2.3.1. Violação sexual mediante fraude 3. O *STEALTHING* 3.1. A origem do *Stealthing* 3.2. Aspectos legais, judiciais e principiológicos sobre o *Stealthing* 3.3. Decisões judiciais sobre o *Stealthing* 3.4. O perigo do Contágio Venéreo 4. O ABORTO LEGAL 4.1. O Direito ao aborto 4.2. *Stealthing*: estupro de vulnerável x constrangimento ilegal x estupro 5. O *STEALTHING* E A POSSIBILIDADE DO ABORTO LEGAL 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 – INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro dispõe em seu artigo 215, o crime de violação sexual mediante fraude, tipificando a prática de conjunção carnal ou de atos libidinosos diversos que prejudicam a manifestação de vontade da vítima por meio de fraude. Nesse contexto, a prática de retirar o preservativo durante a relação sexual sem o consentimento do outro indivíduo, intitulado com *Stealthing*, atualmente é enquadrado nesse artigo.

O *Stealthing* tem origem inglesa, e em tradução livre, significa furtivo. Nesse sentido, o consentimento é presente no início da realização do ato sexual, sendo comprometido com a retirada da proteção, no decorrer da prática, de forma dissimulada sem a ciência da vítima. Nesse sentido, é válido ressaltar que os indivíduos possuem a liberdade de realizar atos sexuais, desde que, não violem ou descaracterizem o consentimento alheio, de modo que transmita riscos físicos como gravidez ou doenças sexualmente transmissíveis.

Mas e quando, além dos danos psicológicos e morais à vítima, o dano físico tem por consequência uma gravidez indesejada? Em recente decisão proferida pelo colegiado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2020), fora julgado procedente o pedido para a realização do aborto seguro à uma vítima de violência sexual, que engravidou como consequência da remoção do preservativo.

Por conseguinte, o objetivo desse trabalho de pesquisa é relacionar o *Stealthing* com o direito penal associado à possibilidade de aborto seguro decorrente dessa violação. O estudo será feito por meio de busca bibliográfica e de pesquisas descritivas e quantitativas responsáveis por evidenciar os dados do trabalho.

2. O CÓDIGO PENAL DE 1940

2.1. O conceito analítico de crime

De modo genérico, crime é a conduta indevida e ilícita, realizada de forma proibida e tipificada pela lei. Juridicamente, o conceito analítico de crime é composto por dois ou três elementos, que configuram a Teoria Dualista ou Tripartite do Delito, respectivamente.

No âmbito penal, é comum a discussão sobre os elementos configuradores da concepção de crime. As correntes vigentes possuem o entendimento comum de que Fato Típico e Ilicitude, são constituintes primordiais e indiscutíveis para a caracterização. A divergência, no entanto, se manifesta no que diz respeito à culpabilidade do delito, sendo que a Teoria Dualista aponta que esta não é necessária para a definição do mesmo.

Dessa forma, a culpabilidade é em sentido amplo uma extensão e explicação do livre-arbítrio evolutivo. Sendo caracterizada, pela censura ao autor pelo fato injusto, que é reprovado socialmente, visto que, o mesmo deveria ter agido conforme o Direito demanda.

Implicitamente, está prevista na Constituição da República de 1988, devido ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ao vedar a incriminação do autor sem a caracterização do dolo ou culpa e ao estabelecer a necessidade de atender a proporcionalidade da pena ao crime cometido. Em suma, a Culpabilidade diz respeito a reprovabilidade do autor, pois o mesmo poderia ter agido de modo diverso, conforme demonstrado, pelo professor Rogério Sanches Cunha (2016, p. 281):

O juízo de reprovação recai sobre a conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar. Trata-se de um juízo relativo à necessidade de aplicação da sanção penal. São duas, basicamente, as teorias desenvolvidas para fundamentar a culpabilidade do autor do fato típico e ilícito: o livre-arbítrio e o determinismo.

Além do exposto, outro componente fundamental para o conceito analítico de crime é o fato típico. Ele é a descrição delitiva do ato expressa no tipo penal. Dessa forma, não há que se falar em crime sem lei anterior que o preveja, assim, quando um delito que não possui previsão legal é realizado, é classificado como atípico e não configura crime.

O fato típico possui suas peculiaridades. Ele é formado por conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade. A conduta pode ser através de uma ação ou omissão do agente, que pode agir com dolo ou culpa. O nexo causal é o encadeamento que junta a conduta e o resultado, é a comprovação que o ato causou danos. Por último, a tipicidade é a previsão legal da conduta, é a sua adequação à norma penal, só há crime se a conduta foi prevista pela lei.

Por fim, a ilicitude da ação é primordial e indiscutível para a caracterização do crime. É a contradição entre o fato e a norma, que caracteriza o ato como antijurídico.

2.2. Inexigibilidade de conduta diversa

A inexigibilidade de conduta diversa é uma excludente de culpabilidade. É a impossibilidade de punir o agente de uma conduta, devido a sua inviabilidade de agir de modo diferente ao que ocorreu. Assim, quando isso acontece, o fato é considerado isento de crime, visto que não há reprovabilidade no acontecido, pois não tinha outra forma de agir.

Para a comprovação dessa benesse, faz-se necessário analisar as circunstâncias que perfizeram o ato, para saber se não seria possível que o agente não tivesse praticado

o ato. Dessa forma, é possível uma diminuição de pena ou excluir a criminalização do crime caso comprovado a inexigibilidade de conduta diversa.

2.3. Os Crimes Sexuais

Anteriormente chamado de *os Crimes contra os costumes*, o Título VI do Código Penal teve sua redação alterada pela Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009, atualmente o título é nomeado como *os Crimes contra a dignidade sexual*, visando a proteção legal da dignidade sexual do indivíduo. Além disso, o Título VI se situa na parte especial do Código Penal, com início no artigo 213 a 234-B, sendo estes divididos em sete capítulos.

2.3.1. Violação sexual mediante fraude

Localizado no Capítulo I, chamado de *Dos Crimes contra a liberdade sexual* do Título VI, a violação sexual mediante fraude tem previsão no artigo 215 do Código Penal que dispõe em seu *caput*: “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”.

Nesse artigo legal, o crime ocorre quando um indivíduo utiliza do emprego da fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, para ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com outrem. Cabe ressaltar que esse crime também é conhecido como *estelionato sexual*, haja vista que a fraude vicia o consentimento da vítima ou distorce a realidade, mantendo ou induzindo a vítima em erro.

Nesse sentido, o crime de violação sexual é classificado como doloso e plurissubsistente, tendo como objeto jurídico tutelado a liberdade sexual da pessoa humana. Destaca-se que, tanto o homem quanto a mulher podem ser os sujeitos, ativo ou passivo, do delito. A conduta pode ser comissiva, contudo, o douto professor Rogério Greco (2012) prevê hipótese via omissão imprópria, nos termos do parágrafo segundo do art. 13 do Código Penal, quando o garantidor sabia da fraude, e devia ou podia agir para evitá-la, todavia, permite que a vítima seja enganada e ocorra a consumação do crime. Por fim, a consumação ocorre com a efetiva penetração do ato sexual ou a prática de outro ato libidinoso.

3. O STEALTHING

O *Stealthing* consiste na prática de retirar ou perfurar o preservativo antes ou durante a relação sexual sem o consentimento do parceiro. Segundo Brodsky (2017), essa conduta pode ser compreendida em transformar sexo consensual em sexo não consensual em duas teorias, uma das quais representa um risco de criminalização excessiva ao exigir transparência completa sobre a capacidade reprodutiva e infecções sexualmente transmissíveis.

3.1. A origem do *Stealthing*

Com origem da língua inglesa, o termo *Stealthing* significa furtivo e oculto, e ficou conhecido após um homem de 47 anos ser condenado na Inglaterra por furar o preservativo antes da relação sexual. O homem, Andrew Lewis, usava um alfinete para perfurar o preservativo antes de usá-lo, e sua parceira percebeu o fato após encontrá-lo furado na lixeira. Por consequência, Andrew Lewis fora condenado a quatro anos de prisão por estupro pelo Tribunal Superior de *Worcester*.

Outro caso que gerou repercussão, ocorreu em 2017 na Suíça, quando um homem foi condenado por ter relações sexuais sem preservativo e sem o conhecimento da parceira. De acordo com o jornal *ABC News*, o casal se conheceu no aplicativo de relacionamentos *Tinder*, e a mulher só concordou em se relacionar sexualmente com o parceiro sob a condição do uso do preservativo, que fora retirado. O caso foi julgado por um tribunal de Lausanne, na Suíça, o homem foi condenado pelo crime de estupro.

Por fim, a pesquisadora Alexandra Brodsky publicou um artigo no *Columbia Journal of Gender and Law* abordando a ocorrência do *Stealthing* nos Estados Unidos, através de pesquisas com vítimas dessa violência sexual. Importante ressaltar que, tal artigo é de suma importância para o estudo dessa conduta, pois revelou a reincidência dos casos, e maior incidência da prática em casais heterossexuais.

3.2. Aspectos legais, judiciais e principiológicos sobre o *Stealthing*

Na legislação brasileira, a conduta do *Stealthing* está inserida no artigo 215, do Código Penal, sendo tipificado como violação sexual mediante fraude:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Apesar do *Stealthing* ser inserido no tipo penal de violação sexual mediante fraude, ao analisar a realidade das vítimas dessa violação e a ocorrência gradual dos casos, é notório a carência de um artigo específico no Código Penal Brasileiro para verdadeiramente tipificar a conduta, e assim, garantir segurança jurídica às vítimas dessa violência sexual, e assegurar o caráter preventivo e repressivo desse crime.

3.3. Decisões judiciais sobre o *Stealthing*

No que diz respeito às decisões judiciais brasileiras, o *Stealth* é um tema recente. O seu conceito e implicação ao direito ainda está em ascensão, assim, a sua discussão é complexa e pouco divulgada.

Nesse contexto, atualmente, encontra-se apenas uma decisão proferida em primeira instância, julgada pela 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. O processo que tramita em segredo de justiça, aborda um pedido de aborto seguro, devido a uma relação sexual que inicialmente era consentida e que posteriormente, sem a ciência da vítima houve a retirada do preservativo que gerou a gravidez indesejada¹.

A 7ª Turma Cível optou por julgar procedente o pedido de aborto legal. Alegaram que cabe ao Estado prover assistência à mulher em situação de gravidez decorrente de relação sexual involuntária ou coercitiva. Afirmaram a necessidade de consentimento para a realização de atos e a importância de garantir a segurança dos envolvidos.

Assim, é notório a importância de mais julgamentos nesse sentido, e uma ampla divulgação dos casos, para gerar maior segurança jurídica para as vítimas do *Stealth*, haja vista que, em conformidade com a decisão prolatada, cabe ao Estado assegurar os direitos do indivíduo.

3.4. O perigo do Contágio Venéreo

Doenças venéreas são transmitidas através de uma relação sexual desprotegida. Assim, considerando que o *Stealth* é a prática sexual sem proteção, uma de suas possíveis consequências, é a possibilidade de contrair uma doença dessa espécie. Nesse sentido, no que diz respeito ao âmbito jurídico, os arts. 130 e 131, do Código Penal Brasileiro, versam sobre esse contágio:

Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se é intenção do agente transmitir a moléstia:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 2º - Somente se procede mediante representação.

Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Diante o exposto, é de suma importância considerar a imputações dos artigos citados para a análise do *Stealthing*, pois eles possuem ligação direta e complementar.

4. O ABORTO LEGAL

O aborto legal, também chamado de aborto necessário, tem previsão legal no *caput* do artigo 128 e seus incisos I e II, do Código Penal Brasileiro. É certo que a legislação brasileira não define o significado de aborto em seu texto, sendo o verbo nuclear dos artigos apenas “provocar aborto”.

Na visão do doutrinador José Frederico Marques (2017, p. 183), a definição seria “para o Direito Penal e o ponto de vista médico-legal, o aborto é a interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção.”¹

A lei penal traz duas hipóteses expressas de possibilidade de realização do aborto, sendo elas quando não há outra forma de salvar a vida da gestante e se a gravidez for resultante de estupro. Além disso, em 2012, o Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 54 (ADPF 54), descriminalizou o aborto de anencefálos, por uma votação de seis votos a dois.

No julgamento, os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Carmen Lucia votaram a favor, enquanto os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello votaram contra a declaração de inconstitucionalidade de uma interpretação judicial que enquadrava a interrupção da gravidez de feto anencéfalo (2012) nos artigos 124, 126 e 128, do Código Penal.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

4.1. O Direito ao aborto

Historicamente polêmico, o aborto é um tema que possui repercussão, visto que seu conteúdo traz um confronto entre direitos fundamentais, como a vida e a religião.

Desde 2012, a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhece o aborto como um serviço de saúde essencial. No Brasil, a mulher que se enquadrar em um dos casos de previsão legal para o aborto, tem o direito de realizar o procedimento de forma gratuita pelo Sistema Único de Saúde (SUS), conforme a Lei 12.845/2013.

Desse modo, a realização do aborto legal é permitida em caso de estupro, em que o tempo máximo de gestação seja de 20 semanas, ou 22 semanas caso o feto pese menos de 500 gramas, conforme expresso na cartilha distribuída pelo Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Contudo, permite-se a qualquer tempo, a sua execução nos casos em que à risco de vida para a gestante, em gravidez oriunda de violência sexual e por anencefalia fetal, conforme decisão de 2012, do Supremo Tribunal Federal, no ADPF nº 54.

Nas hipóteses estritamente citadas, não há a necessidade de decisão judicial nem a realização de um Boletim de Ocorrência Policial. O procedimento será realizado por uma equipe multidisciplinar, composta por médicos, psicólogos e assistentes sociais.

Por fim, é garantido ao profissional da saúde o direito de não realização do procedimento, devido ao direito à liberdade de pensamento, crença e de consciência. Assim, nesses casos o aborto é feito por outro profissional, desde que exista urgência para a resolução do processo.

Em suma, é válido ressaltar que é necessário o consentimento da gestante por escrito, e nos casos de menor de idade, é fundamental a autorização de um dos pais ou responsável legal.

4.2. Stealthing: estupro de vulnerável x constrangimento ilegal x estupro

O *Stealthing* é encontrado no rol dos crimes contra a liberdade sexual no título VI do Código Penal Brasileiro. É inegável que para a sua qualificação depende da prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, porém uma das suas características principais é a utilização de um meio fraudulento ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vítima.

Todavia, o tema carece de tipicidade na legislação brasileira, pois os crimes já caracterizados como puníveis, por exemplo, o estupro de vulnerável, o constrangimento ilegal e o estupro, não atendem as singularidades dessa nova conduta condenável.

O estupro de vulnerável, elencado no artigo 217- A do Código Penal, é caracterizado pela conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, ou com pessoas que não consigam oferecer resistência ao ato. A conduta descrita na lei, é desde o início caracterizada pela falta de manifestação ou ciência da vítima, sendo isso, o que difere da prática do *Stealthing*, visto que a prática sexual nele é inicialmente consensual.

Em segunda análise, tipificado no artigo 146 do Código Penal, o constrangimento ilegal é o ato de constranger alguém, mediante a violência ou grave ameaça após a redução da capacidade de resistência a fazer o que a lei permite ou o que ela não manda. Nesse contexto, cabe ressaltar que na execução do crime do *Stealthing* não estão presentes esses requisitos.

Por fim, descrito no artigo 213, do Código Penal, o estupro é classificado como crime hediondo, sendo então, insuscetível de anistia, graça, indulto e fiança. É marcado pelo constrangimento da vítima, através de violência ou grave ameaça, para a prática de ato libidinoso.

Por analogia, na Inglaterra, um homem foi condenado a quatro anos de prisão por estupro após perfurar uma camisinha antes de usá-la para ter relações sexuais com uma mulher¹. À proporção que na legislação brasileira, semelhante ao julgado na Nova Zelândia, em abril de 2021, o crime seria tipificado como violência sexual mediante fraude, haja vista que o sujeito utilizou de um alfinete para perfurar o preservativo sem o consentimento da parceira.

Em suma, o que difere a prática do *Stealthing* dos outros crimes elencados é o consentimento inicial das partes durante a relação sexual, e a ausência da violência ou

grave ameaça. Portanto, a simples inclusão do *Stealthing* na violência sexual mediante fraude não abrange as suas características inerentes do tipo, bem como, as severas consequências que esse crime pode ter.

5. O STEALTHING E A POSSIBILIDADE DO ABORTO LEGAL

A Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013, também conhecida como Lei do Minuto Seguinte, considera violência sexual qualquer forma de atividade sexual não consentida. Embora o *Stealthing* seja uma violência sexual, a prática desse crime tem como característica o prévio consentimento.

A prática do *Stealthing*, proporciona no polo passivo danos de difícil reparação, visto que a ação pode ter efeito irremediável segundo a atual legislação vigente. A vítima, caso engravide, se torna obrigada a gerar o feto, pois, as possibilidades de aborto legal no Brasil, são taxativas e explícitas, conforme o artigo 128, do Código Penal:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

É certo que o texto legal acima é específico quando dispõe “resulta de estupro”, não abrangendo outros tipos penais. Dessa forma, é válido ressaltar que o Direito Penal é encarregado de tratar de aspectos residuais e impactantes ao sistema jurídico. Assim, o aborto legal é descrito de modo restrito ao citar que a sua realização somente pode ser feita em caso de gravidez resultante de estupro.

Nesse sentido, abre-se a interpretação para o que seria o *Stealthing* na prática. Caso, possua caráter de violência sexual, o aborto legal seria uma possível solução para os casos de gravidez indesejada. No entanto, se o consentimento inicial para o ato sexual descaracterizar o fato da violência, o aborto não seria cabível.

Como é o caso do recente julgado do TJDF, no qual o colegiado entendeu que a partir da falta de consentimento, o abuso sexual passa a ser considerado crime de estupro: “*No particular, o ato sexual, embora inicialmente consentido mediante o uso de método contraceptivo, deixou de sê-lo no momento em que o agressor retirou o*”

preservativo, ao que a vítima gritou para que este cessasse o ato sexual e teve seu rosto forçado contra a parede, com a ordem de que ficasse quieta." (BEA, 2020)

Todavia, esse entendimento que o Stealthing passa a ser crime de estupro abre uma lacuna, haja vista que há situações que a(o) parceira(o) sexual não percebe a retirada do preservativo, ou ainda, quando o preservativo é furado preliminarmente, a vítima não tem ciência e consente a relação sexual. Tais situações são hipóteses de Stealthing sem a característica inerente do estupro de "violência ou grave ameaça", e ainda presentes de um consentimento viciado.

Dessa forma, as consequências dessa prática criminosa podem resultar em uma gravidez indesejada que a vítima só terá ciência do ato furtivo meses depois. Mas sem a presença dos elementos do tipo penal "estupro", não será possível um aborto legal e seguro, visto que não há previsão legal expressa para o crime de Stealthing.

Portanto, isso gera grave estresse e dano emocional às vítimas que necessitam ajuizar ação penal para terem o direito ao abortamento, e em muitos casos, a violência sexual entra para as estatísticas da "cifra negra" (crimes que não são levados ao conhecimento das autoridades), de modo que termina não só impune, mas também com uma gravidez indesejada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o Stealthing é uma forma de abuso sexual, que sua prática viola a dignidade sexual da vítima, e traz graves consequências, bem como, gravidez não planejada, doenças infecciosas, estresse pós-traumático, entre outras. Conclui-se que o bem jurídico protegido pelo Direito Penal nesse crime carece de maior amparo legal.

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como um crime classificado no capítulo de violência sexual mediante fraude pode ser acrescentado no rol do artigo 128 do Código Penal Brasileiro. Foi evidenciado que essa inclusão poderia trazer uma maior segurança jurídica às vítimas de Stealthing, haja vista que elas teriam um direito de abortamento garantido pela legislação brasileira.

Em 1994, a Organização dos Estados Americanos (OEA) adotou o primeiro tratado internacional que trata sobre formas de erradicar a violência contra a mulher, em especial a violência sexual, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também chamada de Convenção do Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995. Assim, as vítimas de violência sexual buscam amparo legal do Estado, em paralelo, a adoção do Stealthing no rol de possibilidades de abortamento seria mais uma forma de reafirmar o compromisso firmado com a Convenção.

Diante o exposto, pode-se perceber a necessidade de proteção legal das vítimas de Stealthing, uma vez que o dano físico e psicológico de uma gravidez indesejada impacta por toda a vida de uma mulher. Portanto, é indispensável que os operadores do direito, bem como os Poderes, considerem a importância da inserção dos crimes de violência sexual nas possibilidades de aborto legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Direitos Reprodutivos: "ABORTO LEGAL": Esse material tem o objetivo de informar sobre aborto, os casos permitidos na legislação brasileira e os direitos das mulheres. [S. /], 18 jul. 2018. Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/AbortoLegal%20\(5\).pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/AbortoLegal%20(5).pdf). Acesso em: 23 out. 2021.

TJDFT autoriza realização de aborto seguro em vítima de "stealthing". [S. /], 25 jan. 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/dezembro/tjdft-confirma-que-df-proceda-aborto-seguro-em-vitima-de-violencia-sexual-201cstealthing201d>. Acesso em: 23 out. 2021.

STEALTHING deve ser considerado como crime. [S. /], 12 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56189/stealthing-deve-ser-considerado-como-crime>. Acesso em: 23 out. 2021.

STEALTHING. [S. /], 12 jan. 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/stealthing>. Acesso em: 23 out. 2021.

STEALTHING e a Adequação Ao Direito Penal Brasileiro. [S. /], 1 abr. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/stealthing-e-a-adequacao-ao-direito-penal-brasileiro/>. Acesso em: 23 out. 2021.

'RAPE-ADJACENT': Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal. [S. /], 20 abr. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2954726. Acesso em: 23 out. 2021.

VOCÊ sabe o que é "Stealthing"?. [S. /], 6 nov. 2018. Disponível em: <https://www.justificando.com/2018/11/06/voce-sabe-o-que-e-stealthing/>. Acesso em: 23 out. 2021.

CONCEITOS de crime. [S. /], 1 abr. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/conceitos-de-crime/>. Acesso em: 23 out. 2021.

HOMEM é condenado na Inglaterra por furar camisinha antes de relação sexual: Criminoso, um condutor de trens que tem 47 anos, usou um alfinete para furar o preservativo em 2018, mas só confessou o crime recentemente. Ele ficará quatro anos preso por estupro; promotor descreveu crime como 'pura maldade'.. [S. /], 5 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/10/05/homem-e-condenado-na-inglaterra-por-furar-camisinha-antes-de-relacao-sexual.ghtml>. Acesso em: 23 out. 2021.

PRÁTICA de retirar camisinha sem consentimento no sexo gera debate sobre violência sexual. [S. /], 1 maio 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-39747446>. Acesso em: 23 out. 2021.

THE LONG, Painful War on Stealthing: Stealthing looks like assault, feels like assault and is widely seen as assault, but no laws exist to prevent it. Could a new California bill change the tide?. [S. /], 7 ago. 2020. Disponível em: <https://melmagazine.com/en-us/story/the-long-painful-war-on-stealthing>. Acesso em: 23 out. 2021.

CULPABILIDADE. [S. /], 1 ago. 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/414/edicao-1/culpabilidade>. Acesso em: 23 out. 2021.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 DISTRITO FEDERAL: FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.. **Inteiro Teor do Acórdão - Supremo Tribunal Federal**, [S. /], p. 1-433, 12 abr. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 23 out. 2021.

FILHO, Nestor Sampaio Penteado. Manual Esquemático de Criminologia. 6ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, volume IV, 27ª. ed. [S. /]: SARAIVA JUS, 07/02/2021. p. 183.

O DIREITO DOS NASCITUROS E A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

MARIA LORENA GOMES VIEIRA:

Graduanda do curso de Direito pela
Universidade Estadual do Piauí -
UESPI.

Resumo: o corrente artigo visa abordar as contradições entre o direito do nascituro na percepção do direito civil e a luta pela legalização do aborto, apresentando conceitos, fatos, pareceres e entendimentos sobre o assunto perante o ordenamento jurídico brasileiro, as questões morais e a compreensão da mulher diante do assunto abordado.

Palavras chave: nascituro, aborto, contradições, direito civil.

Abstract: The current article aims to address the contradictions between the right of the unborn child in the perception of civil law and the struggle for the legalization of abortion, presenting concepts, facts, opinions and understandings on the subject before the Brazilian legal system, moral issues and the understanding of women given the subject discussed.

Keywords: unborn child, abortion, contradictions, civil law.

Sumário: 1.Introdução; 2. Dos direitos do nascituro; 3. Entre direito e moral; 4.Legalização do aborto; 5. Considerações Finais; Referencias.

Introdução

A situação jurídica do nascituro no Brasil inicia-se na esfera do direito civil, no momento em que a condição cabe dentro dos estudos da temática sobre personalidade civil. Os direitos do nascituro, portanto, se enquadram e vem de encontro com a grande importância do tema sobre concepção e legalização do aborto que vem sendo destaque tanto na legislação quanto na doutrina, ganhando um capítulo inteiro no Código civil.

Em contrapartida, muito se tem discutido tanto na esfera jurídica brasileira como nos debates leigos sobre a legalização do aborto, seus prós e contras, além da contradição entre os direitos do nascituro e o entendimento dado pelo STF, pelos juristas e o direito da mulher sobre seu próprio corpo. Nesse ponto, a lei e o próprio ordenamento entram em contraste, tendo em vista, a lei que regula o aborto no Brasil que vai de encontro com as transformações sociais presentes na hodiernidade. Também entram aqui questões religiosas e morais, que de um ponto de vista jurídico não deveriam estar presentes, já que, segundo a constituição federal de 1988, vigente em nosso país, o estado é laico, ou seja, existe uma separação entre o estado e a religião, não estando sobre poder da religião o direito de impor achismos diante das leis. Dessa forma deveria acontecer também com o judiciário, mas o que é muito visto, são pareceres impregnados de parcialidade religiosa,

muito forte e presente no Brasil. Os cidadãos que deveriam receber tratamento igualitário sem distinção de cunho religioso, de forma contrária, o que tem-se visualizado na sociedade brasileira é aprisionamento nos preceitos religiosos, em principal o da igreja católica, que defende a ideia do aborto como sendo pecado e um ato imoral, por vezes atacando diretamente o direito de liberdade que a constituição federal defende, no momento em que o pensamento contrario a opinião desse grupo pode acarretar em rechaçamento e até mesmo agressões físicas e morais. Ainda assim, a criminalização não impede as mulheres de abortarem no Brasil e no mundo, e um assunto que deveria ser tratado pela perspectiva da saúde pública é mantido somente nas letras do Código Penal e Civil.

1- Dos direitos do nascituro

De inicio, é importante salientar o conceito de personalidade no meio jurídico e como foi dado seu inicio. Durante muitos anos a personalidade, direito de todos, era atributo daqueles que possuíam bens, eram livres e cidadãos, e assim foi na Grécia e Roma antigas, fato marcante que evidencia a ausência de personalidade daquele que não possuía liberdade como o exemplo dos escravos que, apesar de serem considerados seres humanos, eram tidos como objeto de propriedade, podendo ser libertados, negociados ou até mortos, objetificados e apenas tratados como pessoas quando existia o favorecimento das pessoas a quem pertenciam. Existem diversas teorias que tentam explicar o início da vida ou da personalidade humana, tendo em vista que tal fato muito pode influenciar para outras questões como, por exemplo, a permissão ou não para se abortar. No ordenamento jurídico brasileiro é dada grande importância às teorias que dizem respeito ao inicio dos direitos e deveres dos cidadãos, sendo as mais aceitas e citadas a teoria natalista, teoria concepcionista e teoria da personalidade condicional. Segundo o Código Civil brasileiro e a teoria natalista adotada por este, "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Portanto, entende-se que o marco inicial da personalidade é o nascimento com vida, mas passando também a respeitar os direitos do nascituro desde sua concepção, não sendo o nascituro totalmente portador de direitos e deveres. Segundo Neves (2012, p. 27):

"para os adeptos dessa teoria, a personalidade civil começa do nascimento com vida, e isso porque só a pessoa pode ter personalidade, e o produto da concepção não é a pessoa, é apenas uma parte do corpo da mulher".

Segundo a doutrina da teoria natalista, o nascituro não é considerado pessoa e somente tem expectativa de direito, desde a sua concepção, para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso, uma vez que, os direitos só lhes serão repassados se comprovado que este respirou. O nascituro não tem personalidade jurídica e também lhe falta capacidade de direito, porque a lei apenas protegerá os direitos que possivelmente

ele terá. Para a teoria natalista utilizada nessa exposição o nascituro ainda não é pessoa, e não possui personalidade jurídica, mas expectativa de direito, se não nascer com vida, às relações jurídicas que o envolvem não se concretizam, como se o feto nunca tivesse sido concebido, é desconhecido dessa teoria também o fato de o feto possuir funções como ondas cerebrais ou batimentos cardíacos, dado que, estudos científicos na área demonstram a falta dessas atividades que caracterizariam o ser humano como capaz de direitos e deveres.

Fundamental esses estudos realizado por médicos do Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, na Grã-Bretanha, resultou na conclusão de que no período inicial da concepção, o feto não tem terminações nervosas e por isso não sente qualquer tipo de dor até completarem 24 semanas de formação. Também nesse sentido, a neurologia trás o entendimento que o início da vida ocorre quando o sistema nervoso passa a ter capacidade de resposta ao meio, ou seja, após o terceiro mês.

Muito se fala sobre os métodos anticoncepcionais, que por vezes são utilizados por grupos pró-vida para fundamentar seus preceitos, a ciência nos trás sobre isso uma questão controversa, já que, nenhum método é considerado plena e totalmente seguro para evitar a gestação, não há aqui algo que previna em totalidade a gravidez, havendo casos onde mesmo com a utilização a então figura feminina acaba por engravidar, por vezes uma gravidez indesejada ou em um lar onde não é propícia a continuação de tal situação.

O marco mais importante para os estudos sobre o início da vida humana se iniciou somente no século XVII, após a criação do microscópio, sendo este o principal momento onde as pesquisas acerca da forma como ocorria a fertilização começaram a alavancar. Inicialmente, sobre o direito à vida, deve haver algumas ponderações. Este direito, garantido aos indivíduos pela Constituição Federal, não deveria ser cegamente garantido ao nascituro. O fato é que há mais de um entendimento, alguns deles diretamente opostos, inclusive apresentados neste artigo, sustentados com bases científicas, sobre o início da vida. Desta maneira, seria muito precipitado entregar ao nascituro, que nem ser vivo se pode, por ora, saber se é, garantia incondicional à vida. Portanto, este direito deveria ser flexibilizado para o nascituro, condicionado ao arbítrio de quem melhor pode prever suas possibilidades psicológicas, afetivas, econômicas e sociais pós-nascimento, a quem sabidamente interessa qualquer condição do nascituro: sua mãe. Não se trata de ofender direito fundamental. Em uma análise jurídica, principalmente no tocante aos direitos fundamentais presentes na Constituição, se não há certeza quanto à existência de um bem jurídico a ser tutelado no caso concreto, recorra-se à garantia fundamental que lhe segue, ou seja, recorra-se ao direito à liberdade, a mulher como possuidora de liberdade sobre seu próprio corpo e sobre suas decisões, não sendo um papel do estado impor sobre a

figura feminina a obrigação de conviver com algo que não lhe é de desejo, podendo acarretar em problemas posteriores que o estado se abstém de tratar.

2- Entre direito e moral

Durante o período grego, o considerado pai da filosofia, Platão, considerou que não haviam problemas morais em interromper a gravidez de mulheres com idades acima de 40 anos, com o entendimento de proteger a saúde da mulher e indo além, em sua perspectiva os casais apenas deveriam gerar filhos até um certo período de tempo.

Existem no assunto de direitos do nascituro e a interrupção da gravidez a questão moral, já que, há a parte da sociedade que defende a criminalização total do aborto, já que, o artigo 128 do código penal brasileiro apenas prevê a parcial, excluindo os casos quando a gravidez resulta de estupro, de outra forma de violência sexual ou se o feto for anencefálico. Por vezes, as mulheres são retratadas apenas como um receptáculo para o feto, não sendo reconhecidos por esses grupos extremistas o seu direito a liberdade perante as escolhas sobre seu próprio corpo. Distanciando todos os seus direitos previstos na constituição e códigos e tratando o corpo feminino como se fosse apenas um produto para além delas mesmas, esse pensamento vem a cada dia se tornando mais errôneo, já que, todos tem direitos sobre o próprio corpo e a vontade da mulher nesse sentido deve ser levada em plena consideração pelo legislador. O Direito surge e evolui de acordo com a própria sociedade e que é diretamente interligado a ela. Habermas na obra "Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade" já afirmava que fato e norma não se dissociam, estão em constante tensão representados pela facticidade e validade das normas. Miguel Reale, jurista brasileiro, também defendeu com sua teoria tridimensional, que o Direito se constrói tridimensionalmente, possui um aspecto normativo, um fático e um axiológico, isso implica dizer, que não basta que haja normas se estas não possuem uma correlação com a realidade, com o fato e valorativa vivida socialmente, esses elementos atuam em conjunto como num processo, tornando o Direito uma interação dialética entre eles (REALE, 2011).

A matéria em questão aparenta carregar em seu seio aspectos morais de uma parte da sociedade, principalmente, num discurso religioso de sacralização da vida, que perpetua a dinâmica social patriarcal, apesar das grandes conquistas femininas. Volta-se a afirmar, o direito deve acompanhar as transformações da sociedade "o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também sua transformação" (BARROSO, 2008, p 279).

3- Legalização do aborto

Entende-se por aborto a remoção ou expulsão prematura de um embrião ou feto do útero. Etimologicamente, a palavra aborto consiste na privação do nascimento advindo

do latim, onde *ab* significa privação e *ortus*, nascimento. “Sinteticamente, pode ser definida como a interrupção da gravidez, resultando na morte do produto da concepção (JARDIM, 2006)”. Há ainda vários tipos diferentes de aborto, citando alguma como o terapêutico, que é aquele feito quando a gravidez coloca em risco a vida da gestante; o sentimental, quando a gestação é resultado de um estupro; o eugênico, que consiste em abortar quando o feto apresenta alguma anomalia; e, por último, o social, que é quando a mãe não possui condições econômicas de sustentar seu filho. Dentre os tipos citados, atualmente apenas dois são aceitos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A legalização do aborto vem sendo palco para diversas discussões na atualidade é importante fulgurar que alguns dos pontos de vista que demonstram a percepção positiva desse assunto é o extermínio de clínicas clandestinas, que assim gerariam uma diminuição no número de óbitos femininos. O aborto intencional, quando feito em clínicas clandestinas podem vir a gerar futuros problemas para a mulher, já que, a grande maioria não são realizados da forma correta, quando como feito em clínicas especializadas, que diminuem os riscos de consequências negativas, podendo estas ser físicas ou emocionais. Estima-se que pelo menos 70 mil mulheres perdem a vida anualmente em consequência de abortos realizados em condições precárias

“(...) a legalização do aborto, diferentemente do que muitos querem fazer crer, não vai contra o respeito à vida humana, mas ao seu favor”. Para que haja uma comprovação de que o ato abortivo quando praticado da forma correta é algo positivo, é importante ressaltar que o mesmo, quando praticado clandestinamente, “(...) é o terceiro causador de mortes maternas no Brasil (KATIHARA, 2010) ”.

Diferentemente do que muitos pressupõem sem nenhum estudo do debate, os defensores do aborto não querem que o mesmo seja tido como legal em qualquer circunstância, ou seja, que qualquer aborto deva ser aceito por lei. Eles reivindicam, principalmente, a proposta que está presente no Senado Federal, à chamada SUG 15/2014. Esta consiste em regulamentar o atendimento às mulheres que queiram interromper a gravidez, desde que essa interrupção ocorra dentro das doze primeiras semanas da gestação. “É importante quebrar o silêncio sobre o tema aborto, pois as mulheres têm o direito de decidir se querem ou não serem mães (PORTAL FÓRUM, 2015)”. O número de abortos clandestinos também é vultoso, tanto no Brasil quanto mundialmente: uma mulher aborta a cada 33 segundos, e a cada dois dias ocorre um aborto clandestino.

Pode-se pressupor que essa medida constituiria uma melhora considerável na vida das mulheres, visto que desse modo, suas escolhas seriam respeitadas, de modo que não estariam contrariando pensamentos religiosos, morais e éticos, mas sim, estariam escolhendo praticar ou não, um ato com seu próprio corpo. Diante dessa situação, surgem duas vertentes diferentes no ordenamento jurídico brasileiro, que constantemente batem

de frente. De um lado, grupos religiosos e evangélicos que defendem o aborto como crime absoluto, e que acreditam que o mesmo não deva ser aceito por lei, em nenhuma circunstância; e de outro, o movimento feminista, que acredita que a liberdade de escolha das mulheres, deva ser respeitada e aceita, de modo que estas possam fazer do seu corpo, o que lhes aprouver. Acredita-se que a sociedade brasileira do século XXI prefira primeiramente se ater a preceitos religiosos e conservadores, sem antes analisar as consequências e condições precárias a que inúmeras mulheres se submetem praticando o aborto, ignorando que esse processo ocorre em todo o Brasil, preferem “fechar os olhos” e não se aterem a realidade da situação, o aborto acontece com ou sem legalização e diferente da crença desses grupos sua legalização não faria com que todas as mulheres queiram realizar, visto que, é um dever do governo apresentar e conscientizar sobre os fatores negativos de se realizar o aborto, cabendo à escolha a mulher. É fulcral salientar que nenhum sistema de saúde entrou em colapso depois da despenalização do aborto, como é o caso de boa parte da América e Europa.

Outro argumento utilizado em favor da legalização do aborto é a situação social da mulher que deseja realizar o ato, muitas vezes sendo elas de origem humilde, sem condições financeiras favoráveis, sem acesso a educação básica e a educação sexual, já que, no Brasil, essa instrução vem se mostrando cada vez mais precária, é necessário um ensino de educação sexual digno para impedir uma gravidez indesejada, a falta deste favorece o equívoco e a carência de conhecimento da mulher em relação ao próprio corpo ou as formas de prevenção corretas, acarretando em gravidez indesejada, que muitas vezes podem vir a gerar consequências negativas da vida da mulher, como transtornos psicológicos que perduram pela vida inteira.

“Sem dinheiro as mulheres pobres e negras são submetidas à clínicas clandestinas que não oferecem o mínimo de cuidado, um acompanhamento profissional necessário e acabam por ter suas vidas colocadas em risco. Assim, falar em aborto é falar principalmente na violação dos direitos dessas mulheres, violação ao seu direito reprodutivo, sexual e à sua autonomia (GALDINO; ROCHA, 2015) ”.

“A maioria das escolas não tem educação sexual no currículo. Em grande parte porque grupos conservadores barram esse tipo de conteúdo, com medo de que as crianças sejam “estimuladas” a fazer sexo antes da hora. Mal sabem que as crianças desde muito cedo expressam sua sexualidade, sentem prazer com seus corpos e seria ótimo que não fossem reprimidas. Nas aulas de biologia, quando o assunto é abordado, geralmente é tratado como algo terrível que só

dissemina doenças sexualmente transmissíveis (BLOGUEIRAS FEMININAS, 2014) ”.

Outro argumento dos movimentos feministas é a influência do sistema patriarcal na sociedade brasileira. O Estado prefere criminalizar o aborto e expor as mulheres a inúmeros riscos, pois alega que este é inconcebível e sob nenhuma hipótese deva ocorrer. Este pensamento é oriundo de preceitos morais e religiosos, porquanto que, nada que vá de encontro aos bons costumes pregados por essa parte é sequer considerado, o mesmo parece ocorrer com a legislação, que se mostra impregnada dessas convenções, quando na sua letra defende uma postura laica.

“(...) é possível entender porque as leis que optam por criminalizar a prática abortiva escondem, na verdade, um posicionamento ideológico sexista, legitimado por um direito patriarcal, que tolhe o exercício da livre sexualidade da mulher, condicionando-a tão somente para fins reprodutivos e criminalizando socialmente e penalmente as mulheres que escolhem pela sua autonomia”.

Nota-se, portanto, que não é respeitado o direito de escolha da mulher e, sequer defendida a garantia ao direito à privacidade que está especificado como um dos direitos fundamentais do ser humano na Constituição da República. Inclusive, a Corte Interamericana de Direito Humanos decidiu, em 2012, que o art. 4º, 1 da CADH que narra que a proteção da vida deve se dar a partir da concepção, na verdade, foi criado e serve com o intuito de proteger os direitos da mulher grávida. Não foi criado para proteger os fetos. Afirmando também acerca que o direito à vida desde a concepção não é argumento para proibir a possibilidade da interrupção da gestação nem para impedir o respeito, a proteção e a garantia dos direitos reprodutivos das mulheres, pois a elas cabe o direito de decidir se querem ou não engravidar ou manter o processo gestacional. Nessa oportunidade, lembra-se que na Convenção de Cairo de 1994, da ONU, um marco para os direitos feministas, veio à tona a máxima de que as mulheres têm direito “ao controle sobre a sua sexualidade”, “à garantia de sua saúde sexual e reprodutiva, à livre decisão, sem coerção, discriminação ou violência e de decidir sobre o exercício da maternidade”.

As decisões do STF parecem contraditórias em alguns momentos, sendo omissos muitas vezes a teoria natalista que esta plenamente presente na letra da lei do Código civil, já que, ora deferem entendimentos a favor de uma teoria concepcionista. Apesar disso, a decisão de um caso concreto da primeira turma do STF no ano de 2016 foi considerada uma vitória a causa da legalização, tendo em vista a decisão de que cometer aborto nos três primeiros meses de gestação não é delito. Os ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Rosa Weber tornaram visível a definição de que não é crime a interrupção espontânea da gestação realizada no primeiro trimestre. Na visão do ministro Luís Roberto Barroso, defendeu que:

"Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam a sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um".

Apesar dessas vitórias para as defensoras dos direitos femininos, a ideia de igualdade parece muito distante de ser efetiva, pela liberdade restrita que elas sofrem em razão da perpetuação de dogmas religiosos, conservadorismo em detrimento da saúde, em desencontro com o alcance de uma sociedade mais tolerante, equilibrada e justa.

Considerações finais

Como foi apresentada, a manutenção da conduta de interrupção voluntária da gravidez como crime se encontra cada dia mais insuportável para o direito, para o Estado e para a sociedade. Trata-se de anseio no mínimo hipócrita e até injusto. Isto porque, falar em descriminalização do aborto não é banalizar ou ignorar sua prática, tampouco incentivá-la, mas sim tratar de um tema que muito vem ganhando espaço. O sentimento que alguns têm sobre a prática do aborto é íntimo e seus motivos devem ser respeitados, como qualquer opinião que se tenha numa democracia, mas não se deve aceitar que preceitos morais de uma parcela da população interfiram em um processo que visa não apenas o interesse individual de cada um, mas a saúde geral. Todavia, criminalizar a conduta não garantirá êxito algum contra sua recorrência, apenas fará com que a população brasileira continue a ignorar sua prática, enquanto todos os dias mulheres morrem em decorrência da omissão estatal e judiciária. Ademais, a criminalização do aborto só vem contribuir para marginalizar milhares de casos de sua ocorrência, que como foi visto durante essa explanação, não deixam de ser praticados por força de lei ou moral, mas que, apenas são ocultados, principalmente quando não há outra opção para a grávida, que prefere tirar seu filho a tê-lo em meio que pouco oferece à sua dignidade. Para Além, um estado que mal propicia o cumprimento de seus direitos fundamentais, a alimentação, educação, bem privado, onde o nível de extrema pobreza cresce a cada dia, a população luta por uma vida digna, que nem sempre possibilita a criação eminente de uma criança.

Fechando este rol exemplificativo, está a principal e mais digno fundamento: a liberdade. Não há que se falar em plenitude da liberdade se não está sendo assistido o direito de escolha sobre o próprio corpo, sobre a própria vida ou sobre a permissão da possibilidade (fato futuro e condicionado) de existência de uma pessoa, que por hora ainda é um objeto de direito que nem vivo se sabe pode afirmar estar.

Pode-se notar que o ordenamento jurídico brasileiro ainda sofre com vícios, como existentes no século XV, onde o catolicismo e a religião sustentavam toda a pirâmide social,

o direito ao contrário disso, deve crescer e ter a sapiência de se modificar em conjunto com as mudanças sociais, além disso, é importante que o legislador desenvolva seu trabalho pensando sempre no bem coletivo e não em suas convicções individualistas, como se pode notar durante o presente texto. Os códigos brasileiros ainda carecem de mudanças e discussões realizadas com muita seriedade sobre o assunto, posto que o próprio código civil se contradiz na questão da defesa da corrente adotada, por vezes natalista e por vezes concepcionista. É necessário que haja mudanças na legislação vigente, para que as dúvidas sejam apaziguadas e debates mais precisos ocorram sobre os verdadeiros direitos de um nascituro.

Referencias

ANTUNES, Denise. **Aborto no Brasil. Um pouco mais de esperança.** Aguardando a decisão da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n. 442. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5848, 6 jul. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75173>. Acesso em: 8 set. 2021.

FILHO, Marcelo Raimundo de Souza; CARVALHO, Keuelanne Alves. **Da não representatividade do Estatuto do Nascituro à legalização do aborto.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4089, 11 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29568>. Acesso em: 8 set. 2021.

MENDONÇA, Leonardo Araújo porto. **Dos direitos do nascituro e do embrião no direito brasileiro.** Revista JusBrasil. 2017. Disponível em: <https://leonardoapmendonca.jusbrasil.com.br/artigos/325703422/dos-direitos-do-nascituro-e-do-embriao-no-direito-brasileiro#comments> Acesso em: 8 set. 2021.

SILVA, Andrísia Presley Machado; CORREIA, Débora Maria Brites Correia . **Descriminalização e legalização da interrupção voluntária da gravidez.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6531, 19 maio 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/90392>. Acesso em: 8 set. 2021.

JEFFREYS, Branwen da. BBC News. Fetos não sentem dor antes de 24 semanas de gestação, diz estudo britânico. **BBC NEWS.** Brasil, 25 jun. 2010 Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/ciencia/2010/06/100625_feto_dor_mv Acesso em: 25 nov. 2021

SILVA, Florinda Aparecida Marques. **A polemica da legalização do aborto no Brasil.** Revista JusBrasil 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91488/a-polemica-da-legalizacao-do-aborto-no-brasil> Acesso em: 25 nov. 2021.

TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS: UMA ANÁLISE PROCEDIMENTAL E JURÍDICA

FILIPPE CARDEAL NASCIMENTO:
pós graduado/ advogado

RESUMO: O trabalho desenvolvido propõe-se a analisar o transplante de órgãos como um procedimento cirúrgico de reposição de um órgão ou tecido de uma pessoa doente por outro órgão ou tecido normal, analisando cada etapa de seu procedimento assim como confrontando-o com princípios, fundamentos constitucionais e direitos da pessoa humana disponibilizados nos mais diversos diplomas legais, de forma a contribuir com esclarecimentos e informações sobre etapas importantes em seu processo como o papel do médico assistente, o papel do Sistema Nacional de Transplantes e conceitos muitos discutidos atualmente que influenciam na decisão destes profissionais e da sociedade. Dedicar, ainda, especial atenção no que tange a evolução brasileira sobre o transplante de órgãos e tecidos, comparando-a a Estados estrangeiros com intuito de contribuir para seu aperfeiçoamento e evolução, além de apresentar dados estatísticos a nível nacional e regional. Trata-se de estudo exploratório que identifica e esclarece questões jurídicas e médicas apresentadas através de análises bibliográficas de autores, especialistas e dados governamentais com intuito de promover esclarecimentos e possibilitar o aumento de doações por milhão de pessoa com base em questões conflituosas vistas sobre uma perspectiva histórica e atual.

PALAVRAS-CHAVES: Transplantes de órgãos e tecidos. Procedimento. Legislação. Realidade nacional.

ABSTRACT: The paper developed aims to analyze organ transplantation as a surgical procedure to replace an organ or tissue of a sick person with another organ or normal tissue, analyzing each stage of its procedure as well as confronting it with principles, constitutional foundations and human rights made available in the most diverse legal diplomas, in order to contribute with clarifications and information on important stages in its process such as the role of the attending physician, the role of the National Transplant System and concepts that are currently discussed that influence their decision professionals and society. It also dedicates special attention to the Brazilian evolution regarding organ and tissue transplantation, comparing it to other States in order to contribute to its improvement and evolution, in addition to presenting statistical data at national and regional level. This is an exploratory study that identifies and clarifies legal and medical issues presented through bibliographic analyzes of authors, specialists and government data in order to promote clarification and enable an increase in donations per million people based on conflicting issues seen from a perspective historical and current.

KEYBOARDS: Organ and tissue transplants, Procedure. Legislation. National reality.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 BREVE HISTÓRICO DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS. 3 PROCEDIMENTO. 3.1 TRANSPLANTE. 3.2 ESPÉCIES DE DOAÇÃO. 3.3 DA DECLARAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA NOS CASOS DE DOADOR MORTO. 3.4 ENTREVISTA FAMILIAR. 3.5 AUTORIZAÇÃO DA FAMÍLIA. 3.6 RETIRADA DE ÓRGÃOS. 3.7 TRANSPORTE. 3.8 RECUPERAÇÃO. 4 O PAPEL DO MÉDICO ASSISTENTE NO TRANPLANTE DE ÓRGÃOS. 5 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. 5.1 CONCEITOS GERAIS. 5.2 DIREITOS DE PERSONALIDADE. 5.3 A DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREIROS DE PERSONALIDADE. 6 A EVOLUÇÃO BRASILEIRA ATINENTE A LEGISLAÇÃO DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS. 6.1 ASPECTOS GERAIS. 6.2 CARTA MAGNA E O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. 6.3 LEI 9.434 DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997. 6.3.2 Aspectos Penais Da Lei 9.434/97 e o tráfico de órgãos humanos. 6.4 CÓDIGO CIVIL – LEI 10.406/2002 -APARENTE ANTINOMIA ENTRE OS INSTITUTOS. 6.5 INOVAÇÕES LEGISLATIVAS. 7 DIREITO COMPARADO E TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. 7.1 ASPECTOS GERAIS. 7.2 O MODELO ESPANHOL DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS. 7.3 SISTEMA FRANCÊS. 7.4 SISTEMA NORTE AMERICANO. 8 A REALIDADE DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS NAS REGIÕES BRASILEIRAS. 8.1 ASPECTOS GERAIS. 8.2 REGIÃO NORTE. 8.3 REGIÃO NORDESTE. 8.4 REGIÃO CENTRO-OESTE. 8.5 REGIÃO SUDESTE. 8.6 REGIÃO SUL. 8.7 SISTEMA ATUAL DA LISTA DE ESPERA. 9 BRASIL E OS OBSTÁCULOS NO TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. 9.1 A INFLUÊNCIA RELIGIOSA. 10 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

I INTRODUÇÃO

A doação de órgãos para transplante é uma atitude que colabora para o restabelecimento e para a vida das pessoas com falência de órgãos em fase terminal. Além disso, condizente com o conhecimento mundial sobre o tema, a demanda de órgãos ainda é maior que a disponibilidade já que as listas de espera de transplantes cada vez mais aumentam, seja pelo acesso a informação seja pela alta nos índices de expectativa de vida da população registradas atualmente.

Esse procedimento é a relação entre uma pessoa com morte encefálica ou viva com outra viva, mas dependente deste procedimento. Assim, passa a ser o primeiro grande desafio para a realização do transplante, havendo, de modo geral, um desnível do número de órgãos à disposição relativa ao total de pessoas inscritas nas listas de espera, as informações necessárias para se ampliar as discussões sobre o tema e propiciar um aumento significativo nas causas que implicam sua diminuição.

O desconhecimento por parte da população de como ser doador e sobre o diagnóstico de morte encefálica é apenas um dos fatores que auxiliam nessa matemática em que a conta não fecha. Mesmo observando uma opinião favorável à doação de órgãos é fundamental solucionar este problema, seja com relação ao procedimento adotado e o caminho a ser seguido pelo doador e pelo receptor, seja pelas normas jurídicas dispostas sobre a matéria.

De mais a mais, outros fatores também incidem sobre a doação de órgãos como a falta de conhecimento por parte dos familiares sobre o desejo ou não do paciente em ser doador e o esclarecimento dessas dúvidas que acabam sendo necessárias para a mudança no quadro de doações, baseando-as em informação adequada, de forma clara e precisa, de modo que essas incertezas sejam rechaçadas e colaborem para que a pessoa tenha a capacidade de promover discussões informando sua posição de doador e contribuindo como um dos principais mecanismos de doações que é a informação.

Com efeito, amparos científicos e jurídicos fizeram-se necessários para garantir a ética que tange a doação de órgãos para fins de transplante. De per se, esse conjunto de regras não torna natural o ato de doar, visto que, neste, estão insertos valores não dispostos em normas, mas em princípios de comportamento diferenciados para cada grupo social. Em respeito a isso, as regras em vigência em boa parte dos países preconizam o consentimento da família como ponto fundamental na doação, que no Brasil já passou de presumido a consentido pela família através de alterações em diplomas legais.

A agilidade na elaboração de um novo panorama explicativo para o tipo de morte para atender as demandas econômicas e de obtenção de órgãos, propõe a agentes sociais o desconhecido, e ainda mais, impõe, por meio da racionalidade científica, a desconstituição do conceito de morte perceptível, a ausência dos batimentos do coração.

Esbarrando em várias dificuldades, o transplante de órgãos enfrenta problemas que vão desde o procedimento em si, como a captação de órgãos, a dificuldade de alocação, compatibilidade entre doador-receptor, durabilidade dos órgãos e rejeição. Até mesmo problemas com os profissionais médicos podem ser vislumbrados, seja quando não diagnosticam a morte encefálica corretamente ou a não realizam a notificação a Central de Transplantes ou não possuem a capacitação para manter o corpo do doador, além da insatisfatória e precária assistência à saúde oferecida a população, com mau atendimento e emergências lotadas, seja por falta de médicos, seja por falta de leitos.

É cognoscível que o aceite ou a rejeição à doação de órgãos, como atitude individual, seja balizado por normas, pela moral ou por ambas, tendo implicações no coletivo em que a única proposição de tratamento aponte na direção do transplante, envolvendo a conscientização sobre a importância da doação, principalmente o esclarecimento sobre o complexo processo que compõe o ato de doar, transformando seu caráter místico em um ato de consciência e solidariedade com o próximo.

Por outras palavras, os fatores que implicam na diferença entre os doadores e os que necessitam de doação, são indicados por três principais problemas na doação de órgãos: a ausência de identificação adequada dos pacientes como potenciais doadores pelas equipes assistenciais, falha em interrogar a família sobre a intenção de doar durante a entrevista e recusada família em consentir com a doação, que na maioria das vezes é justificada pelo receio e pouco crédito nos métodos ou da conhecimento do diagnóstico da morte encefálica, enxergando a retirada dos órgãos como uma mutilação ao ente querido, ocasionando ainda mais sofrimento além de assimilar que os beneficiários com os transplantes poderão ser pessoas com maior poder econômico ou concluindo que são desproporcionais os procedimentos de manutenção da vitalidade dos órgãos após a morte encefálica àqueles executados quando os pacientes ainda estão em vida.

Igualmente quando da cessão dos órgãos a título gratuito, fundada em uma decisão voluntária de desapego, o doador é dado por sua família, ou seja, a doação não é verdadeiramente efetivada pelo doador.

Outro fato importante é a decisão familiar ante a notícia da morte do parente na medida em que deve ser pronta, dado que são exíguos o intervalo da morte encefálica e o início da deterioração dos órgãos, acrescido à urgência da decisão, e do panorama da morte do parente desvelada na tragédia da causa que, de modo mais corriqueiro, tem motivações de violência ou traumas cerebrais por acidentes.

Nesse encadeamento, as relações estabelecidas entre profissionais da saúde e familiares, durante o processo de cuidados, quando disponibilizados acolhimento, conhecimento e tecnologia na medida da necessidade, passam a ser um facilitador na abordagem após a morte encefálica do paciente, observando, inclusive, a legislação e fiscalização dos órgãos que resguardam tanto os pacientes e seus familiares quanto aos profissionais envolvidos no processo de doação.

Nessa senda que a lei 9.434/97 foi editada dispondo sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento tendo em seu texto a proteção do receptor e doador e caracterizando as obrigações e pré-requisitos da equipe médica que realizará as etapas específicas do procedimento com vistas a outros diplomas de mesma ou superior hierarquia.

Importante, ainda, que como a norma para a doação de órgãos não permite a pessoa transplantada ter acesso a família doadora, a possibilidade do agradecimento é remota. Portanto, os valores motivadores para a doação estão relacionados à irreversibilidade do agravo cerebral, a possibilidade de proporcionar a outra pessoa a continuidade da vida, que poderá ser findada por falência do órgão, além de possibilitar a visualização do parente morto continuar vivo em outra pessoa.

Assim compreender todo o organograma, do ponto de vista histórico e atual, seja no caráter médico ou jurídico da questão amplia o conhecimento e promove discussões através de conhecimentos adotados por estudiosos de cada área, assim como a apresentação de dados estatísticos, esclarecendo e motivando o procedimento de transplantes de órgãos que visa em sua forma mais substancial e íntima a proteção do bem mais importante para os seres em geral, a vida consubstanciada na dignidade como um direito de todos.

2 BREVE HISTÓRICO DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

Relatos sobre transplantes são variados no decorrer da história, encontrando, inclusive, registro em Genesis, livro da Bíblia, tendo adão como um possível doador. Ainda nesse livro há relatos de transplantes de parte do corpo humano, figurando na lenda dois irmãos, São Cosme e Damião, que na tentativa de curar a perna de um cristão com algum tipo de câncer ou gangrena, usaram a perna de um etíope, recém falecido para um transplante, fato que pode ser visto em diversas pinturas da idade Média.

Dentre as descrições encontradas, até mesmo mitológicas, tem-se a história de dois médicos chineses fizeram o transplante de perna de um soldado negro falecido em um velho branco que havia perdido sua perna no mesmo dia. (Fundação Banco dos Olhos, 2000;Pereira,2004) (Manoel Lemes da Silva neto).

Saltando para o ano de 1442 um cirurgião da maior ilha do Mediterrâneo, Sicília, passou a realizar reparos cirúrgicos em narizes com retalhos do rosto possibilitando que seu filho realizasse, através de seu trabalho, a primeira substituição de nariz por um retalho removido do braço. Tal procedimento inspirou o poeta Elisio Calenzio (1430-1503) a escrever histórias sobre a construção de narizes com retalhos de braços de um escravo. (GARCIA, VITOLA et PEREIRA, 2015)

Nos anos que se passaram o professor da Universidade de Bolonha, Gaspare Tagliacozzi, narrou em seu livro *De curtorum chirugiau*, 1597, técnicas refinadas de enxerto de pele e de correções de lesões do nariz com retalhos pediculados, tendo suas inovações proibidas à época pela igreja que exercia grande poder. (GARCIA, VITOLA et PEREIRA, 2015)

Na Europa do século XVIII os transplantes dentários se tornavam realidade. Os dentes de doadores pobres para receptores ricos eram comuns, mas dentre os problemas encontrados nestes procedimentos havia receptores contaminados pela sífilis, além de relatos que quase todos os dentes implantados acabavam destruídos, ocasionando, assim, a alternativa pelos dentes de cerâmica.

Neste mesmo período, Alexis Carrel desenvolveu um método de sutura vascular no Departamento de Cirurgia chefiado por Mathieu Jaboulay, aprendendo com sua pesquisa a realizar pontos precisos, com delicadeza e minúsculos, ocasionando o desenvolvimento da técnica de triangulação da sutura que tornou possível a realização de transplantes, abrindo conseqüentemente um novo ramo na cirurgia em que alguns métodos são utilizado até os diasatuais. ((GARCIA, VITOLA et PEREIRA, 2015)

Dentre as realizações de Alexis Carrel, e em parceria com Charles C. Guthrie, aperfeiçoou a técnica com agulhas e fios ainda mais finos, amputou membro e o restabeleceu, transplantou tireoide, baços e ovário, além de trabalhos que não foram publicados que davam conta de que tinha transplantado coração e pulmão isolados. Dentre suas experiências, a maiorfoi a introdução do método patch de anastomose vascular e a técnica de transplante renal em bloco em cães e gatos. (GARCIA, VITOLA et PEREIRA, 2015)

Nessa senda, o rim foi o primeiro órgão transplantado em humanos, como a experiência em animais, impulsionado pela dramática situação letal do paciente em diminuiçãoou supressão da excreção urinária. Os dois primeiros transplantes renais em humanos se deu em 1906 realizados por Mathieu Jaboulay que implantou o rim de um porco morto três horas antes em uma mulher de 49 anos com doença de Bright e sinais de insuficiência renal, não obtendo sucesso já que três dias depois o enxerto apresentou todos os sinais de necrose motivopelo qual foi removido, fato este que também ocorreu no segundo paciente, atribuindo o erro à formação de coágulos sanguíneos nas ligações vasculares. (GARCIA, VITOLA et PEREIRA, 2015)

Entre 1914 e 1918, a enorme necessidade e o grande uso de transfusão de sangue na Guerra propiciou o surgimento dos bancos de sangue para armazenagem, tendo como suas primeiras tentativas de transfusão fracassadas até que se descobriu que existiam diferentes tipos e que havia mútuas compatibilidades ou incompatibilidades. (LAMB, 2000).

Em 1924, o cirurgião Emile Holman enxertou em algumas crianças com extensas queimaduras retalhos da própria pele e de pele de suas genitoras, levando-o a considerar as diferenças individuais no comportamento dos enxertos. Com aumento significativo no século 20, tais enxertos de pele eram utilizados como medida paliativa. (GARCIA, VITOLA et PEREIRA, 2015)

No final dos anos quarenta, com o fim da segunda guerra mundial, alguns cirurgiões retomaram os transplantes renais, tendo inclusive realizando o procedimento em cães onde observaram que os transplantes feitos em raças diferentes apresentavam rejeições mais rapidamente e que arrefecimento do órgão

no decorrer da transferência do doador ao receptor melhorava os resultados. (GARCIA, VITOLA et PEREIRA, 2015)

Mesmo assim, foi com o transplante renal que de fato os transplantes de órgãos se iniciaram, a partir da segunda metade do século XX, mesmos sendo exceção nas fases iniciais do procedimento, tendo em vista que a maioria era realizada com órgãos de secreção interna.

Entre o final do século XIX e início do século XX, foram realizados alguns experimentos, com base nas teorias de Brown-Séquard, em que pesquisadores tentaram transplantar pequenas fatias de rim, mas não foi adequado, pois todos os implantes em fatias terminaram com a completa reabsorção dos transplantes.

Com a publicidade gerada pelo caso de Lawler, que realizou transplante de rim em uma mulher que permaneceu com o órgão transplantado por cerca de seis meses, sobrevivendo ainda alguns anos com o rim nativo após a retirada do que fora transplantado, outros cirurgiões se animaram na experiência em transplantes de animais para humanos culminando com o transplante realizado entre irmãos gêmeos em 1954, época onde exista um conflito ético em relação à cirurgia que não concedia qualquer benefício físico ao doador, no caso, o irmão gêmeo, mas que foi discutido sob a perspectiva de vida sem risco aumentado por viver com apenas um rim, inferindo com a situação de que o baixo risco gerado ao doador seria justificado pelos benefícios esperados ao receptor. (GARCIA, VITOLA et PEREIRA, 2015)

Com tais avanços, o transplante passou a consistir em técnica que tinha o condão de salvar vidas e, por isso, foram desenvolvidos estudos da histocompatibilidade, da tolerância e o da imunossupressão em que este último estudo apareceu em cena e propiciou uma abordagem menos complexa ao problema. (GARCIA, VITOLA et PEREIRA, 2015)

Vale notar, entretanto, que os transplantes de córnea tiveram início no ano de 1905, tendo sua prática estabelecida em 1944, quando o primeiro banco de olhos mundial foi fundado, Hospital Manhattan de olhos, ouvidos e garganta. No Brasil, esse tipo de transplante diminuiu em 11%, de 2012 a 2018, mas estabilizou-se no ano de 2019 com um aumento de 0,6%. (RBT, 2019).

Assim, datado de 23 de dezembro de 1954, o cirurgião Joseph Murray, liderando uma equipe de médicos, realizou o primeiro transplante bem sucedido de um órgão nos Estados Unidos, entendido este termo como a sobrevivência pós operatória de pelo menos um ano. Destarte, quando o transplante foi feito, Joseph Murray não tinha ideia de que estava fazendo história e não acreditava que os transplantes não tinham futuro. (GRAY, 2009).

Assim, Murray baseou-se na descoberta dos médicos até então de que em transplante entre gêmeos idênticos não havia perigo de rejeição uma vez que o genoma de ambos, receptore doador, é o mesmo. (GRAY, 2009).

Nessa senda, somente nos anos 60 que os médicos da época conceberam um meio de realizar um transplante em pessoas não parentes sem que houvesse a rejeição, mesmo tendo altos riscos e chances baixas de sobrevivência.

Nesta época, precisamente no ano de 1964, ocorreu no Brasil o primeiro transplante de rim de doador post mortem, no Hospital do Servidor Público, no Rio de Janeiro, seguido do transplante renal inter vivos, no ano de 1965, em São Paulo. Por essa razão e em função do progresso da medicina, mostrou-se a necessidade de uma legislação que regulamentasse tais situações relacionadas aos transplante e das atividades médicas. Quando o procedimento foi realizado vigorava a lei ordinária nº 4.280/63, mas por conter algumas lacunas em 1968 ocorreu sua revogação dando lugar a Lei nº 5.479. (AMARAL, 2020)

Com a evolução nos transplantes renais e a conversão em prática rotineira no tratamento da insuficiência renal, abriram-se as portas para que tentativas com os demais órgãos passassem a figurar nos atos dos cirurgiões que tentaram, inicialmente sem sucesso, realizar o procedimento com o fígado, coração, pulmão, pâncreas e intestino, retomada apenas nos anos 80 com o emprego da ciclosporina, droga imunossupressora, tendo em vista que as outras drogas disponíveis à época não corroboraram para o sucesso do procedimento.

Ainda no período dos anos 60, especificadamente nos anos de 1963 e 1964, foram realizados os dois transplantes empregando doador em morte encefálica resultando, já em 1968, os critérios para o diagnóstico de morte encefálica, oficialmente. (HOLMES, 2019).

Apesar de todos esses acontecimentos, foi em 1967 que aconteceu o transplante que seria crucial para a história da medicina quando, na cidade do Cabo, o órgão de Denise Darvall voltou a bater no peito de Louis Washhansky momento em que Christian Neethling Barnard fez a interpretação legal de morte onde os médicos podiam declarar morto um paciente com morte cerebral, abrindo então caminho para o transplante de órgãos. (HOLMES, 2019).

Com a descoberta dos imunossupressores da ciclosporina e sua introdução clínica ao final dos anos 70 que ocorreu a revolução dos transplantes de órgãos dos anos seguintes, iniciando sua fase moderna e possibilitando que a prática do transplante de órgãos se tornasse habitual. (GARCIA, VITOLA et PEREIRA, 2015)

Em decorrência dessa evolução, assim como do ordenamento jurídico brasileiro e com escopo na promulgação, em 1988, da Constituição da República Federativa do Brasil, foi decretada a lei 9.434/97 que trouxe inovações sobre o procedimento médico sendo alterada desde a sua edição por serem necessárias em razão do dinamismo das ciências médicas.

Nessa ótica, em 2017 esta lei foi regulamentada pelo decreto presidencial de nº 9.175, corroborando com consideráveis e necessárias mudanças ao texto original, aspirando dar maior agilidade e êxito ao procedimento.

Atualmente o Brasil figura em posição privilegiada na lista dos países com as maiores taxas de transplante de órgãos, sendo referência mundial nesta área, conforme Ministério da Saúde onde cerca de 96% dos procedimentos de todo país é financiado pelo Sistema Único de Saúde, colocando o Brasil, em 2019, no 2º lugar em números absolutos como o maior transplantador do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos.

3 PROCEDIMENTO

3.1 TRANSPLANTE

Inicialmente faz-se necessário diferenciar órgãos de tecidos. Os tecidos são formados por células próximas uma da outra, organizadas para executar uma ou mais funções determinadas podendo ser reunidos em quatro tipos básicos definidos de acordo com sua morfologia e função, quais sejam, a epitelial, o conjuntivo, o muscular e o nervoso. Cada grupo de tecido atua para desempenhar uma mesma função não sendo encontrados isoladamente no corpo humano, pois sempre estão associados uns aos outros.

Já os órgãos são estruturas do corpo capazes de executar determinadas funções como o coração, pulmões estômago entre outros. Sua constituição é feita por diferentes tecidos que conseqüentemente são formados por inúmeras células. Constituindo o sistema que formam o organismo, o mal funcionamento de qualquer um desses órgãos pode prejudicar o desempenho de todo o resto. (PERILO, 2020)

Articulando tais comentários, pode-se afirmar que o transplante é um procedimento cirúrgico que consiste na reposição de um órgão ou tecido de uma pessoa, por outro órgão ou tecido normal de outra pessoa viva ou morta, consubstanciando que o binômio doação-transplante é indivisível. É ainda, o processo compreendido por um procedimento médico composto de etapas ordenadas de forma precisa que transforma os órgãos aptos a serem transplantados. (SAÚDE, 2015).

O paciente, chamado nesses casos de receptor, que necessita do transplante, é encaminhado para realizar exames a pedido de sua equipe transplantadora. Seus dados como potencial receptor são organizados em um programa informatizado chamado de Sistema Informatizado de Gerenciamento, gerenciado pelo Sistema Nacional de Transplantes, através de um banco de dados nacional. (SUL, 2020)

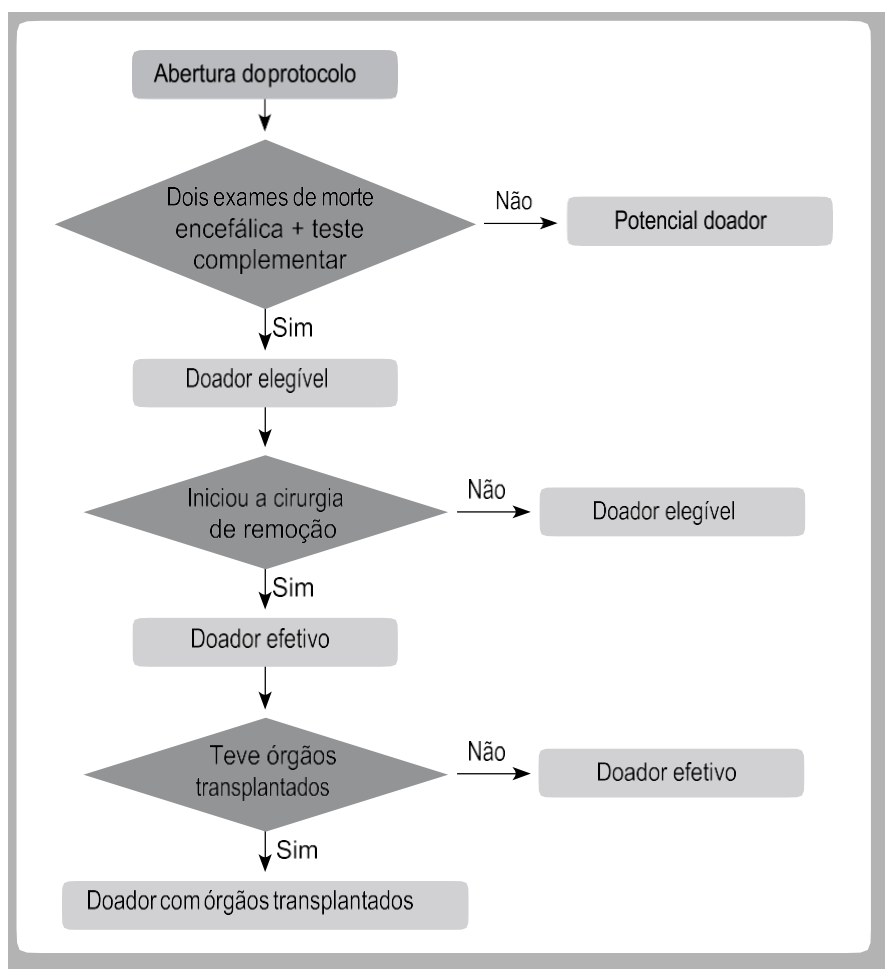
Em seguida o sistema realiza o cruzamento entre os dados do doador e do receptor e apresenta as opções mais compatíveis, possibilitando que os laboratórios autorizados procedam com os exames que comprovem a compatibilidade em que os receptores elencados em lista são submetidos à avaliação de suas equipes, para identificar condições de receber o órgão e qual o mais apto com o doador disponível. (SUL, 2020).

Destarte, o órgão é enviado pela Central de Transplantes ao hospital onde está o receptor para que seja implantado, obtendo a família do doador, através desta central, as informações sobre sexo e idade dos receptores, além de uma carta de agradecimento.

O fluxograma é definido com base nas nomenclaturas estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde e a The Transplantation Society que separa os pacientes com morte encefálica em possível doador, paciente com lesão encefálica grave em uso de ventilação mecânica, potencial doador, que é aquele que está após a abertura do protocolo para o diagnóstico de morte encefálica, o elegível para doação, quando foi confirmado o diagnóstico de morte encefálica, o doador efetivo, quando iniciada a cirurgia para remoção de órgãos e o doador com órgãos transplantados que é quando é realizado o transplante de pelo menos um órgão. Vale esclarecer que ainda existem outras nomenclaturas utilizadas com intuito de evitar confusões e estimular a população neste processo. (GARCIA et al 2017)

O fluxograma do processo de transplante é representado na figura abaixo, com as recomendações feitas pela OMS:

Figura 1 - Fluxograma do processo doação-transplante



Fonte: UFCSPA

3.2 ESPÉCIES DE DOAÇÃO

De acordo com a legislação brasileira vigente a doação de órgãos pode se dar de duas maneiras, em vida e após a morte.

A doação de órgãos pode ser feita em vida, mas diante de alguns critérios trazidos pela lei. Dentre elas, pode-se destacar que deve ser precedida de consentimento do doador, pessoa juridicamente capaz cuja disposição do órgão deverá se dar gratuitamente, sendo permitida a doação de órgãos duplos, de parte de órgãos, tecidos e partes do corpo em que a retirada não prejudique o organismo do doador de sobreviver ou cause comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental ou, ainda, mutilação ou deformação inaceitável. (REBELO, 2017).

Quanto aos possíveis receptores do órgão a ser doado, a legislação permite tal procedimento para fins terapêuticos e para transplantes. A doação para cônjuge

ou parentes consanguíneos até o quarto grau, mediante autorização, preferencialmente escrita, e diante de testemunhas, especificando o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada. Para doar a qualquer outra pessoa é necessário autorização judicial que somente é dispensada em relação à medula óssea.

Com relação aos órgãos viáveis ao procedimento em vida estão a pele, parte do pulmão, parte do fígado, medula óssea, pâncreas e rim.

Dentre esses órgãos, o rim pode ser classificado sobre três perspectivas, quanto a compatibilidade imunológica, HLA- idêntico, HLA- haploidêntico e HLA- distinto, quanto ao grau de parentesco como sendo parente, não parente cônjuge e não parente e a classificação em relação a outras formas de doação, anônimo ou intercâmbio de doadores, esta última utilizada em diversos países, mas não no Brasil. (GOMES, 2015)

A lei 9.434/97 disciplina o transplante entre vivos em seu artigo 9º, dada pela redação da lei nº 10.211/01, in verbis:

Art. 9º - É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5º A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

Tal tutela se dá com intuito de evitar o comércio de órgãos, o que é vedado pela Carta Magna, bem como pelo diploma legal que versa sobre o tema, por ser o corpo humano considerado como bem fora de comércio, salientando, ainda, que este princípio é adotado em quase todas as nações. (REBELO, 2017)

Nesse contexto, dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 199, §4º:

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Em síntese, o transplante inter vivos deve ser conduzido na intenção de ajudar o próximo, possibilitando o organismo do doador de permanecer vivo e em funcionamento, sem riscos para sua integridade ou possibilidade de a grave comprometimento de suas aptidões vitais, devendo, ainda, corresponder a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável ao receptor.

No que tange ao transplante de órgãos *post-mortem* o procedimento e tipo de órgãos a serem transplantados são diferentes, pois diferentemente do transplante inter vivos, a doação realizada nesse segundo caso não leva em consideração a o consentimento ou autorização do doador em vida, há no caso uma necessidade de autorização familiar, conforme a nova redação dada a lei 9.434/97.

Sobre este tipo de doação devem ser verificados requisitos clínicos para que seja possível o procedimento, dentre eles um protocolo rigoroso de confirmação diagnóstica através de exames clínicos e método gráfico que confirme ausência de fluxo sanguíneo ou atividade elétrica no cérebro.

3.3 DA DECLARAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA NOS CASOS DE DOADOR MORTO

Quesito oficial para os profissionais de saúde e inerente ao médico que trabalha em instituições de saúde hospitalares e ambulatoriais é o estabelecimento de quando o cérebro deixa de funcionar de maneira irreversível e as condutas a adotar a partir desse momento. (MORSCH, 2020)

A definição para o termo morte encefálica é a perda completa e irreversível das funções do encéfalo, que é o conjunto do tronco cerebral, cerebelo e cérebro, parte superior do sistema nervoso central que controla o organismo, tais como as funções essenciais ao ser humano como a respiração e influência nos batimentos cardíacos. (MORSCH, 2020).

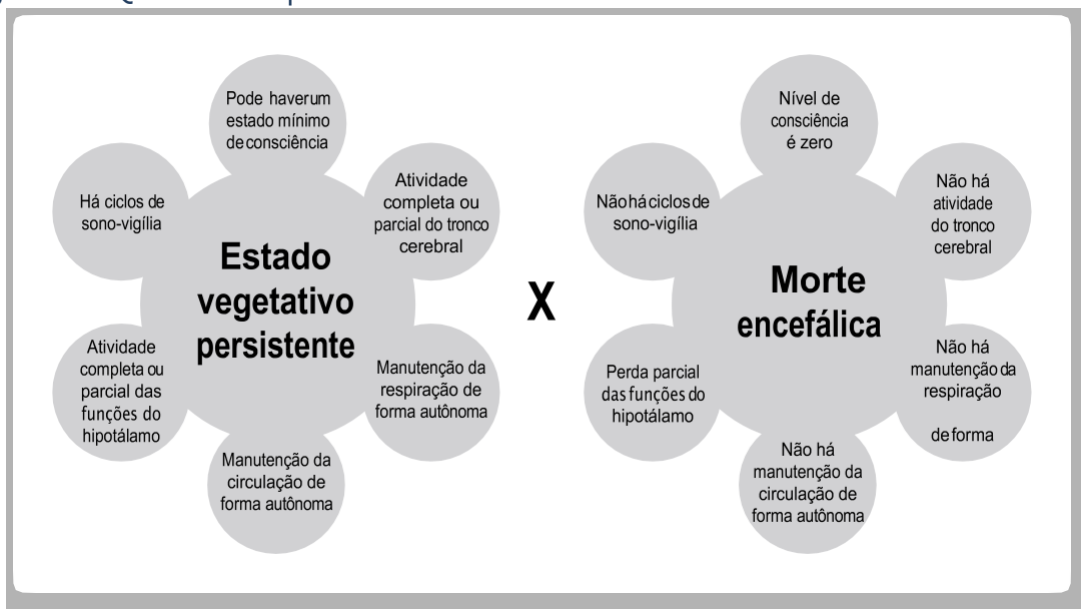
Conforme dispõe o CFM, a morte encefálica é caracterizada pela cessação das atividades corticais, córtex cerebral, e do troco encefálico. (MORSCH, 2020)

Questão muito confundida entre os familiares e que pode atrapalhar no desenvolvimento da doação de órgãos e tecidos é consubstanciada pela confusão entre morte encefálica e coma. Distintivamente da morte encefálica, o coma é caracterizado pela ausência ou extrema diminuição do nível de alerta comportamental, o nível de consciência, não respondendo a estímulos internos e externos, tendo como condição mais grave a chamada comairreversível ou estado vegetativo persistente, no qual só estão ativas respostas neurológicas reflexas. (MORSCH, 2020)

Assim, na morte encefálica, mesmo que alguns órgãos continuem funcionando, com o desligamento dos aparelhos eles irão parar, já no EPV uma pessoa ainda mantém alguma atividade neurológica, portanto, está viva, sendo possível sua recuperação com ou sem sequelas, o que não é possível quando o diagnóstico é de morte encefálica. (MORSCH, 2020)

Abaixo, com intuito de condensar as diferenças existentes entre morte encefálica e o estado vegetativo persistente, segue quadro comparativo:

Figura 3 – Quadro comparativo



Fonte: ULBRA

Nesse diapasão, conforme a Resolução do CFM nº 2.137/17, a retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de transplante cujo

procedimento para a determinação da morte encefálica deve ser iniciado em todos os pacientes que apresentem coma não perceptivo, ausência de reatividade supra espinhal e apneia persistente, ou seja "morte baseada na ausência de todas as funções neurológicas", sendo a morte encefálica sua definição legal.

Indo além, o quadro clínico deve apresentar também os seguintes requisitos (MIRANDA, 2018):

- Presença de lesão encefálica de causa conhecida e irreversível;
- Ausência de fatores tratáveis que possam confundir o diagnóstico;
- Tratamento e observação no hospital pelo período mínimo de seis horas;
- Temperatura corporal superior a 35° graus;
- Saturação arterial de oxigênio acima de 94%, de acordo com critérios estabelecidos pela Resolução;
- Pressão arterial sistólica maior ou igual a 100mmHg para adultos.

Dentre as atualizações feitas pela pelo CFM cuja legislação pertinente é a Resolução 2.173/17, publicada em novembro de 2017, tem-se a informação de que poderá ser diagnosticada por mais especialistas, além do neurologista e ainda estabelece que para a determinação de morte encefálica os procedimentos devem ser iniciados em todos os pacientes que apresentem coma não-perceptivo, ausência de reatividade supra espinhal e apneia persistente, sendo que em crianças tais padrões são um pouco diferentes, como o tempo maior de período de observação. (MEDICINA, 2020)

O protocolo contido na resolução 2.173/17 aduz, ainda, que o lapso temporal entre os testes clínicos será de no mínimo de uma hora entre a bateria de testes, além de recomendar como exames complementares a angiografia cerebral, o eletroencefalograma, o doppler transcraniano e a cintilografia cerebral, tendo o mínimo de 6 horas como tempo de observação para que seja iniciada tal investigação.

Faz-se necessário deslindar que após a morte encefálica, o doador pode ser conservado por aparelhos ainda com o coração batendo por período de até 48h, ao tempo que após esse lapso temporal, os batimentos cardíacos fatalmente cessarão e os órgãos não poderão ser mais aproveitados para doação. (REDAÇÃO, 2019)

No Brasil o conceito legal e clínico consiste no diagnóstico da morte encefálica baseada na ausência de todas as funções neurológicas relacionado ao encerramento permanentes das atividades do encéfalo. (MORSCH, 2020)

Como consequência a morte encefálica cursa com modificações na fisiologia e na bioquímica celular dos sistemas orgânicos com efeitos clínicos importantes como a instabilidade hemodinâmica, hipotermia, coagulopatia e distúrbios hormonais, hidroeletrólíticos e imunológicos, sendo um estado inflamatório que leva a desordem celular e molecular capazes de impactar a função dos órgãos potencialmente disponíveis para transplante. (MORSCH, 2020)

Importante informar, que é possível identificar as principais causas de morte encefálica, destacando-se entre elas (MORSCH, 2020):

- Traumatismo craniano;
- Aumento da pressão dentro do crânio decorrente de doenças, traumas e outras causas;
- Edema cerebral;
- Parada cardiorrespiratória proveniente de diversos eventos patológicos;
- Acidente vascular cerebral (AVC) – quando há interrupção da irrigação do cérebro pelo sangue;
- Tumores cerebrais ou que se desenvolvam em decorrência de metástase;
- Falta de oxigênio no cérebro;
- Overdose de drogas ou medicamentos.

Com vistas a entender como se dá o diagnóstico de morte encefálica, é o Conselho Federal de Medicina através da resolução 2.173/2017 que define os critérios para diagnóstico atualizou os parâmetros utilizados na última resolução datada de 1997. (MIRANDA, 2018)

No quadro abaixo, extraído do blog de neurologia, é possível visualizar as principais diferenças entre as resoluções:

Figura 3 – Diferenças entre as resoluções

Resolução 1.480/97	Resolução 2.173/17
<p>Parâmetros clínicos para o início do diagnóstico Coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apneia.</p>	<p>Parâmetros clínicos para o início do diagnóstico Coma não perceptivo, ausência de reatividade supraespinal, apneia persistente, lesão encefálica de causa conhecida, irreversível e capaz de causar a morte encefálica, ausência de fatores tratáveis que possam confundir o diagnóstico de morte encefálica. Temperatura corporal superior a 35°, saturação arterial de oxigênio acima de 94% e pressão arterial sistólica maior ou igual a 100 mmHg para adultos.</p>
<p>Tempo de observação para que seja iniciado o diagnóstico Não tinha</p>	<p>Tempo de observação para que seja iniciado o diagnóstico Mínimo de 6 horas</p> <p>Quando a causa for encefalopatia hipóxico-isquêmica, a observação deve ser de 24 horas.</p>

Intervalo mínimo entre as duas avaliações clínicas	Intervalo mínimo entre as duas avaliações clínicas
De 7 dias a 2 meses incompletos – 48 horas	De 7 dias a 2 meses incompletos – 24 horas
De 2 meses a 1 ano incompleto – 24 horas	De 2 meses a 24 meses incompletos – 12 horas
De 1 ano a 2 anos incompletos – 12 horas	Acima de 2 anos – 1 hora
Acima de 2 anos – 6 horas	

<p>Confirmação da morte encefálica</p> <p>a) Exames clínicos, realizados por médicos diferentes, e exames complementares, realizados em intervalos de tempos variáveis;</p> <p>b) Os exames complementares devem demonstrar: ausência de atividade elétrica cerebral, ou ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão sanguínea cerebral.</p>	<p>Confirmação da morte encefálica</p> <p>a) Dois exames clínicos, por médicos diferentes, especificamente capacitados para confirmar o coma não perceptivo e a ausência de função do tronco encefálico;</p> <p>b) um teste de apneia;</p> <p>c) um exame complementar que comprove a ausência de atividade encefálica. Este exame deve comprovar: ausência de perfusão sanguínea encefálica, ou ausência de atividade metabólica encefálica ou ausência de atividade elétrica encefálica.</p>
<p>Formação dos médicos examinadores</p>	<p>Formação dos médicos examinadores</p>

a) Decreto 2.268/97 (revogado pelo decreto 9.175/17) estabelecia que um dos dois médicos confirmadores da morte encefálica deveria ser neurologista;

b) mesmo decreto estabelecia que nenhum desses médicos poderiam fazer parte da equipe de transplante.

a) Será considerado capacitado o médico com um ano de experiência no atendimento de pacientes em coma e que tenha acompanhado ou realizado pelo menos dez determinações de morte encefálica, ou que tenha realizado curso de capacitação para determinação de morte encefálica;

b) Um dos médicos capacitado para o diagnóstico de morte encefálica deverá ser especialista em uma das seguintes especialidades: medicina intensiva, medicina intensiva pediátrica, neurologia, neurologia pediátrica, neurocirurgia ou medicina de emergência.

c) Nenhum desses médicos poderá fazer parte da equipe de transplante

Fonte: INeuro

Dessa maneira a nova resolução de determinação de morte encefálica retrata inúmeros avanços para garantir a segurança deste tipo de diagnóstico, promovendo

nesse sentido além de segurança do paciente, a contribuição do importante papel exercido pela sociedade e pelos médicos na preservação da vida.

Na sequência, após a realização de todos os procedimentos necessários para confirmação da morte encefálica, é informando o resultado ao médico assistente, seguindo os trâmites para liberação dos órgãos em caso de doação ou do corpo para sepultamento. (MORSCH, 2020)

Em suma, o significado clínico de morte encefálica, ou a fisiopatologia, decorre do aumento da pressão intracraniana, hipóxia do tecido encefálico e redução do fluxo sanguíneo cerebral induzindo, na maioria das causas de morte encefálica, a descompensação do equilíbrio entre os componentes intracranianos responsáveis pela manutenção da pressão intracraniana, causando a queda do fluxo sanguíneo cerebral e, à vista disso, hipóxia tecidual. Ocorre, portanto, lesão irreversível da célula nervosa, por transformação da permeabilidade celular e distúrbios eletrolíticos no interior da célula, com destruição gradual do cérebro e tronco encefálico e de funções vitais que ficam comprometidas. (TANNOUS, 2018)

3.4 ENTREVISTA FAMILIAR

Sendo considerada por alguns como a etapa inicial do transplante de órgãos, a entrevista familiar consubstancia-se num fator importante para família considerar a disposição do órgão. Nessa etapa, após a confirmação da morte encefálica, os coordenadores de transplante que trabalham nos Serviços de Procura De Órgãos e Tecidos fazem a avaliação do potencial doador e, se viável, realiza a entrevista familiar quanto à doação. (SANTOS, MASSAROLLO e MORAIS, 2011).

Tendo como objetivo o aumento do número de doadores, o entrevistador deve mostrar habilidosamente à família que o momento pode ser de oportunidade, transformando o que seria apenas um momento de tristeza e luto em uma oportunidade de realizar um ato nobre, a doação. Por esse motivo, faz-se necessário que o profissional que realizará a entrevista possua habilidades e conhecimentos específicos para que desempenhe de maneira respeitosa todos os atos dentro deste ato, que além de complexo é delicado e invariavelmente envolve pessoas com sentimentos diversos. (BARBOSA, FARACO et ZUCONI, 2015)

A entrevista familiar poderá ser realizada por distintos profissionais de saúde, como assistentes sociais, enfermeiros e médicos, desde que desenvolvam *know-how* para tal e integrem a Comissão Intra-hospitalar de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantes ou a Organização de Procura de órgãos. Devem ainda, assumir a incumbência com preparo adequado, sensibilidade e postura que inspire respeito por

aquele momento e confiança dos envolvidos no processo. (BARBOSA, FARACO et ZUCONI, 2015)

Após o diagnóstico e notícia por parte do médico, é providenciada a entrevista familiar cujo profissional incumbido de tal tarefa deve ser capacitado suficientemente para iniciá-la, preocupando-se com os fatores que podem facilitar a entrevista já que pesquisas apontam diversas interferências que podem macular a decisão positiva da família, seja por prévio diálogo entre os familiares e esclarecimentos quanto à morte encefálica, seja por acolhimento dispensado a família durante a entrevista e linguagem a ser utilizada. (NCAP, 2014).

Com efeito, Elizabeth Kubler- Ross descreve em seu livro "sobre a morte e o morrer" que as existem cinco fases do luto, negação, revolta, barganha, depressão e aceitação, e nesse viés o entrevistador deve ter em mente a situação que se encontra a família do doador, tendo como premissa o luto em que se encontram, podendo, desta forma responder às necessidades dos parentes responsáveis pela autorização. (NCAP, 2014 apud ROSS, 2008).

Na estrutura da Entrevista Familiar, inicialmente, cabe a equipe dialogar com os profissionais que acompanharam o possível doador durante o internamento para dirimir a maneira de abordagem dos entes da pessoa falecida e possíveis questionamentos durante a entrevista.

Importante destacar que a comunicação da morte deverá ser realizada pelo médico do hospital ou do local onde o possível doador foi atendido, podendo a equipe de entrevista estar ou não presentes, sempre observando a melhor maneira de abordagem, sendo prudente que a aproximação do entrevistador se dê após a comunicação. (BARBOSA, FARACO et ZUCONI, 2015)

Após a informação quanto à possibilidade de doação, o entrevistador deverá expor todas as etapas consistentes no processo de transplante para que a família tenha suporte na decisão de autorizar ou não, devendo respeitá-la, encerrando a entrevista quando a família expressamente autoriza ou não a doação. (NCAP, 2014)

No caso de autorização/consentimento, os familiares e duas testemunhas devem apresentar seus respectivos documentos, e do doador, e assinar em duas vias o termo de consentimento, ao passo que o entrevistador explicará à família os passos posteriores a este ato, comunicando, em seguida, o consentimento à Organização de Procura de Órgãos, que por sua vez informará a Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos, a qual realizará a alocação de acordo com os critérios legais vigentes.

3.5 AUTORIZAÇÃO DA FAMÍLIA

Logo após a declaração de morte encefálica do possível doador, a família deverá ser consultada e informada sobre o processo de transplante de órgão.

Nesse sentido, cumpre esclarecer, que o texto original da legislação que versa sobre o tema, estabelecia que a doação post mortem seria presumida, ou seja, seria considerado doador todo aquele que não manifestasse em vida, sua condição de não doador. Assim, a não doação somente ocorreria se fosse dado de modo expresso, caso contrário, presumir-se-ia doador. (MAYNARD, LIMA E COSTA, 2015).

Atualmente a lei, que já foi alterada e regulamentada, disciplina que a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, após a morte, tem como responsável pela decisão sobre a doação a família, deixando de lado a vontade do doador quando em vida, circunstância que revela a prevalência da decisão familiar no que concerne ao tema em comento.

Na disciplina da Lei 10.211/01 a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas falecidas dependerá de autorização do cônjuge ou parente, maior, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presente à verificação da morte.

Importante destacar que a negativa familiar constitui um dos principais motivos para que um órgão não seja doado no Brasil. Segundo a Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, no ano de 2018, 43% das famílias recusaram a doação de órgãos de seus parentes após a comprovação de morte encefálica, sendo que na maioria das vezes a negativa se dá pela simples falta de compreensão por parte dos familiares, que geralmente não compreendem o conceito de morte encefálica, quando ainda existe batimentos cardíacos. (ABTO, 2019).

Segundo o Ministério da Saúde, em 2018, foram realizadas 6.476 entrevistas familiares para autorização de doação, contudo, houve 2.716 negativas perfazendo um total de 42% das potenciais cirurgias para a doação que deixaram de ser realizadas em virtude da negativa da família (BRASIL, 2019).

Já dentre as causas de não concretização da doação de órgãos de potenciais doadores notificados entre janeiro e março de 2019, houve 39% de recusa nas entrevistas, onde 1558 foram realizadas e 621 recusadas. Abaixo quadro por estado e porcentagens das causas de não concretização da doação de órgão (ABTO, 2019):

Figura - 4

Estado	Notificações Nº	Entrevistas			Afastados por:							
		Realizadas		Recusa %	Contra-Indicação Médica		Para da Cardíaca		Morte Encefálica não confirmada		Outros	
		Nº	%		Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Total - Brasil	2.722	1.588	621	(39%)	411	(15%)	235	(9%)	200	(7%)	381	(14%)
Acre	11	6	6	(100%)	2	(18%)	0	(0%)	3	(27%)	0	(0%)
Alagoas	20	11	5	(45%)	2	(10%)	1	(5%)	5	(25%)	2	(10%)
Amapá	3	0	0	(0%)	0	(0%)	0	(0%)	0	(0%)	3	(0%)
Amazonas	29	11	5	(45%)	5	(17%)	1	(3%)	10	(34%)	3	(10%)
Bahia	135	82	49	(60%)	16	(12%)	31	(23%)	0	(0%)	7	(5%)
Ceará	139	96	27	(28%)	21	(15%)	19	(14%)	3	(2%)	0	(0%)
Distrito Federal	80	19	6	(32%)	27	(34%)	0	(0%)	36	(45%)	0	(0%)
Espírito Santo	54	28	17	(61%)	10	(19%)	2	(4%)	13	(24%)	4	(7%)
Goiás	104	58	40	(69%)	26	(25%)	0	(0%)	11	(11%)	10	(10%)
Maranhão	29	8	4	(50%)	16	(55%)	0	(0%)	0	(0%)	5	(17%)

hã				(%)		(%)		(%)			(%)	
Mat o Gro sso	20	6	4	(67 %)	4	(20 %)	1	(5 %)	10	(50 %)	0	(0%)
Mato Gross o do Sul	58	36	19	(53 %)	17	(0%)	0	(0 %)	5	(9%)	4	(7%)
Mi nas Ger ais	187	81	30	(37 %)	1	(1%)	32	(17 %)	4	(2%)	52	(28 %)
Pará	25	14	10	(71 %)	5	(20 %)	0	(0 %)	6	(24 %)	0	(0%)
Paraíb a	31	14	7	(50 %)	2	(6%)	2	(6 %)	1	(3%)	15	(48 %)
Paraná	265	182	45	(25 %)	54	(20 %)	20	(8 %)	7	(3%)	22	(8%)
Perna mbuc o	108	75	30	(40 %)	23	(21 %)	1	(1 %)	7	(6%)	2	(2%)
Piauí	47	22	19	(86 %)	25	(53 %)	0	(0 %)	0	(0%)	1	(2%)
Rio de Jan eiro	204	122	35	(29 %)	62	(30 %)	32	(16 %)	6	(3%)	9	(4%)
Rio Grand e do Norte	49	30	12	(40 %)	10	(20 %)	4	(8 %)	7	(14 %)	0	(0%)
Rio Grand e do Sul	169	98	39	(40 %)	30	(18 %)	1	(1 %)	38	(22 %)	6	(4%)
Rondô nia	18	10	1	(10 %)	1	(6%)	2	(11 %)	2	(11 %)	4	(22 %)
Roraim	4	0	0	(0%)	0	(0%)	0	(0 %)	4	(10 %)	0	(0%)

a))		0%))	
Santa Catarina	139	106	29 (27%)	16 (12%)	0 (0%)	8 (6%)	14 (10%)					
São Paulo	750	456	16 (37%)	23 (3%)	86 (11%)	0 (0%)	218 (29%)					
Sergipe	37	16	13 (81%)	13 (35%)	0 (0%)	8 (22%)	0 (0%)					
Tocantins	7	1	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	6 (86%)	0 (0%)					

Fonte: ABTO

Mais do que as questões puramente técnicas e organizacionais, como os problemas namanutenção e a não detecção dos possíveis doadores e a subnotificação das mortes encefálicas, a não autorização familiar é uma das barreiras à efetivação da doação, como pode ser visto na tabela acima, sendo que entre os motivos alegados pelas famílias para a negativa está a não compreensão do diagnóstico de morte encefálica, insatisfação com o atendimento médico- hospitalar, a oposição da pessoa em vida ao procedimento e o receio de mutilação do corpo. (BARBOSA, FARACO et ZUCONI, 2015)

Nesse sentido, muitos dos familiares creem também que o consentimento para a doação é tida como o atestado de óbito do parente falecido assinado pelo próprio familiar, percepção esta que foi relatada pelos familiares de potenciais doadores em um estudo realizado a fim de qualificar as razões da recusa de doação de órgãos e tecidos para transplante. (BARBOSA, FARACO et ZUCONI, 2015)

Questão também possível de ser suscitada pelos familiares é a interferência por motivos culturais e religiosos que neste último caso pode ser arguida pelos familiares e o próprio doador em vida, quando possuem convicções contrárias ao ato de dispor do próprio corpo.

3.6 RETIRADA DE ÓRGÃOS

Após autorizada a doação de órgãos, e sendo caracterizado o potencial doador, a equipe responsável pelo processo aciona a Central, informando os órgãos e tecidos doados pela família, sua condição clínica-laboratorial e horário previsto para início do procedimento de retirada. Em seguida, a Central de notificação e Captação promove a distribuição dos órgãos e tecidos e identifica as equipes que realizarão a retirada. (ABTO, 2009).

Partindo da premissa de que de um mesmo doador pode-se retirar diversos órgãos para o transplante, a possibilidade de beneficiar várias pessoas é grande já que os dados informatizados do doador são cruzados com os das pessoas que aguardam na fila pelo órgão.

Mister esclarecer, também, que os profissionais envolvidos trabalham para não ultrapassar o tempo limite para a retirada de cada órgão, além da preservação dos mesmos durante o transporte.

Nessa senda, a tabela abaixo, retirada do portal da ABTO, demonstra o tempo médio para retirada e preservação fora do corpo:

Figura 5 – Tempo de utilização para transplante

Órgãos e Tecidos que Podem ser Doados		
Órgão Tecido	Tempo máximo para retirada	Tempo máximo de preservação extracorpórea
Córneas	6 horas Pós Parada Cardíaca	7 dias
Coração	Antes da PC*	4 a 6 horas
Pulmões	Antes da PC*	4 a 6 horas
Rins	Até 30 min Pós PC*	até 48 horas
Fígado	Antes da PC*	12 a 24 horas
Pâncreas	Antes da PC*	12 a 24 horas
Ossos	6 horas Pós PC*	até 5 anos

*PC: Parada Cardíaca

Fonte: CREMESP

3.7 TRANSPORTE

O processo logístico tem início depois de autorizada a doação dos familiares, momento em que a Organização de Procura de órgãos e tecidos (OPO) informa a viabilidade do doador à Central de Notificação Captação e Distribuição de órgãos e Tecidos (CNCDO), que realiza a distribuição dos órgãos e, em seguida, indica a equipe responsável que realizará o transplante. (FACHINI,).

As regras generalizadas a respeito desse processo é disposto pela ANVISA que não estipula regras distintas para os diferentes órgãos fazendo com que todo órgão submetido a transporte para o transplante precise ser acompanhado por um profissional da área responsável pelo procedimento, com o aval da CNCDO, determinando, assim, o tipo de transporte, que somente poderá ser do tipo

transporte não acompanhado se for veículo oficial ou terceirizado legalmente constituído na empresa. (ADRIOLLI, 2015)

Visando a proteção do material, das pessoas e do ambiente durante as etapas do transporte até o destino, a ANVISA em 2009, RDC nº66³, definiu o acondicionamento de órgãos como procedimento de embalagem do órgão humano, proibindo, ainda, seu transporte com qualquer outra carga que possa apresentar risco de contaminação ou a integridade do órgão.(ADRIOLLI, 2015)

Nesse sentido, “um operador logístico é um fornecedor de serviços logísticos integrados, transporte, armazenagem, estocagem, informação, que busca atender com total eficácia as necessidades logísticas de seus clientes de forma individualizada.” (ADRIOLLI apud Albuquerque e Vasconcelos, 2004). Esse operador é de grande valia para organizar esse processo logístico, principalmente no caso de transplantes em que tal procedimento labora com vidas humanas e sua falha pode causar o fim de uma existência.

Mister salientar o quão importante é a maneira de efetivação desse transporte, pois dentre os problemas causadores de diminuição na taxa de transplante, de acordo com a Revista Brasileira de Cirurgia cardiovascular, o mau acondicionamento do órgão junto a solução estéril, acarretou na perda de 42% de 1039 corações que seriam utilizados em transplantes perfazendo um total de 430 seres humanos que perderam a chance de uma vida nova com o procedimento. (ADRIOLLI, 2015).

O Centro de Gerenciamento da Navegação Aérea (CGNA) realiza, há cerca de oito anos, a tarefa de coordenação de voos e facilitação de todas as etapas envolvidas no processo de transplante de órgãos a serem transplantados, motivo pelo qual possui duas posições da Central Nacional de Transplantes em seu salão Operacional. 24h por dia, para conduzir a logística de distribuição. (UBIRATAN, 2019)

Após o recebimento da solicitação, os profissionais designados no CGNA iniciam a busca pelo voo adequado mais próximo e que sirva ao percurso pretendido e, caso não encontrem, acionam o Comando de Operações Aeroespaciais (COMAE) da Força Aérea Brasileira (FAB), que viabiliza uma aeronave militar. (UBIRATAN, 2019)

Nessa perspectiva, a FAB mantém tripulações de sobreaviso nas capitais do Amazonas, Pará, Rio Grande do Norte, Distrito Federal, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, tudo com o intuito de prestar o apoio no menor tempo possível. Em 2019, a Força Aérea Brasileira divulgou os números os transportes de órgãos realizados nos nove primeiros meses daquele o qual de um total de 121 órgãos transplantados, 117 foram realizados pelas missões de Transporte de órgãos, Tecidos e Equipes (TOTEQ),

dos quais 53 foram de fígado, 44 de coração, 8 de pulmões, 15 de rins e 1 de pâncreas. (UBIRATAN, 2019)

Com vistas a complexidade da logística de transporte, desde o Decreto nº 9175/17, foi permitido o uso de aeronaves militares em sua execução, já que antes a maior parte era realizada pela aviação comercial. Esse planejamento inicia-se no Centro de Gerenciamento de Navegação Aérea que avalia qual melhor meio de transporte aéreo disponível, se o militar ou o comercial, tendo como tempo para a realização da logística o limite do tempo de isquemia fria, ou seja, o período que ele pode ficar sem circulação sanguínea, do coração, órgão que possui o menor tempo. (UBIRATAN, 2019)

Conseqüentemente o transporte constitui-se em determinante na qualidade do processo e no desfecho do transplante de órgãos já que estratégias bem implementadas evitam falhas e danos ao transplantado. (BRANCO et al, 2018)

3.8 RECUPERAÇÃO

A recuperação pós transplante inicia-se com a realização da cirurgia momento este que o organismo leva para se recuperar já que há a necessidade do corpo em se adaptar ao novo órgão e com os imunossupressores que serão utilizados habitualmente.

É certo, ainda, que poderão ocorrer complicações pós cirúrgicas, inclusive a rejeição do órgão que poderão ser contornadas pela equipe médica que se esforçará no sucesso do procedimento. Essa equipe multidisciplinar é composta por médico, enfermeiro, fisioterapeuta, terapeuta ocupacional, nutricionista, assistente pessoa e psicólogo. (BRANCO et al, 2018)

Após a alta, o paciente submetido ao transplante necessita de assistência periódica e rigorosa monitorização para prevenção das possíveis complicações, variando o protocolo de acordo com cada instituição que geralmente tem como parâmetro a visita semanal que tem seu intervalo aumentado com o decorrer do tempo. (BRANCO et al, 2018)

Dentre as orientações estabelecidas pela Associação Brasileira de Transplante de órgãos e Tecidos, há indicações quando a alimentação que será liberada após a autorização médica, higiene, inicialmente será com a ajuda da equipe de enfermagem, e quanto aos cuidados com a ferida operatória, sempre observando que se a ferida operatória apresenta sinais de ruptura de pontos, vermelhidão, calor local e saída de secreção a febre maior que 37,5°C, a comunicação a equipe transplantadora deve ser feita imediatamente. (ABTO, 2019)

4 O PAPEL DO MÉDICO ASSISTENTE NO TRANPLANTE DE ÓRGÃOS

O médico assistente desempenha um importante papel no desencadeamento do processo de transplante de órgãos e tecidos. Essa sequência se inicia com a detecção precoce de prováveis pacientes em morte encefálica, onde é aberto um protocolo diagnóstico de verificação. Esse protocolo obedece à critérios técnicos e legais que certificam o óbito e a irreversibilidade do quadro clínico neuronal. Uma vez fechado o diagnóstico de morte encefálica, todo o suporte terapêutico ofertado é mantido afim de permitir a viabilidade dos outros órgãos que possivelmente possam ser captados (SCHEIN, 2006)

Neste mesmo momento, o médico assistente tem por responsabilidade notificar a Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO), e realizar a entrevista familiar, com o apoio ou não de uma equipe multidisciplinar. A comunicação familiar visa prestar acolhimento nesse difícil momento de perda e sensibilizar quanto ao ato da doação. (CINQUE et BIANCH, 2010)

São esclarecidos também os reais objetivos da permanência temporária da assistênciaterapêutica ofertada. Obtido o consentimento familiar com a assinatura do termo para doação, a equipe da CNCDO está autorizada a remover os órgãos e tecidos viáveis. (ABTO, 2009)

A depender do país e da cultura em que este médico esteja inserido, a legislação vigente é que regulamenta as necessidades técnico-legais para se proceder a doação, contudo os critérios médicos utilizados para se constatar o quadro de morte encefálica, os manejos para manutenção da viabilidade dos órgãos e os testes de histocompatibilidade tecidual entre doador e receptor, se aproximam nas diferentes partes do mundo. Outras questões subjetivas e de cunho pessoal podem interferir na intenção e na atuação do médico assistente, impactando significativamente no número de notificações precoces de morte encefálica, na qualidade da preservação dos órgãos a serem doados e no índice de aceite dos familiares dos doadores, já que perpassa pelo médico o adequado esclarecimento técnico e o estabelecimento de vínculos de confiança entre o profissional e os familiares. (MARINHO, 2006)

Entendendo o papel desempenhado pelo médico assistente no desencadeamento do processo de transplante de órgãos e o possível impacto que a sua atuação pode representar no número de transplantes em todo o mundo, esse estudo tem por objetivo fazer uma revisão sistemática sobre essa temática, analisando o papel desse médico, a partir dos seus conhecimentos e de suas atitudes frente a captação de órgãos e tecidos em diferentes países do mundo.

O processo de doação de órgãos e tecidos se inicia com a identificação precoce da morte encefálica em um potencial doador, sendo ofertado todo o suporte terapêutico necessário para manutenção da homeostase dos órgãos até que haja uma definição sobre o seu aproveitamento ou não.^{6,7} Em alguns países do mundo, essa captação do órgão é realizada a partir da vontade expressa deixada em vida pelo paciente, em outros a captação do órgão é realizada de forma compulsória pelo Estado. No Brasil, a notificação da morte encefálica é compulsória, mas somente compete aos familiares a autorização para retirada dos órgãos e tecidos para doação. O médico assistente do paciente e a sua equipe são responsáveis pela primeira abordagem aos familiares, esclarecendo os trâmites de todo o processo, e pela obtenção dessa autorização. (CINQUE et BIANCHI, 2010)

O diagnóstico precoce da morte encefálica em um potencial doador é uma importante etapa no desencadeamento do processo de transplante. Para se estabelecer esse diagnóstico, a legislação brasileira exige a realização de dois exames clínicos e um complementar, realizados por médicos diferentes, sendo preferencialmente um deles neurocirurgião ou neurologista. O exame complementar visa comprovar a ausência de perfusão tecidual, atividade elétrica ou atividade metabólica encefálica. (ANDRANDE et al, 2007)

A morte encefálica é compreendida pela completa e irreversível parada de todas as funções cranianas, que impossibilitem sua recuperação funcional e estrutural, assim como o pleno funcionamento das funções cardiovasculares, respiratórias, gastrointestinais e controle térmico. (SAÚDE, 2015)

Assim que constatado o diagnóstico da morte encefálica, o médico assistente deve proceder com a notificação compulsória do óbito com registro de data e hora, e comunicar à CNCDO do seu estado, independente da vontade de doação dos familiares ou da condição clínica do potencial doador. (COELHO et BONELLA, 2019)

No Brasil de cada oito possíveis doadores, apenas um é notificado, e desses, somente 20% são utilizados como doadores de múltiplos órgãos. A demora na identificação e notificação da morte encefálica, o inadequado manejo na preservação da viabilidade desses órgãos e o não aceite familiar são apontados como principais fatores responsáveis por essas perdas. Mesmo sendo reconhecido como um dos maiores programas de transplantes do mundo, tendo realizado cerca de 8 mil transplantes em 2014, essa demanda somente atendeu 40% dos transplantes renais, 30% dos transplantes hepáticos, e apenas 27% dos transplantes cardíacos. A alta morbidade daqueles que esperam na fila e a crescente procura por esse padrão terapêutico, tornam urgentes as necessidades de eficiência desse sistema.³ Para incentivo na organização desse processo de transplante foi regulamentada em 2005, uma Portaria Ministerial nº 1.752, que institui em hospitais com mais de 80 leitos, a

formação de Comissões Intra-Hospitalares de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantes atuando: na capacitação dos profissionais de saúde; oferecendo suporte psicológico no momento da entrevista familiar; e estabelecendo um maior vínculo entre as instituições de saúde e a CNCDO. (COELHO et BONELLA, 2019)

A manutenção artificial da viabilidade desses órgãos é dada a partir: da infusão de drogas vasoativas e reposição volêmica rigorosa para manutenção da normotensão; do aumento da oferta de oxigênio com adequado controle gasométrico arterial; no controle térmico corporal com mantas aquecidas e/ou infusão aquecidas. Há também correção de possíveis distúrbios hidroeletrólíticos, controle da glicemia e da hemoglobina, uso regular e antibióticos profiláticos e proteção das mucosas oculares.¹⁹ A assistência terapêutica prestada neste momento, visa única e exclusivamente a manutenção da homeostase dos órgãos a serem captados, uma vez não aceita a doação pelos familiares ou contraindicada pela CNCDO, o suporte terapêutico deve ser prontamente suspenso. (SANTOS, MASSAROLLO e MORAIS, 2011).

O momento da abordagem, pelo médico assistente, para obtenção do consentimento familiar é um dos aspectos cruciais na doação. Segundo dados da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO), em 2014, a taxa nacional de recusa familiar chegava à 46% dos casos notificados de morte encefálica, tendo o estado da Bahia uma das maiores taxas de recusa familiar do país (62%), situação bem contrastante com o estado de São Paulo que apresentou 36% de recusa, um dos melhores índices do país. Diversos motivos são associados ao tema, dentre eles: a dificuldade na compreensão do diagnóstico de morte encefálica, o receio da mutilação do corpo do falecido, o não conhecimento do desejo de doação do paciente; crenças religiosas, dogmas ou superstições; divergência de opinião entre familiares a respeito da doação; o escasso tempo para tomada de decisão; falha na comunicação e relação interpessoal entre o profissional médico e a família. (BRITO et PRIEB, 2013)

Além disso, inclusive, diversas questões são levantadas em estudos inferindo no conhecimento e nas atitudes dos médicos, através de questionamentos, no desencadeamento do processo de transplantes de órgãos. Essas questões passam pela capacidade técnica de formação profissional, quando inquiridos sobre o conhecimento técnico para o diagnóstico da morte encefálica e manutenção dos órgãos a serem transplantados, quanto das questões legais específicas de cada país para captação desses órgãos. Quesitos também relacionados com a experiência profissional e as opiniões pessoais do profissional médico quanto a doação ou não de seus órgãos ou de um familiar.

Nessa senda o adequado conhecimento médico sobre os critérios para definição da morte encefálica é fator crucial na decisão pela abertura do protocolo

em tempo hábil, para captação e manutenção da viabilidade dos órgãos. A legislação em diversos países exige que o diagnóstico clínico, em dois tempos, seja complementado obrigatoriamente por um exame de imagem, que comprove a ausência de perfusão tecidual cerebral. Contudo, os estudos apresentados identificaram que esses critérios não eram de conhecimento unânime entre os médicos pesquisados, havendo uma melhora nos índices quando se aumentava o grau de especialização ou direcionava-se para a área de atuação em terapia intensiva.

Cada país possui uma legislação própria para doação e transplante de órgãos, mas a maioria dos seus preceitos convergem para uma atuação comum ética e humanizada. O correto conhecimento dos critérios legais no transplante de órgãos permite que profissionais médicos hajam com segurança e transparência nesse processo. A uniformidade no conhecimento dos trâmites legais parece não estar presentes nos estudos apresentados. (FOSS et al, 2014)

A experiência profissional e o maior nível de educação médica são fatores associados a um maior conhecimento e uma atitude mais positiva em relação à doação de órgãos onde médicos especialistas acabam sendo mais propensos a aceitar a morte encefálica quando comparado com outros profissionais médicos em formação ou profissionais de saúde de outras áreas. (MARCK et al, 2015)

Saliente-se, ainda, que a perspectiva altruísta do profissional médico em ser doador de órgãos ou favorável a aceitação da doação de órgãos de seus familiares, possibilitam uma maior inferência na motivação em auxiliar na identificação, manejo e abordagem dos familiares na solicitação de autorização para doação. Os estudos que indagaram esse questionamento, chegaram à conclusão que médicos que tinham um melhor conhecimento sobre morte encefálica e o processo de transplante de órgãos eram mais propensos em aceitar a doação, quando comparados a outros de menor conhecimento. (TEIXEIRA et al, 2012)

O estabelecimento de vínculos recíprocos de confiança entre a equipe médica assistente e os familiares, permitem uma maior compreensão e aceite na doação dos órgãos de seus familiares. Contudo, a discordância de opiniões entre familiares, o tempo escasso para tomada de decisão, a inadequação do local de conversa e até mesmo a inadequação de comunicação entre a equipe e os familiares são empecilhos que dificultam o aceite dos familiares. Os estudos indicaram que em sua própria opinião os médicos acreditavam que conseguiam transmitir aos familiares de forma clara os aspectos relacionados a morte encefálica e doação de órgãos, contudo os preceitos sociais, religiosos e culturais negativos em relação a essa temática interferiam na decisão final. (FOSS, 2014)

5 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

5.1 CONCEITOS GERAIS

Ao final do século XX a concepção patrimonialista é ultrapassada e o direito passa a proteger o homem como sendo a *ultima ratio* do ordenamento, substituindo a propriedade, os contratos, a família e colocando o ser humano como sua medula, não sendo exteriores ao seu titular, pois decorrem da manifestação da natureza do ser humano. (BORTONCELLO, 2006)

Logo, antes de adentrar no assunto deste capítulo, cumpre esclarecer os conceitos de pessoa e personalidade jurídica.

Conforme disciplina Maria Helena Diniz (2012), a acepção jurídica do termo “pessoa” é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, cuja expressão se assemelha a sujeito de direito, que é aquele sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico ou o poder de imiscuir-se na produção da decisão judicial. (DINIZ, 2012, apud Cánovas)

Já a personalidade jurídica, por ser inerente e comum a todos os seres humanos, transforma-se ainda em pressuposto jurídico formal e substancial da igualdade jurídica que se concretiza na presunção de que cada ser humano deve respeitar a personalidade jurídica dos outros, enquanto reflexo da sua própria, não sendo um atributo exclusivo. (MARINGHETTO, 2019)

Nesse sentido, pessoa e personalidade são conceitos relacionados já que esta manifesta a faculdade daquela de ser sujeito de direito, atributo conferido ao ser humano de que provém todos os direitos e obrigações. (MARINGHETTO, 2019)

5.2 DIREITOS DE PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade, por sua vez, são em regra extrapatrimoniais, são direitos subjetivos e, portanto, conferem à pessoa o poder de defender sua personalidade no aspecto psicofísico amplo, atributo que habilita a pessoa a ser titular de relações jurídicas considerada, ainda, como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico, tendo como base desses direitos o princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido na Carta Magna de 1988.

Nesse contexto, com fim na proteção dos direitos indispensáveis à dignidade e integridade da pessoa, os direitos de personalidade são considerados absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, e inexpropriáveis. São absolutos por terem eficácia *erga omnes*, ou

seja, contém em si um dever geral de abstenção além de possuir uma estreita ligação com a indisponibilidade que, por sua vez, abrange a intransmissibilidade ou inalienabilidade, a irrenunciabilidade e impenhorabilidade, que nada mais é que a impossibilidade de transmutar o titular nem pela própria vontade do indivíduo. Considerados, também, necessários e inexpropriáveis, já que são inatos, isto é, adquiridos no momento da concepção não podendo ser retirados da pessoa enquanto ela viver, isto é, são direitos vitalícios cujo término, em regra, ocorre com a morte de seu titular, o que não é completo uma vez que certos direitos sobrevivem. (DINIZ, 2012)

Outra característica manifesta desse direito é seu caráter extrapatrimonial mesmo que em alguns casos possa ser medido economicamente além de serem ilimitados, ante a impossibilidade de se ter um número fechado de direitos. (DINIZ, 2012)

Nesse sentido, uma das características dos direitos de personalidade é justamente a sua não limitação, de forma que não são apenas aqueles enumerados dentro de diploma legal, ou seja, não é taxativo, seja pelos avanços científicos e tecnológicos, seja pela internet, manipulação de gene ou imagem virtual.

Validando esse entendimento segundo Etori (LIMA apud ETTORI):

Ao longo da história, novos direitos de personalidade têm sido identificados. Na medida em que a sociedade torna-se mais complexa e as lesões às pessoas proliferam, até mesmo como decorrência de certos usos da tecnologia, novas problemáticas demandam resposta jurídica. É o que ocorre no campo dos direitos de personalidade: são direitos em expansão. Com a evolução jurídica e o desenvolvimento da pesquisa sobre o direito, vão se revelando novas situações que exigem proteção jurídica e, conseqüentemente, novos direitos vão sendo reconhecidos. Por isso, os direitos de personalidade não são *numerus clausus*. Nem os direitos de personalidade presentes na Constituição Federal nem a listagem contida no texto do Código Civil de 2002 são listas exaustivas ou taxativas, uma vez que os direitos de personalidade não são unicamente aqueles direitos expressamente previstos, ou típicos.

Esses direitos são regulamentados pelo Código Civil brasileiro, pela Constituição Federal assim como várias Convenções Internacionais, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948.

Os direitos de personalidade são direitos inerentes e inseparáveis do próprio conceito de personalidade humana. A personalidade é característica intrínseca do ser humano, não necessitando do preenchimento de qualquer condição, vontade ou conhecimento deste.

Existem diversas teorias que tentam fixar a origem de sua essência, sendo este um caminho longo e marcado de sinuosidades, tendo sido iniciado, de modo incipiente, na antiguidade clássica. (BERTI, 2020)

O ponto de partida desses direitos deve ter como prólogo a história antiga que já tecia reflexões sobre o tema, que por mais que possam ser interpretadas de modo simples, contribuíram demasiadamente para a consolidação do que se entende por direitos da personalidade na atualidade. (BERTI, 2020)

A especificação do tratamento dado aos seres humanos nos períodos históricos é pronunciado já que dentro do cristianismo, por exemplo, faz-se uma referência do homem à imagem de Deus, portando nesse sentido, personalidade capaz de alcançar a salvação, respondendo pelas opções que por acaso o façam dando origem a tradição teológico-cristã de sedimentação dos Direitos de Personalidade reconhecidos ao indivíduo dotado de racionalidade. (BERTI, 2020)

Consecutivamente, não mais satisfazendo os anseios do pensamento mítico daquela época, a filosofia nasce, correspondendo seguidamente a superação da ideia do caos e configurando a elevação da razão, exponenciada na idade moderna com seu iluminismo. (BERTI, 2020)

Dessa evolução se obteve o reconhecimento recente de que os direitos de personalidade é categoria de direito subjetivo, tendo sua tutela jurídica advinda da antiguidade, que no fim do século XX foi capaz de construir a dogmática desses direitos ante o redimensionamento da noção de respeito à dignidade da pessoa humana. (DINIZ, 2012)

Nessa senda, embora existam diversos pontos de vista sobre os quais incidem os direitos de personalidade, é certo que seu cerne é sempre o mesmo, a proteção ao ser humano em sua forma mais completa, em seus aspectos intrínsecos e extrínsecos, que podem ser condensados na proteção à vida, ao corpo, ao nome, à psique, à liberdade, à intimidade, à honra, ao segredo, à figura pessoal, e à autoria. (KRSTINS, 2006)

Para o autor Rubens Limongi França, por exemplo, o conteúdo dos direitos de personalidade, de forma ampla, está relacionado a proteção da integridade física consubstanciados no direito à vida, incluindo a concepção, a descendência, o

nascimento, o leite materno, o planejamento familiar, a proteção do menor, a alimentação, a habitação, a educação, o trabalho, o transporte adequado, a segurança física, o aspecto físico da estética humana, a proteção médico hospitalar, ao meio ambiente ecológico, o sossego, o lazer, o desenvolvimento vocacional artístico, a liberdade, o prolongamento artificial da vida, a reanimação, a velhice digna e os problemas relativos a eutanásia, o direito ao corpo vivo, alcançando o direito ao espermatozoide e ao óvulo, ao uso do útero para procriação alheia, ao exame médico, a transfusão de sangue, a alienação de sangue, ao transplante de órgãos e tecidos, a transexualidade, mudança de sexo entre outros. (KRASTINS,2006))

Assim, partindo da premissa de que a integridade física é uma das expressões dos direitos da personalidade e estando nela incluídos os atos de disposição do próprio corpo, este ato pode ocorrer de duas formas, em vida e *post mortem*, de forma gratuita em ambos os casos, por expressa determinação legal, já que é vedado sua comercialização sob pena de incidir em normas penais.

Diante dessa proteção jurídica que o ordenamento cede acerca da integridade física é possível visualizar que a disposição do próprio corpo não só é permitida como encontra fundamento na Constituição Federal, no título da ordem social que expressamente prevê a autorização do transplantes de órgãos, obedecendo, sempre, ao disposto em lei sobre as condições e requisitos que facilitem este tipo de procedimento.

5.3 A DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

A despeito de não possuir uma delimitação conceitual, o princípio da dignidade da pessoa humana insere-se dentro dos fundamentos do Estado democrático de direito, ligado a uma perspectiva de proteção da personalidade estabelecida no conceito de que o ser humano é o centro da organização jurídica e social e de que esta dignidade constitui-se em atributo intrínseco a todos, considerado como fundamento dos direitos de personalidade, além de fundamento do próprio direito, bem como valor fonte do sistema jurídico ou princípio-matriz. (KRASTINS apud ELDEMAN, GARCIA, 2006)

Apesar disto, o estabelecimento de uma definição, ainda que aberta, já que o seu uso indiscriminado possibilita à banalização de um conceito que ocupa posição central na ordem jurídica nos dias atuais, é necessário. (RIBEIRO, 2018)

Para Ingo Wolfgang Sarlet o princípio da dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando,

neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo ato e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.” (RIBEIRO apud SARLET, 2010)

Não obstante, a dignidade da pessoa humana é aceita como o ponto central do estudo de valores morais dos sistemas constitucionais atuais, constituindo a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, sendo o valor que proporciona unidade e coerência ao conjunto desses direitos. (RIBEIRO, 2018)

Este princípio basilar deve ser compreendido de forma multicultural, não podendo ser vislumbrado de uma forma fixa e uniforme, já que o interprete deve valer-se da ética e do multiculturalismo manifestado em inúmeras sociedades democráticas. Por esse ângulo, a dignidade da pessoa humana instrui as normas constitucionais e infraconstitucionais, tendo a Carta Magna de 88 apenas reconhecido essa dignidade material, inserindo-a formalmente no topo do ordenamento brasileiro no intuito de garantir o respeito ao princípio norteador de todo e qualquer direito humano.

Além de tudo, este princípio envolve a tutela da integridade física e psíquica do homem permitindo sua análise junto ao transplante de órgãos e tecidos humanos. Deste modo, é assegurando ao homem gravemente doente a disposição de técnicas terapêuticas como o transplante para salvaguardar sua vida, assim como é assegurado o direito daquele indivíduo que, potencialmente poderá se tornar um doador a também viver a sua vida. (KRASINS, 2006) Partindo desse entendimento, o transplante de órgãos tem como base direitos de personalidade como à vida, à integridade física, a autonomia da vontade e a informação, direitos estes que possuem seu eixo consubstanciado na dignidade da pessoa humana.

Com base neste fundamento inerente a todos que a dignidade confere também a condição particular de autonomia, isto é, o homem possui em si a possibilidade de exercício de sua vontade, liberdade na qual o sujeito enquanto um fim em si mesmo, pode tomar suas próprias decisões. (GARRIDO, 2013)

Observando este cenário que André Ramos Tavares arrematou o tema quando a autonomia decorrente do fundamento da dignidade da pessoa humana:

Dessa forma, a dignidade do Homem não abarcaria tão somente a questão de o Homem não poder ser um instrumento,

mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, como as conhecidas imposições de cunho político eleitoral (voto de cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em

geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente, usuais, vícios. (GARRIDO, apud TAVARES, 2013, p. 441-442)

Mediante o exposto, a autonomia privada do indivíduo é uma das formas de se acatar ao fundamento constitucional já que proporciona à pessoa o agir por si próprio, baseado na sua liberdade, ressaltando que o seu exercício é limitado pela mesma norma que impede práticas contrárias ao princípio fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. (GARRIDO, 2013)

Nesse sentido, o fundamento pode ser considerado frente a outros ramos do direito, como é o caso da bioética, conforme considerações feitas pela Professora Maria Helena Diniz (2011), a seguir exposta:

Urge, portanto, a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se estiver atento à dignidade humana. [...] Para a bioética e o Biodireito a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de "vida com dignidade"

Nessa perspectiva, no que toca a doação de órgãos no ordenamento atual, é indiscutível que o tema seja recorrente no meio acadêmico científico, seja por ambição em trazer enormes benefícios ao ser humano, seja por envolver questões éticas e jurídicas.

O direito ao corpo, nele inseridos os órgãos, tecidos e partes separáveis, bem como o direito ao cadáver, são influenciados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, assim como da integridade física, sendo possível sua diminuição no caso de exigência médica ou exposição para fins científicos ou altruísticos, conforme abordagem pelo Código Civil.

Por fim, e não menos importante, é possível identificar que dentro da sistemática vigente há controvérsias oriundas desses institutos que necessitam de discussões abertas com intuito de vislumbrar e até mesmo contribuir para manter o entendimento atual ou alterá-los, caso seja necessário.

6 A EVOLUÇÃO BRASILEIRA ATINENTE A LEGISLAÇÃO DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

6.1 ASPECTOS GERAIS

A legislação brasileira acerca da matéria é contemporânea já que a ausência de regulamentação, ao que parece, devia-se ao fato de pouco desenvolvimento científico na matéria. No esboço preparado por Teixeira de Freitas sequer era mencionado os direitos de personalidade, fato este também visto no Código Civil de 1916, que não tratava do assunto muito menos sobre transplante de órgãos e tecidos. (ANDRADE, 2009)

O direito passou a regulamentar a matéria com a edição da Lei 4.280/63 que dispunha sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida, sendo alvo de críticas pelas palavras e termos usados no texto como uso da palavra extirpar, que poderia inclusive dar uma interpretação errada como a retirada com violência, e o termo pessoa falecida, impropriamente utilizado já que o falecido não é mais pessoa. (ANDRADE, 2009)

Nesta lei a retirada de órgãos era autorizada pelo doador ainda em vida, com a expressa autorização por escrito ou, ainda, na ausência dessa autorização, quando não houvesse objeção do cônjuge, dos parentes até o segundo grau ou de corporações civis e religiosas que fossem incumbidos pelo destino dos despojos. Observa-se assim, que inicialmente, era entendido como prioridade a vontade do potencial doador sobre a instituição familiar. (ANDRADE, 2009)

Como a lei somente dispunha sobre a extirpação de órgãos de cadáveres, infere-se que tal modalidade era a única circunstância possível em face da ausência de regulamentação do procedimento entre vivos. (MAYNARD, LIMA E COSTA, 2015)

Outrossim, a norma ainda permitia que a doação após a morte fosse feita a pessoa determinada, não restringindo o ato à relação de parentesco o que demonstra por si só precedência na legislação brasileira da oportunidade de doação dirigida de órgão. (BRASIL, 1963)

No contexto da lei, não existia critérios técnicos para constatação da morte do possível doador, o que foi considerado impróprio já que abria margem para diversas possibilidades interpretativas diante da dúvida terminológica, além de não conter

qualquer obstáculo quanto à doação com caráter não gratuito, omissão esta que poderia ser entendida como autorizada a comercialização de órgãos, o que ensejou de certo modo sua revogação com a edição da lei 5.479/68, cujo texto sanou alguns dos erros demonstrados acima. (MAYNARD, LIMA ECOSTA, 2015)

Revogada pela lei de 1968, a nova edição substituiu as expressões que causavam dúvidas, bem como permitiu expressamente que a doação entre pessoas vivas fosse possível. Proibiu, ainda, mesmo que implicitamente, a doação onerosa do corpo além de exigir, igualmente à lei anterior, que a manifestação de consentimento fosse dada pelo doador em vida e subsidiariamente pela manifestação familiar no caso de omissão daquele. (MAYNARD, LIMA E COSTA, 2015)

A doação em vida de doador vivo era permitida apenas se o órgão fosse duplo ou tecidos, vísceras ou partes destes, que não provocasse prejuízo ou ablação grave ao doador, sendo, ainda, como requisito indispensável de tal terapêutica a comprovada indispensabilidade do receptor. (ANDRADE, 2009)

Percebe-se que a edição dessa nova lei preferiu manter o direito de escolha do doador, em vida, do destino de seus órgãos após a morte, salientando que por ser obrigatoriamente gratuita, conforme disciplina o caput do primeiro artigo da lei, a ideia de caráter mercadológico inferido da lei anterior, não tinha respaldo nesta nova. (BRASIL, 1968).

6.2 CARTA MAGNA E O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

“O constituinte de 1988 erigiu a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico” colocando a dignidade da pessoa humana como “princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que se chama de princípio constitutivo e indicativo de ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional” (GÓES apud FACHIN, 2006, p.198).

Tal princípio além de ser uma limitação imposta pela Constituição aos particulares e ao Estado tem o desígnio de respeitar a dignidade da pessoa, devendo toda atividade estatal preservá-lo mediante a não intervenção na individualidade de cada ser humano.

Nas palavras de Daury César Fabríz, “o mencionado princípio torna-se a coluna vertebral do Biodireito, sendo princípio que se estabelece como direito humano e fundamental”. (SILVA e NETO apud FABRIZ, 2003, pag. 355).

Nessa perspectiva, além do princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se suscitar outros direitos fundamentais pertinentes ao tema, tais como o direito à vida, a formação dos direitos de personalidade, a integridade física e ao próprio

corpo, a liberdade de consciência e o poder de disposição do próprio corpo. (SILVA e NETO, 2005).

O direito à vida, previsto no artigo 5º, caput, não é apenas um direito a sobreviver, está abarcado em seu núcleo também o direito à busca pela felicidade e a integridade existencial, sendo, portanto, um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção.

Por esse ângulo, nas palavras de Alexandre de Moraes (MORAES, 2003):

O início dessa preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, e, "do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim o demonstram os argumentos colhidos na Biologia. A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez...e assegura, ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida. Esse direito, que é o primeiro da pessoa humana, tem em sua concepção atual conflitos com a pena de morte, as práticas abortivas e a eutanásia como posteriormente analisados.

Sendo um direito individual, a integridade física, que tem como a doação de órgãos um de seus aspectos, tem como pressuposto o consentimento do paciente que, no caso de transplantes inter vivos, condiciona a atividade que irá atingir sua integridade na vontade transindividual, seja do ponto de vista do doador saliente, ouvida a família, seja na perspectiva do receptor, a quem não se insinua possibilidade de dispor do corpo alheio, sem o concurso devotado do doador. (SILVA, 2002).

O direito ao próprio corpo insere-se dentre os direitos de personalidade e, por isso, indisponíveis, não excluindo a possibilidade desse bem ser objeto jurídico de relativização visto que não há direitos fundamentais absolutos.

Por esse motivo, é essencial reconhecer que sob esse ângulo do direito ao próprio corpo, especialmente no que tange ao transplante de órgãos e tecidos, o caráter de indisponibilidade deve ser contraposta a autonomia privada, dentre certo limite, para salvaguardar interesses maiores, assim como para atender um estado de necessidade.

Conciliando com este entendimento, o Código Civil em vigor afirma que "é válida com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte", além de permitir a disposição para fins

de transplante, proibindo-a no caso de diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, salvo por exigência médica.

Cumprido elucidar que o instituto da autonomia, quanto à bioética, está ligada à independência e à capacidade para decisões e ações independentes, inclusive quanto a imposição de que esta capacidade possui de autodeterminação, devendo, portanto, ser respeitada, pois tal princípio está intrinsecamente ligado ao consentimento informado, base das relações médicas tendo em vista que a relação paciente médico deve ser pautada na confiança e para haver confiança deve-se ter informação.

No que tange a liberdade de consciência, a constituição garante que todos são livres para escolher sua religião, praticar e professar sua crença e fé, constituindo, dentre outros, dois aspectos dessa garantia, o de não obrigar as pessoas a adotarem uma religião ou de proibir os cidadãos de seguirem uma crença ou participarem de cultos. Nesse sentido, numa das vertentes desse direito, surge a discussão quanto a manifestação de vontade do paciente quando em vida em detrimento do disposto na legislação brasileira que expressa a obrigatoriedade do consentimento da família na doação post mortem.

Destarte, partindo da norma suprema em nosso ordenamento jurídico brasileiro, os artigos 199 § 4º e 200 da Carta Magna assim dispõem:

“Art. 199 Assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

(...)

“Art. 200 Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I- Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;”

Assim, tal inserção na Constituição brasileira visa primordialmente a dignidade da pessoa humana, vendando sua comercialização por ofender diretamente a integridade física do indivíduo, o que decerto é mister preservar.

Com sua promulgação, a doação e o transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano foram consagrados a matéria constitucional de acordo com o artigo 199, §4º da Carta Magna norma limitada pragmática que deu origem à lei 8.489/92, regulamentada em 1993 pelo decreto 879, corroborando com o entendimento da lei de 1968 no que tange a gratuidade da doação de órgãos e a imposição de que o procedimento fosse realizado desde que não causasse prejuízo para quem dispõe do órgão, tecido ou partes do corpo, além de indispensabilidade por parte do paciente que irá recebe-lo. (MAYNARD, LIMA E COSTA, 2015)

Foi nessa ideia que a constituição reconheceu que o transplante e doação de órgãos protege o bem jurídico da vida, compreendida em seu sentido de desenvolver livremente sua personalidade, e num sentido biológico, o direito de viver humanamente. (MAYNARD, LIMA E COSTA, 2015)

Tendo a lei 8.429/68 sido revogada pelo diploma legal da lei 8489/92, dentre as inovações realizadas pelo diploma, a vedação para fins de pesquisa não era permitida, bem como instituiu limites para a doação que somente era autorizada a doação entre avós, netos, pais, filhos, irmãos, tios, sobrinhos, primos até o segundo grau, cunhados e cônjuges. (ANDRADE, 2015).

Compativelmente com as legislações anteriores, manteve a imposição de que o procedimento somente seria realizado caso não provocasse prejuízo ao doador e quando a utilização do método fosse comprovadamente indispensável havendo, também, a necessidade de consentimento expresso do doador, quando em vida, através de documento oficial ou pessoal, conforme disciplina o artigo 3º da lei 8.489/92, abaixo transcrita, e que foi revogada pela lei 9.434/97:

Art. 3º A permissão para o aproveitamento, para os fins determinados no art. 1º desta lei, efetivar-se-á mediante a satisfação das seguintes condições:

I - por desejo expresso do disponente manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial;

II - na ausência do documento referido no inciso I deste artigo, a retirada de órgãos será procedida se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente.

Com a regulamentação da matéria dada pelo decreto 879/93, ocorreu outra inovação quanto ao assunto, ao ser estipulado a adoção do critério de morte encefálica, como a morte definida pelo Conselho Federal de Medicina e atestada por médico, não excluindo, como dispõe parágrafo único do artigo 3º outros conceitos de condições de morte, além de dispor sobre a responsabilidade penal dos infratores da lei, sem prejuízos de sanções civis e administrativas. (BRASIL, 1993)

6.3 LEI 9.434 DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997

Atualmente a Lei 9.434/97 dispõe sobre a remoção de órgãos e tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, introduzindo, assim, no ordenamento jurídico brasileiro modificações das quais muitas são sujeitas a críticas, além de incluir alterações que não apenas beneficiam tal procedimento, como também o dificulta.

Em observação aos mandamentos emanados pela norma suprema, em suas disposições gerais, a Lei afirma que o ato de dispor dos órgãos, tecidos e partes do corpo gratuitamente, para fins de transplante e tratamento deve obedecer a forma da lei, excluído, ainda, o sangue, o espermatozoário e o óvulo.

Nessa perspectiva, dentre as modificações realizadas por este diploma, tem-se o artigo 4º que passou a não formalizar a manifestação de vontade do indivíduo que desejou ser doador de seus órgãos, em vida, após sua morte, e passou a recair tal decisão a família, que autorizará a retirada seja de órgãos, tecidos ou parte do corpo para fins de transplante ou outra modalidade terapêutica.

Tal dispositivo em sua redação original, tinha como presumida a autorização para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem, salvo se houvesse manifestação em contrário. Tinha como intuito aumentar o número de doações de órgãos no Brasil, mas não obteve boa aceitação na sociedade que, de acordo com Elton Carlos de Almeida, em sua dissertação, "o novo contexto legal não atingiu o propósito de aumentar a oferta de órgãos; pelo contrário, milhares ou milhões se cadastraram como "não doador" em documentos oficiais". (ALMEIDA, 2011)

Nessa senda, em 2001, a medida provisória nº 2.083-32, deu-se nova redação ao artigo 4º colocando como dependente de autorização de qualquer parente, maior, na linha reta ou colateral, até o segundo grau, ou cônjuge, firmada em documento assinado por duas testemunhas presente à verificação. Tal mudança durou até a promulgação da Lei 10.211/01 que fez a decisão ser familiar, passando de presumida para consentida pela família, não existindo, afinal, amparo jurídico à manifestação de vontade do doador potencial, condição que revela a prevalência do monopólio de decisão familiar na hipótese de um confronto entre a vontade daquele e a da própria

família, como pode ser visto pelo §4º do artigo 4, que foi revogado, que trazia a possibilidade de a retirada ser feita com base no registro feito em vida. (BRASIL, 1997)

Com essa modificação a autorização passou para o cônjuge ou parente, maior de idade, obedecendo a linha sucessória reta ou colateral até o segundo grau, ou seja, são detentores o cônjuge, o pai, o filho, o avô o neto e irmão.

Outras discussões surgiram sobre os aspectos dessa alteração consubstanciada no artigo 14 do Código Civil de 2002, onde a manifestação da família se daria subsidiariamente ado doador em vida, tese esta defendida por alguns autores até os presentes dias. ()

Importante mencionar que a primeira lei a regular o transplante, Lei 4.280/63, permitiaa “extirpação das partes de cadáver” para transplantes, desde que o falecido tivesse deixado autorização escrita ou que não houvesse oposição por parte do cônjuge ou dos parentes até o segundo grau, ou corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos cadáveres.

Já com espeque na constituição de 1988, a Lei 8.489/92 regulamentou o texto constitucional dispondo que a permissão para a doação de órgãos após a morte do paciente se daria por desejo deste, quando em vida, através de documento pessoal ou oficial. Quando não houvesse tal permissão expressa, a disponibilidade dos órgãos e tecidos se daria caso o cônjuge, ascendente ou descendente não fosse contrário. Tal diploma foi substituído pela vigência da Lei 9.434/97. (SARCINELLI e OBREGON, 2018).

Voltando a lei 9.434/97, na hipótese de doador juridicamente incapaz, post mortem, a referida lei dispõe ser necessária a autorização expressa de ambos pais ou responsáveis legais, já que não possuem condições de exercer livremente sua autonomia, sendo, portanto, adequada tal disposição.

Assim, depois de ser verificada a morte encefálica do paciente, quesito indispensável para o transplante que segue as regras estabelecidas pela legislação e medicina, os profissionais questionam os familiares sobre a possibilidade de doação, momento este chamado de consentimento, já que no Brasil não fora adotado em sua forma presumida como acima exposto. A lei 9.434/97 foi regulamentada pelo decreto 2.268/97, nela consta que deverá ser observado quando da remoção de órgãos, tecidos e parte do corpo e sua aplicação em transplantes a determinação que a retirada de órgãos e partes do corpo humano só poderá ser realizada por equipes especializadas e em estabelecimentos de saúde, sejam públicos ou privados, necessitando, ainda, de autorização preexistente o Ministério da Saúde. (MAYNARD, LIMA E COSTA, 2015)

Acresce também que o Decreto instituiu toda uma estrutura organizacional com a instituição do Sistema Nacional de Transplantes (SNT), integrado pelo Ministério da Saúde, secretarias de saúde dos Estados e do Distrito Federal ou órgãos equivalentes, as secretarias de saúde dos Municípios ou órgãos equivalentes, os estabelecimentos hospitalares autorizados e rede de serviços auxiliares necessários à realização de transplantes.

A criação do Sistema Nacional de transplante tem como escopo o desenvolvimento do processo de captação e distribuição em que o órgão central é o Ministério da saúde possuindo dentre suas atribuições o de coordenar as atividades de que trata o decreto, expedir normas e regulamentos técnicos para disciplinar os procedimentos estabelecidos no Decreto e para assegurar o funcionamento ordenado e harmônico do SNT e o controle, inclusive social, das atividades que desenvolva. (SUL, 2020)

Por esse motivo, o Ministério da Saúde adotou medidas de para a estruturação do SNT, conforme pode ser extraído do endereço eletrônico do referido ministério em:

- Coordenação Nacional do Sistema Nacional de Transplantes - responsável pela normatização e regulamentação dos procedimentos relativos à captação, alocação e distribuição de órgãos;
- Grupo Técnico de assessoramento, por atribuição tem de propor diretrizes para a política de transplantes e enxertos, propor temas de regulamentação complementar, identificar índices de qualidade para os setor, analisar os relatórios com os dados sobre as atividades do SNT e dar parecer sobre os processos de cancelamento de autorização de estabelecimentos e equipes para a retirada de órgãos e realização de transplantes ou enxertos.
- Centrais Estaduais de Transplante - o Ministério da Saúde desenvolveu, em parceria com as Secretarias Estaduais de Saúde, a implantação das Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO), também chamadas de Centrais Estaduais de Transplante, onde nesses locais há equipes especializadas e estabelecimentos de saúde autorizados para realizar diagnóstico de morte encefálica, retirada de órgãos e tecidos, transplantes e enxertos.
- Central Nacional de Transplante - funciona ininterruptamente em Brasília-DF. A Central Nacional articula o trabalho das Centrais Estaduais e provê os meios para as transporte de órgãos entre os estados com vistas a contemplar as situações de urgência e evitar os desperdícios de órgãos

sem condições de aproveitamento no seu estado de origem. Nesse sentido, em 2001 o Ministério da Saúde, realizou Termo de Cooperação com 15 empresas aéreas reunidas no Sindicato Nacional das Empresas Aéreas. Esta cooperação vem garantindo o transporte gratuito de órgãos e, eventualmente, de equipes médicas de retirada. Em 2016 a Força Aérea Brasileira iniciou a atividade de transporte de órgãos no país, somando esforços às Centrais de Transplantes no processo de doação/transplantes de órgãos.

- Organizações de Procura de Órgãos (OPO): A Portaria Nº 2600, de 21 de outubro de 2009, estabelece a criação das OPO, que atuarão conjuntamente com a CNCDO e CIHDOTT nos processos de doação de órgãos e tecidos para transplantes.
- Comissões Intra-Hospitalares de Transplante: estabelecida a obrigatoriedade da existência de Comissões Intra-Hospitalares de Transplantes nos hospitais com UTI do tipo II ou III, hospitais de referência para urgência e emergência e hospitais transplantadores. Estas comissões desenvolvem em seus hospitais, conjuntamente com as OPO, o processo de identificação de potenciais doadores em morte encefálica ou coração parado, a abordagem familiar para autorização, além da triagem clínica e sorológica. Também articulam com a CNCDO a formalização da documentação necessária e o processo de retirada e transporte de órgãos e atuação das equipes transplantadoras.
- Bancos de Órgãos e Tecidos - são responsáveis pela retirada, processamento e conservação de órgãos e tecidos para fins de transplantes.
- Registro de Doadores de Medula Óssea: Para o transplante "não aparentado" de medula óssea, é necessária a busca de material doado por pessoas que se dispõem a doar medula para transplante, através do Registro de Doadores de Medula Óssea (REDOME), instalado no Instituto Nacional do Câncer (INCA). Quando os pacientes não têm doador identificado no Brasil, existe uma busca internacional, com ações destinadas a procurar um doador compatível em Bancos internacionais, realizar os exames necessários, coletar a medula, processá-la e transportar o material do País em que foi coletada até o Centro Transplantador no Brasil e vice-versa.

Concomitantemente, o decreto criou a lista única nacional de receptores entre os estados da Federação que de acordo com o Ministério da Saúde, "é

constituído pelo conjunto de potenciais receptores brasileiros, natos ou naturalizados, ou estrangeiros residentes no país, inscritos para o recebimento de cada tipo de órgão, tecido, célula ou parte do corpo, regulado por um conjunto de critérios específicos para a distribuição destas partes aos potenciais receptores, assim constituindo o Cadastro Técnico único – CTU.” (SUL, 2020)

Em seu segundo capítulo a lei 9.434/97, se encarregou de traçar os fundamentos que compõem o tema da doação após a morte, iniciando com a definição do critério da morte encefálica como preceito para a retirada de órgãos, devendo, para que seja viável, ser constatada a morte encefálica e registrada por dois médicos não participantes das equipes de transplante, por meio de especificações clínicas e tecnológicas definidos pelo Conselho Federal de Medicina, podendo, também, ser possível a presença de médico de confiança da família no ato de comprovação da morte. (MAYNARD, LIMA E COSTA, 2015)

Tal constatação de morte do indivíduo é fundamental e deve ser inequívoca, porque se esta não estiver sido de fato configurada, estar-se-ia retirando a vida de uma pessoa humana para que outra possa sobreviver. (DINIZ, 2007).

6.3.2 Aspectos Penais Da Lei 9.434/97 e o tráfico de órgãos humanos

A despeito do insistente alerta das Organizações Internacionais, em 2012, foi aprovada uma proposta para criar o crime de tráfico de órgãos, contudo tal tipificação ainda não foi criada, tendo previsão apenas na Lei de transplantes em seu artigo 14, que assim dispõe:

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

§ 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:

Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias multa.

As possibilidades alcançadas pelo transplante de órgãos, ou seja, pelo avanço científico desse seguimento, seja pelas inovações tecnológicas, seja pela ampla disseminação de novos equipamentos, de drogas e procedimentos cirúrgicos que tem como escopo o prolongamento da vida humana ocasionou, também, a escassez de doadores, provocando, assim, um comércio a nível global de órgãos humanos. (BRASIL, 2013)

Derivada do italiano, a palavra tráfico significa, em sentido estrito, o comércio ilícito, seja de entorpecentes, plantas, animais ou mesmo humanos. O tráfico de órgãos é o mercado ilegal de órgãos humanos em que este delito acontece de forma organizada com o intuito de obter lucro, violando leis vigentes. (AMARAL apud AURÉLIO, 2013)

Em outras palavras, conforme definição dada pela Declaração de Istambul (2008) o tráfico de órgãos consiste no recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de pessoas vivas ou mortas ou dos respectivos órgãos por intermédio da força, ameaça, coação, fraude, engano, abuso, rapto ou de uma posição de vulnerabilidade, oferta ou aceitação de pagamentos ou benefícios para alcançar a transferência de controle sobre potencial doador para fins de exploração pelo meio da remoção de órgãos para transplante.

Nesse diapasão, a legislação brasileira é omissa em vários casos, pois a efetivação do que estabelece a lei 9.434/97 é insuficiente e até mesmo ilusória em algumas situações, visto que em alguns casos ela é desrespeitada e até mesmo substituída pela aplicação do Código Penal Brasileiro quando convém a deliberadas pessoas que acabam se beneficiando com a aplicação do diploma. (AMARAL, 2018)

No Brasil, consubstanciada pela escassez de órgãos, assim como problemas com relação à estrutura hospitalar, aos profissionais envolvidos nas etapas e a logística para o transporte, acaba por chamar a atenção dos criminosos que veem a possibilidade de obtenção de vantagem no tráfico de órgãos. (AMARAL, 2018)

De acordo com a Lei de Transplantes, vender ou comprar tecidos ou órgãos ou partes do corpo humano é delito cuja pena base é fixada entre três a oito anos, incorrendo no mesmo crime todos aqueles que auferem vantagem facilitando esta transição, podendo ser praticada pelos profissionais da medicina assim como por outras pessoas, ou seja, sua classificação como crime comum denota que não exige-se qualidade específica do sujeito ativo para a sua prática.

Estima-se que cerca de 10% dos transplantes realizados anualmente em todo mundo seja fruto do tráfico de órgãos o que conseqüentemente, visando combater e minimizar este crime, bem como o turismo para o transplante, foi criada a Declaração de Istambul, na Turquia, esclarecendo, além das questões sobre o turismo para o transplante e o mercantilismo de órgãos, questões sobre diretrizes éticas para a prática de doação. (WIKIPEDIA, 2017)

6.4 CÓDIGO CIVIL – LEI 10.406/2002 - APARENTE ANTINOMIA ENTRE OS INSTITUTOS

Seguindo a cronologia temporal dos diplomas legais que versam sobre o transplante de órgãos e tecidos, o código civil de 2002 tratou do tema dentro do capítulo sobre os direitos de personalidade, cujo inteiro teor assim dispõe:

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Corroborando com a Constituição de 1988, ao autorizar a disposição do corpo em vida e após a morte, desde que gratuitamente, o texto legal que destoa do Código de 1916 em razão da quase inexistência desses procedimentos na época, resgatou o direito de disposição do corpo pelo próprio doador, igualmente as legislações antecedentes ao diploma da Lei 9.434/97.

Fortalecendo autores que defendem a autonomia de vontade do doador em vida, e frente a polêmica do tema o Conselho da Justiça Federal em 2007, na IV Jornada de Direito Civil, emitiu o enunciado 277, nos seguintes termos:

277 – Art. 14: O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte,

determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

Assim, em que pese a lei 9.434/97 dispor sobre a autorização ser dada pela família, o Código Civil deixa sob responsabilidade exclusiva do indivíduo a tomada de decisão em vida para dispor sobre a disponibilização de seus órgãos após sua morte.

Diante do aparente conflito entre o artigo 14 do Código Civil e o artigo 4º da Lei de Transplantes é necessário, antes de analisá-los, compreender o conceito de antinomia para verificar o conflito ou aparente conflito existente.

A antinomia jurídica ocorre quando existem duas normas conflitantes sem que se saiba qual delas deverá prevalecer no caso concreto, podendo ser antinomia aparente, quando existe norma para solucionar resolvendo-as pelos critérios hierárquico, cronológico e especial e antinomia real que surge quando se utiliza os critérios e não se consegue resolver o conflito.

Sendo assim, entende-se que o Código Civil tem a incumbência de regular os atos declaratórios de vontade da pessoa falecida, manifestados em vida e que preponderantemente devem ser respeitados, fazendo uso da lei de transplantes quando não houver a manifestação devontade do doador ainda em vida. (WEBER, 2017)

Todavia, esta ponderação não é praticada no Brasil onde a decisão final da doação ficacom os familiares, os quais têm a escolha de respeitar a autonomia de vontade do doador ou não, conforme redação dada pela Lei de Transplantes.

6.5 INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

É certo que um dos temas mais discutidos quando se fala em transplante de órgãos é acontrovérsia quanto ao consentimento da família para que o procedimento seja feito.

Em 2017 foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania o projeto de Lei 453/2017, em que se afirma que a família não pode interferir na retirada de órgãos de uma pessoa com morte cerebral quando em vida tenha manifestado a vontade de ser doadora. O autor do projeto, senador Laiser Martins do PODE-RS, sustentou que a figura jurídica da autonomia da vontade do titular do direito da personalidade é suficiente para que sua vontade seja respeitada sem a interferência da família. (SENADO, 2019).

Nas palavras do senador Laiser Martins (SENADO, 2019):

“Inquestionavelmente, é uma regulação que torna mais fácil a doação de órgãos e, com efeito, tem a capacidade de melhorar consideravelmente a qualidade de vida daqueles que, desesperadamente, necessitam de órgãos doados para prorrogar com dignidade as suas próprias vidas”

Atualmente, a tramitação do projeto encontra-se pronto para pauta do plenário e com ele foram apensados mais de dez projetos de lei referentes ao mesmo tema, conforme pode servisto nas informações da tramitação no portal da Câmara dos Deputados, inclusive projetos datados de 2019.

Outro projeto de Lei que visa modificar o cenário atual de transplante de órgãos e tecidos é o projeto de nº465/2016, aprovado pela Assembleia Legislativa de Rondônia, que institui no Estado o Setembro Verde, onde o Poder Executivo fica autorizado a realizar campanhas e divulgações no intuito de promover a ação que é de grande importância no intuito de salvar vidas.

7 DIREITO COMPARADO E TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS

7.1 ASPECTOS GERAIS

Assim como no Brasil, o fator que mais limita a aplicação da transplantação continuasendo a inópia de órgãos disponíveis.

Os países europeus possuem legislações diferentes sobre transplantes de órgãos, sendo possível identificar que vigoram sistemas de consentimento voluntário, consentimento familiar e consentimento presumido.

Na Alemanha, desde o ano de 2012, prevalece o sistema do consentimento voluntário no qual a retirada só é possível se a pessoa tiver deixado seu consentimento por escrito. (INTERNACIONAL, 2020)

Já em outros países como Grécia Reino Unido Suíça e Dinamarca, caso não haja o consentimento por escrito, os membros da família podem decidir, adotando assim uma interpretação mais ampliada do consentimento presumido adotado pelo país citado anteriormente. Na falta de decisão do falecido, em países como Noruega, Finlândia e Bélgica, os membros da família podem se refutar à doação. (INTERNACIONAL, 2020)

Países como França, Irlanda, Itália, Espanha, Portugal, adotam a alternativa de consentimento presumido, que consiste na possibilidade de remoção de órgãos para transplante caso o falecido não deixe registrada sua rejeição à doação. (INTERNACIONAL, 2020)

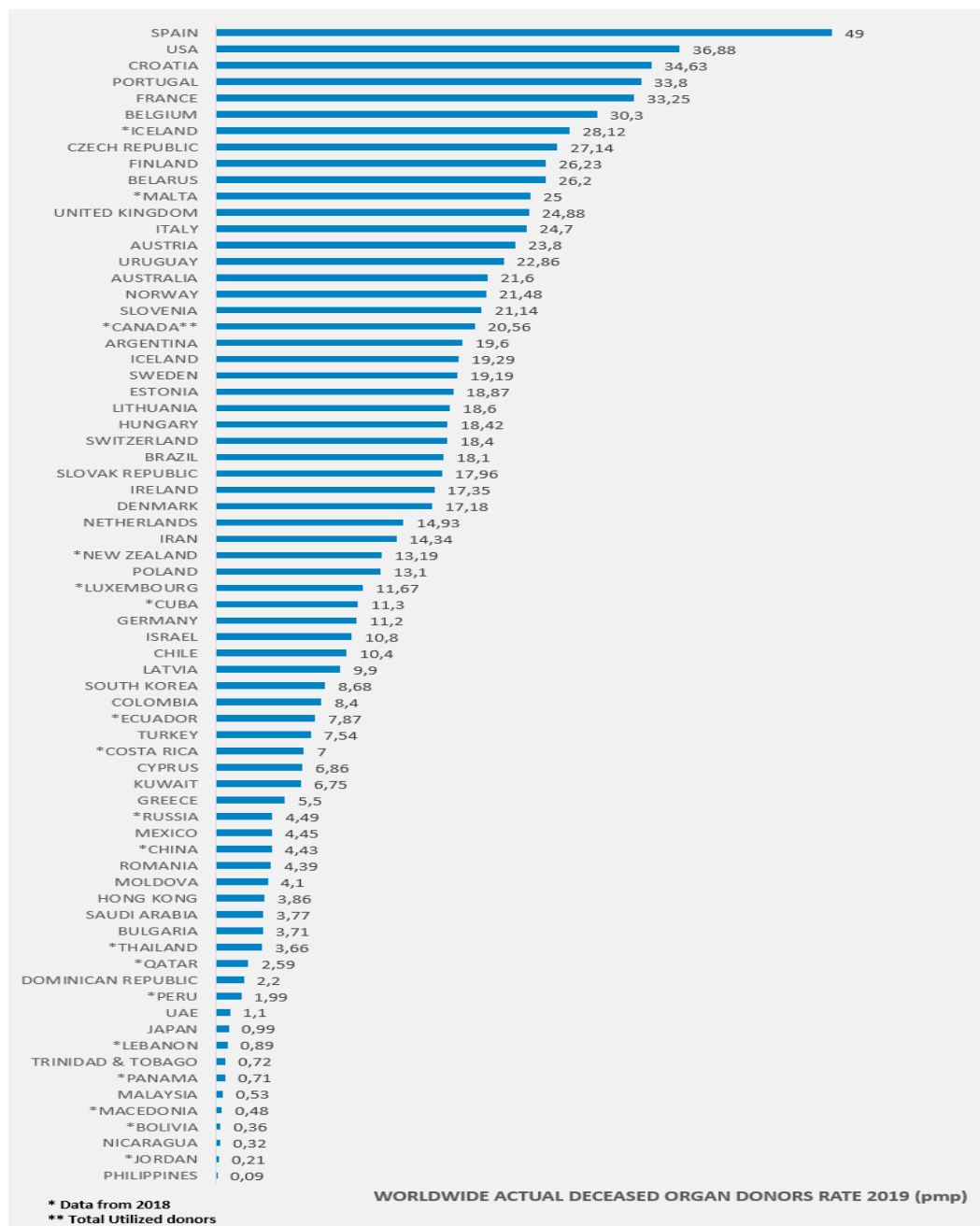
Os Estados Unidos, no ano de 2019, foi considerado o quinto país no mundo com a maior taxa de transplantes de doadores mortos. Em 2017, conforme dados do Registro Internacional de Transplantes e Doação de órgãos, os Estados Unidos tiveram um número de doadores efetivos de 32 por milhão de pessoas.

No ano de 2015, por exemplo, a média mundial de doações de órgãos foi de 16,96 pmp, com 126.670 transplantes realizados no total, dentre os quais o órgão com mais procedimentos realizados está o de rim com 84.437, seguido pelo de fígado, 27.759, coração, 7.023, pulmão, 5.046, pâncreas com 2.099 e 196 de intestino delgado. (BONELLA et

COELHO, 2019)

Abaixo, no ranking internacional de Doação e Transplantes de órgãos de 2019, Espanha, USA e Croácia, figuram como os três países que tem o melhor índice em procedimentos de doações post mortem, vejamos:

Figura 6 – Transplantes de órgãos no mundo - 2019



Fonte: Irodad

7.2 O MODELO ESPANHOL DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

Considerada como exemplo mundial devido ao sucesso do seu modelo de doação e transplantação, a Espanha baseia-se na coordenação de transplantes em níveis nacional, autônomo e hospitalar em que os dois primeiros são financiados pela administração sanitária nacional e a hospitalar como uma administração intra-hospitalar no qual o médico atua como coordenador e uma equipe de pessoas

treinadas no próprio hospital realiza as atividades referente a captação de órgãos. (COELHO e BONELLA, 2019)

O modelo adotado na Espanha, ainda, dispõe de um sistema de educação e divulgação na mídia e com um canal telefônico aberto, onde estão disponíveis informações sobre o processo de doação e transplante para as pessoas em geral, tendo como financiador do processo a Organização Nacional de Transplantes (ONT), que anualmente realiza reuniões com jornalistas para divulgar campanhas, além de realizar cursos anuais para profissionais do meio jurídico e forense, pois há doações que necessitam de autorização judicial. (COELHO e BONELLA, 2019)

Destaque também para a atividade permanente de cursos de formação com profissionais de urgência, emergência e de cuidados intensivos, desenvolvendo através de sociedades científicas constante formação dos envolvidos no processo. (COELHO e BONELLA, 2019)

Entre os motivos que favoreceram o sucesso do modelo, frisa-se, está o papel atribuído ao coordenador de transplantes, com o treinamento para a comunicação da notícia à família e a importância de se autorizar a doação, tendo a ONT capacitado mais de 18 mil coordenadores nesse sentido, conforme o Ministério de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad Espanhol.

Estes profissionais, geralmente, são especialistas em cuidados intensivos, sendo considerados para tanto, melhores para identificar os pacientes em risco de morte cerebral ou de parada cardiorrespiratória, duas circunstâncias onde os órgãos ditos sólidos ainda podem funcionar e serem transplantados.

A operação é gratuita, anônima e aberta aos residentes na Espanha apenas, com o intuito de evitar o tráfico.

Dispõe a lei espanhola que qualquer pessoa falecida pode ser doadora de órgãos, exceto se tiver manifestado em vida o contrário, mas, conforme Arthur Abbade Tronco (SARCINELLI e OBREGON, 2018, p. 48), o êxito espanhol não está exclusivamente em suas leis adotadas, mas também nas áreas das ciências políticas, sociais, da saúde e na administração, além das campanhas de conscientização feitas pelo estado e na eficiente e ágil rede de transplantes que lá existe.

A primeira lei a dispor sobre transplante de órgãos no país, ainda em vigor, foi a Lei 30/1979 que assim tinha em seu texto: (SARCINELLI e OBREGON, 2018)

Artículo segundo. No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso

gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido. Em ningún caso existirá compensación económica alguna el dorante, ni si exigirá al receptor precio alguno por el órgano transplantado.

Ainda nessa lei há a determinação de que para a retirada de órgãos após a morte do paciente se dê mediante comprovação anterior de morte encefálica, que conforme o primeiro artigo dessa mesma lei, deve ser assinado por três médicos, dentre eles um neurologista ou neurocirurgião e o chefe do serviço da unidade médica correspondente ou seu substituto. (SARCINELLI e OBREGON, 2018)

Por adotar o consentimento o presumido, a Espanha considera todos os indivíduos como potenciais doadores, salvo expressa negativa em vida, ou seja, a manifestação de vontade da família seria desnecessária, pois a ONT, definiu que no caso de falecimento a família deve firmar o consentimento ou não se opor a ela para proceder com a retirada dos órgãos, o que acaba por converter-se num consentimento condicionado à vontade dos familiares. (SARCINELLI e OBREGON, 2018)

7.3 SISTEMA FRANCÊS

Diversamente do que ocorre no Brasil, a França também adota o consentimento presumido. Com mudança na legislação francesa, datada de 1º de janeiro de 2017, o parlamentar do país decidiu que o ato se tornou automático, sem embargo do desejo da família. (BALAN, 2017)

Outrora, um terço das famílias francesas não autorizavam a retirada de órgãos de parentes falecidos, mesmo que pesquisas evidenciassem que cerca de 80% das pesquisas direcionassem para que as pessoas desejavam que fossem doados seus órgãos após a morte. (BALAN, 2017)

Com a inovação da lei no país, a doação somente não ocorrerá caso o cidadão se registre no cadastro nacional de recusa. Com a reforma, a família de um falecido será informada e não mais consultada, tempo em que caso insista na recusa, terá que comprovar através de provas e testemunhas de que o falecido era, em vida, contrário.

No ano de 2017 a França figurava em sétimo lugar na lista de doadores de órgãos reais em todo o mundo e em 2019 em quinto lugar, conforme a International Registry in Organ Donation and Transplantation. (2018).

7.4 SISTEMA NORTE AMERICANO

De acordo com a Organização Mundial de Saúde os Estados Unidos gastaram 17% doseu produto interno Bruto com saúde no ano de 2019, enquanto o Brasil investiu 9,2% do PIB,sendo que a única.

Nos Estados Unidos, a regulamentação de doação de órgãos é diferente nos cinquentaestados do país, sob a lei americana.

Na análise do sistema adotado neste país, a autonomia do doador é preservada até na doação post mortem, permitindo ao doador no modelo americano a escolha do destinatário de seus órgãos ou por testamento ou através de documento hábil. Foi com a lei uniforme de 1968 que inicialmente foi tratado o tema, especificadamente na seção II, o qual permite que qualquer pessoa psicologicamente capaz e que tenha 18 anos completos possa dispor do próprio corpo ou até mesmo parte dele.

Observa-se também que neste modelo o doador poderá escolher o receptor de seus órgãos havendo limitação em suas escolhas podendo recair sobre familiares ou não. No caso deo doador não escolher o receptor quando em vida, ao falecer seus órgãos serão direcionados aopara o Centro de transplantes.

8 A REALIDADE DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS NAS REGIÕES BRASILEIRAS

8.1 ASPECTOS GERAIS

Sendo referência na área de transplante de órgãos, o Brasil possui o maior sistema público de transplantes do mundo. Diz-se que quase 100% dos procedimentos são financiados pelo Sistema único de Saúde e por isso o país é considerado o segundo maior transplantador domundo, sendo o SUS o responsável por oferecer aos pacientes assistência integral e gratuita, desde os exames iniciais, procedimento e acompanhamento após o procedimento, conforme reportagem da revista pernambucana Algomais. (2019).

Contudo, a quantidade de transplantes realizados, a despeito da crescente dos procedimentos, é substancialmente menor à necessidade da população já que a proporção entre o número de candidatos à espera de um transplante não é correspondida pelo número de doadores disponíveis, ou seja, é insuficiente para atender à necessidade brasileira, considerandoque, dentre outros fatores, as baixas taxas de notificação de potenciais doadores e de efetivaçãode doação , a recusa de familiares, o desejo de não doação por parte do potencial doador e a demora no diagnóstico de morte encefálica consistem em pormenores a serem considerados nesta quantidade.

De 2012 até ano de 2019 a evolução anual dos doadores efetivos no Brasil por milhão de população – pmp – foi de 12,6 a 18,01, abaixo 10,5 % dos 20 pmp previstas em 2016, mesmotendo um aumento de 6,5% no ano. (ABTO, 2019)

O aumento ocorrido no ano de 2019 foi decorrente do aumento na taxa de potenciais doadores por morte encefálica, além de aumento em 7,1% na taxa de autorização familiar, que pela primeira vez naquele ano atingiu 60%. Importante salientar que nos cinco últimos anos a taxa de doadores falecidos com mais de 65 anos passou de 8% a 13% e a doação de crianças obteve uma queda de 25%. (ABTO, 2019)

Dentre os estados que mais se avultaram com taxas de notificação de potenciais doadores estão o Distrito Federal e o Paraná cuja taxa supera a 100 pmp. Com exceção dos transplantes pulmonares, houve um crescimento no ano de 2019, tendo o transplante renal ultrapassado os 6.000 procedimentos, o que equivale a 30 pmp. (ABTO, 2019)

8.2 REGIÃO NORTE

Dentre as cinco regiões existentes no Brasil o Norte do país possui a taxa mais baixa de procedimentos realizados. Conforme é demonstrado num estudo realizados por pesquisadores do programa de pós graduação em ciências e Tecnologias em saúde da Universidade de Brasília, os estados que tem a menor frequência de procedimentos realizados em residentes desses estados são Amapá, Roraima e Tocantins com um total de 196 transplantes realizados, sendo que 96 desses foram feitos no estado do Tocantins entre 2001 e 2017. (SOARES et al, 2020)

Observa-se que a desigualdade entre esta região e as demais é um reflexo das diferenças entre os índices de desenvolvimento humano municipais. No norte, dentre os estados que possuem o melhor indicador de transplante renal encontra-se o Pará. No que tange ao transplante hepático está o estado do Acre cujo centro de transplantes da região iniciou suas atividades em 2004. (SOARES et al, 2020).

8.3 REGIÃO NORDESTE

No ano de 2019 o estado de Pernambuco conquistou o primeiro lugar em número de transplantes de coração, rim, pâncreas e medula óssea, totalizando mais de vinte e dois mil procedimentos, no decorrer de 25 anos desde a criação da Central de Transplante instituído pelo Governo de Pernambuco. Dentro desse resultado o procedimento com maior número foi o de córnea, seguido de rim e medula óssea. Em 2016 esse lugar era ocupado pelo Estado do Ceará que estava em 5º lugar no ranking nacional, seguido por Pernambuco em 6º e Bahia em 11º. (ABTO, 2019)

Numa perspectiva regional, a região nordeste em 2012 apresentou um total de 1948 notificações de potenciais doadores por ano, o que equivale a 36,7 pmp naquele ano, sendo que o total de doações efetivas no ano foi de 466 procedimentos, equivalente a 8,8 pmp. (ABTO,2019)

Nota-se que houve aumento de notificações no decorrer dos anos nesta região, sendo que em 2018 essa quantidade passou a ser de 2.279, equivalente a 39,8 pmp, e em 2019 2.467, equivalente a 43,4 pmp. Desse número o total de doadores efetivos passou a 622 e 723, respectivamente. (ABTO, 2019)

Cumprido destacar que embora tenha ocorrido o aumento na taxa de notificações e doações efetivas, este número continua longe da necessidade da região tendo em vista que, conforme disponibilizado no sítio eletrônico do Ministério da Saúde, somente na Bahia havia em 2017 uma lista de espera com um total de 2.160 potenciais receptores ativos e semiativos.

8.4 REGIÃO CENTRO-OESTE

Figurando em quarto lugar das regiões que mais realizam transplantes no Brasil, em 2019, a região Centro-Oeste registrava cerca de 16 milhões de habitantes onde deste total havia 11,1 pmp de doações efetivas, números consubstanciados em transplantes de córnea, rim, fígado e coração. (ABTO, 2019)

Em números absolutos, o número de notificações de potenciais doadores por ano evoluiu de 671 em 2012 para 1.063 em 2019, o que gerou em número de doadores efetivos por ano em 98 e 179, respectivamente em doações de órgãos, diminuindo apenas com relação ao transplante de córneas que em 2012 apresentava 1.811 e em 2019, 1.276. (ABTO,2019)

Acresce que no Estado de Goiás entre os transplantes realizados em 2019, 531 foram de córneas, 219 de rim e 6 de fígado. No Mato Grosso do Sul foram 205 de córnea e 21 de rim. Já no Mato Grosso, foram realizados apenas 131 transplantes de córnea, já que é o único tipo de transplante que se realiza no ente federativo. (ABTO, 2019)

Percebe-se, ainda, que dentre as causas de não concretização da doação de órgãos de potenciais doadores notificados nos estados da Região Centro-Oeste, a recusa nas entrevistas possuem a maior porcentagem sendo de 68% para o estado de Goiás, 69% no Mato Grosso e 58% no Mato Grosso do Sul. (ABTO,2019).

8.5 REGIÃO SUDESTE

A região mais habitada do país possui também altos índices de procedimentos realizados dentro do panorama nacional. Dentre os quatro estados da Região, São Paulo é o que apresenta o maior número de transplantes realizados, perfazendo um total de 8.328. (ABTO, 2019)

Dentre os transplantes realizados no estado, o de córnea é o que possui o maior índice, 5.400, seguido pelo transplante de rim com 2.064, fígado, 689, coração 120 e pulmão 55. (ABTO, 2019).

O estado com o menor índice de transplantes nessa região é o Espírito Santo com 362 procedimentos realizados, onde cerca de 56% das causas de não concretização da doação de potenciais doadores se deu pela recusa nas entrevistas, 18% por contra indicação médica e 22% por morte encefálica não confirmada. (ABTO, 2019)

8.6 REGIÃO SUL

O sul é a região que possui o número mais elevado de doadores efetivos por milhão de pessoas. Possuindo um total de 29,8 milhões de habitantes em 2019, a região possui 36,1 pmp de doadores efetivos, tendo, assim como todas as outras regiões, o maior número de procedimentos em virtude do transplante de córnea, seguido do rim, fígado, pâncreas, coração e pulmão. (ABTO, 2019)

Dados do governo paranaense registram que o estado é líder nacional em doação de órgãos, além de indicar que nos meses de janeiro a agosto de 2019 o estado realizou 1.147 transplantes de córnea e no acumulado de 2011 a 2018 o estado alcançou 9.206 intervenções, creditando tal resultado ao trabalho integrado da Secretaria de Saúde e do Sistema Estadual de Transportes, inclusive registrando no ano de 2019 o menor número de recusas familiares em entrevistas para doação de órgãos no país, marcando apenas 24% de não aceitação em doar algum tipo de órgão de um parente. (PARANÁ, 2019)

Com efeito, o estado foi o pioneiro a concluir e aprovar um Plano Estadual de Doação e Transplante, com planejamento até 2022, possuindo quatro câmaras técnicas, sendo coração, fígado, rim e córneas. O Paraná dispõe de uma central Estadual de Transplantes responsável pela área administrativa e plantão, situada na sua capital, além de quatro Organizações de procura de órgãos, em Curitiba, Londrina, Maringá e Cascavel, possuindo cerca de 700 profissionais envolvidos, sendo 23 equipes de transplante de órgãos, 25 centros transplantadores de córneas e três bancos de córneas em atividade em Londrina, Maringá e Cascavel. (PARANÁ, 2019)

Já Santa Catarina, terminou o ano de 2019 com 332 doações efetivas e uma diminuição na taxa de não autorização das famílias em 25,12%. Em números absolutos de transplantes o estado tem um total de 1.077. (GONZAGA, 2020).

Quanto ao Rio Grande do Sul, segundo a Secretaria de Saúde do estado, foram registrados 689 transplantes, excetuando-se os de córnea. Surpreendentemente, dentre os 47 transplantes de pulmão realizados no Brasil, 43 foram feitos neste ente federativo. (SAÚDE, 2020)

8.7 SISTEMA ATUAL DA LISTA DE ESPERA

Sabendo-se que o Brasil, atualmente, possui o maior sistema público de transplante do mundo, tendo mais de 20 mil cirurgias anuais também é fato que o número de carências também cresceu tendo como maiores as listas de espera para os transplantes de rim, fígado e pâncreas/rim.

Baseadas na Lei 9.434/97, decreto 2.268/97 e portaria GM/MS nº2.600/09, cada órgão tem uma fila específica, administradas pela coordenação-geral do Sistema Nacional de transplantes, do Ministério da Saúde, através de sistema informatizado, tendo como principal característica o fato de não funcionarem por ordem de chegada e sim obedecendo a critérios médicos onde se observa três fatores determinantes, quais sejam, a compatibilidade de grupos sanguíneos, tempo de espera e gravidade da doença.

Assim, existindo a constatação pelo médico da necessidade de transplante em um paciente, a sua notificação é feita informando-o sobre a necessidade da intervenção, bem como o perigo do procedimento e da sua inclusão no cadastro de receptores.

Tendo como critérios para figurar na lista previstos no artigo 10 da Lei de Transplantes no artigo 7º, incisos II e III do decreto nº 2.268/97 há os seguintes requisitos:

Art. 7º Incumbe às CNCDOs:

II- promover a inscrição de potenciais receptores, como todas as indicações necessárias à sua rápida localização e à verificação de compatibilidade do respectivo organismo para o transplante ou enxerto de tecidos, órgãos e partes disponíveis, de que necessite

III- classificar os receptores e agrupá-los segundo as indicações do inciso anterior, em ordem estabelecida pela data de

inscrição, fornecendo-se-lhes o necessário comprovante;”

De outro lado, quando for constatada a morte encefálica de um paciente, o procedimento a ser tomado pelo hospital, é também a notificação a CNCDO, para que estes entrem em contato com as famílias no intuito de obter a autorização para remoção do órgão outecido.

Indubitavelmente, quando surge um doador a Central é informada e processará a seleção dos possíveis receptores para os vários órgãos, levando em conta que em certos casos o doador não será aceito quando, por exemplo, após a realização de exames, é constatado que é portador de alguma infecção, caso em que não serão aceitos os órgãos para transplante.

Nessa mesma linha de pensamento, o possível receptor do órgão que embora tenha sido selecionado para o transplante, em consequência de alguma complicação clínica ou pelo simples fato de não querer ser transplantado naquele momento, acaba sendo preterido em relação a outro possível receptor.

Além disso, a gravidade do estado de saúde do paciente é um fator determinante, poisos pacientes com maior risco de morte têm preferência.

Após a realização dos exames e obtenção do consentimento do receptor, a inscrição é feita na lista de espera no âmbito estadual, coordenada pelo CNCDOs, que fazem as indicaçõesnecessárias à sua rápida localização, disponibilizando ao receptor um comprovante com a indicação de sua ordem na lista de espera, que obedece ao critério da data de inscrição.

Necessário, ainda, esclarecer que é vedado a possibilidade de um mesmo receptor se inscrever em duas listas estaduais, e ocorrendo, o órgão central do SNT notificará o receptor para escolher dentre as duas no prazo de quinze dias, o qual passado o prazo sem manifestação será o receptor excluído da lista mais recente, fato que será comunicado à CNCDO onde foi realizada a inscrição para que seja tomada a mesma providência.

Em suma, o que se depreende é que o receptor deverá estar inscrito forçosamente na lista de espera estadual, na regional e nacional, possuindo assim, três níveis de integração o Sistema de Lista única.

Logo, inicialmente por questões de logística de transporte, o órgão do doador é viabilizado para um receptor do mesmo estado da federação. Não havendo receptor compatívelnaquele estado, serão convocados os doadores compatíveis em âmbito nacional, considerando ainda, o tempo de isquemia que é o prazo de duração que o órgão resiste sem irrigação fora docorpo.

9 BRASIL E OS OBSTÁCULOS NO TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS

É certo que são vários os problemas enfrentados no Brasil quando o assunto é Transplantes de órgãos. Desde a escassez de recursos à falta de conhecimento por parte da população de termos médicos, existem vários pontos que, se trabalhados, podem contribuir para o aumento na taxa de doação realizadas nos estados Brasileiros.

Quando se fala em transplantes de órgãos, a insuficiência quanto à obtenção de órgãos, assim como à estrutura necessária para realização deste procedimento, não é um problema apenas dos países subdesenvolvidos. Embora seja mais intenso nestes países, tal problemática atinge também os países desenvolvidos. (SCHRAMM e RIBEIRO, 2006)

Com efeito, aproximadamente 96% dos transplantes realizados no país é realizado pelo Sistema Único de saúde (SUS), de acordo com o Ministério da Saúde, onde pode ser observado que dentro os principais problemas encontrados na saúde pública estão, o quadro de profissionais desqualificados, o atendimento pouco humanizado, o escasso atendimento na emergência e o alto número de mortes, fatores este que de alguma maneira podem influenciar na diminuição de transplantes por milhão de pessoa.

Dentro dessa problemática é possível identificar quatro grandes grupos que podem ser utilizados como uma possível solução para tais problemas, consistentes em prevenção, progresso médico, aumento de obtenção de órgãos e tecidos e mecanismos e critérios de seleção. ((SCHRAMM e RIBEIRO, 2006)

Outro obstáculo que pode ser vislumbrado no tema é a questão da recusa familiar que representa um grande entrave à realização deste procedimentos cooperando para que o número de doadores seja insuficiente para atender à procura crescente de receptores em lista de espera, além de contribuir como um dos principais fatores responsáveis por sua escassez. (MORAIS e MORAIS, 2012)

Dentro os motivos para a recusa dos familiares em consentir com o transplante de órgãos estão: (MORAIS e MORAIS apud MORAES e MASSAROLO, 1995)

- A crença religiosa;
- À espera de um milagre;
- A não compreensão do diagnóstico de morte encefálica e a crença na reversão do quadro;

- A não aceitação da manipulação do corpo;
- O medo da reação da família;
- A inadequação da informação e a ausência de confirmação da morte encefálica;
- A desconfiança na assistência e o medo do comércio e órgãos;
- A inadequação do processo de doação;
- O desejo do paciente falecido, manifestado em vida, de não ser um doador de órgãos;
- O medo de perda do ente familiar.

9.1 A INFLUÊNCIA RELIGIOSA

Segundo o IBGE foi divulgado em 2010 o Censo sobre religião declarada pelos brasileiros onde foi indicado que há cerca de 92% como adeptos de alguma vertente religiosa. Como consequência desse quadro, pertinente se faz esclarecer a visão das diferentes religiões sobre a doação de órgãos já que as mais significativas taxas de recusa familiar associam-se a indivíduos com maior religiosidade. (GARCIA et al, 2015)

Partindo da premissa que a religião interfere no modo de vida e na tomada de decisão de seus praticantes, é indispensável o esclarecimento acerca da visão das religiões sobre a doação de órgãos e tecidos, pois o desconhecimento e a divergência de pensar podem colaborar para a recusa familiar, derrubando em consequência o caráter social do procedimento.

Mesmo diante da informação de que a maioria das religiões defende a prática da doação de órgãos como um ato de amor ao próximo, algumas delas, por exemplo, aceita o procedimento apenas quando não há troca de sangue. (GARCIA et al, 2015)

Segundo a Central de Transplantes do Rio Grande do Sul, em 2016, foi identificado uma tendência à aumento da negativa familiar e, no Brasil, o percentual é ainda maior, onde cerca de 11% das famílias que negam o procedimento o fazem por motivos religiosos.

Nesse sentido, é de grande valia que debates e discussões dentro das diversas religiões existentes no país aconteçam entre seus participantes, sempre respeitando e compreendendo suas decisões e convicções, mas sempre corroborando para a adequada instrução quando ao ato em si.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como o conhecimento sobre procedimento e legislação dos transplante de órgãos é necessário dada sua importância no prolongamento da vida, bem este considerando primordial dentro do ordenamento, não só brasileiro, mas mundial.

A necessidade do ser humano impulsionado pela busca de técnicas que atendessem a ao seu próprio desenvolvimento esbarra em inúmeras questões de cunho social, jurídico e médico em que muitas das vezes não corrobora com seu desenvolvimento ou sua função.

Historicamente é possível visualizar a evolução dos transplantes de órgãos visto a partir do *modus operandi* deste procedimento que sequencialmente foi inovado, melhorado e trabalhando e que proporcionou uma modificação circunstancial do ponto de vista clínico e jurídico versando, ainda, sobre conceitos determinados que viabilizam uma perspectiva ampla de como a vida pode ser trabalhada em sua mais variada complexidade.

O procedimento cirúrgico compreende etapas clínicas com a finalidade de salvar a vida de milhares de pessoas e é esperado por inúmeros pacientes nos corredores de hospitais ao redor do mundo. Seus conceitos são os mais variados e por vezes não é conhecido nem mesmo pelos profissionais de saúde que laboram diariamente com pacientes das mais variadas vertentes da medicina o que de fato se mostra ainda mais perceptível quando se trata de pessoas comuns que sequer possuem o conhecimento básico de questões simples no que se refere a sua própria saúde.

Nesse aspecto é possível, também, identificar dúvidas sobre seu regramento atual do ponto de vista das leis brasileiras ao passo que questões como consentimento familiar e autorização do doador são vistos de maneiras distintas por cada participante do processo. Questões como o fundamento do transplantes de órgãos dentro do ordenamento jurídico similarmente é pouco conhecido pelos profissionais da saúde e pela população.

Diante dessas questões entende-se necessário a compreensão dos conceitos médicos e jurídicos que cercam o tema deste trabalho com vistas a responder questões que implicam necessariamente no aumento de procedimentos a serem realizados e conseqüentemente diminuição das causas que impossibilitam sua realização.

A morte é um acontecimento natural de conhecimento mundial, mesmo não sabendo exatamente quando de fato acontecerá. Com as inúmeras descobertas realizadas pela ciência questões como o protocolo de abertura do procedimento é tão vital como o conhecimento acerca da morte encefálica.

Como pode-se perceber, em alguns casos, nem mesmo os médicos conhecem esse funcionamento e por esse motivo acaba por implicar na queda dos transplantes realizados, conforme tabelas apresentadas, fazendo necessário que essas questões sejam discutidas tanto em no âmbito interno como externo das redes hospitalares.

Um procedimento eficiente para que se produza resultados satisfatórios perpassa por questões do tipo, pois além dos quesitos clínicos implicam ainda questões de ordem subjetiva como as que versam sobre o preparo e cuidados a serem tomados pela equipe que fará a entrevista da família.

Quanto as questões jurídicas necessário se faz dar prioridades a evoluções pertinentes com intuito de melhora-las ou até mesmo rediscuti-las proporcionando, inclusive à população, acesso a questões que possam acompanhar a evolução do pensamento da população.

Muito pouco se sabe acerca dos transplantes de órgãos até mesmo dentro dos meios hospitalares e jurídicos que sequer têm discussões sobre os direitos que viabilizam o exercício desse direito e as questões que comumente trabalham em seu dia a dia. Indagações sobre o consentimento familiar ou a autorização em vida não são discutidas dentro desses ambientes, questões essas que poderiam ser incisivas para um adequado regramento que poderia consubstanciar o trato diferenciado sobre a matéria com vistas até mesmo a sua mudança.

Nota-se que mesmo através dessa crescente evolução que vivem os brasileiros e a crescente melhora nos dados regionais no número de transplantes realizados, a doação de órgãos necessita de discussões que precisam estar no cotidiano das pessoas, dos políticos e até mesmo dos profissionais de saúde, seja conhecendo como outros países tratam do assunto, seja para analisar como impossibilitar problemas que apenas implicam na sua prosperidade, pois quaisquer assuntos a serem abordados sobre o tema tem apenas uma única finalidade que é a vida do ser humano, o respeito a sua dignidade consubstanciada em direitos inerentes a vida, autonomia e disposição solidária do próprio corpo.

REFERÊNCIAS

_____. Brasil tem o maior sistema público de transplante do mundo. **Revista Algomais**. Dezembro de 2019. Disponível em: <http://revista.algomais.com/saude/brasil-tem-o-maior-sistema-publico-de-transplantes-do-mundo>. Acesso em: 03/08/2020.

ABTO, Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. **Diretrizes básicas para captação eretirada de múltiplos órgãos e tecidos da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos**. Outubro de 2009. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/pdf/livro.pdf>>. Acesso em: 21/07/2020.

ABTO, Registro Brasileiro de Transplantes. **Dimensionamento de Transplantes no Brasil eem cada estado**. Ano XXV nº4. Disponível em: <https://site.abto.org.br/publicacao/rbt-2019/>. Acesso em 04/08/2020.

ADRIOLLI, Lívia Meneghel. **Transporte de órgãos para Transplante**. Março de 2015. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/transporte_de_orgaos_para_transplantes_0.pdf. Acesso em: 31/07/2020.

ALMEIDA, Elton Carlos de. **Doação de órgãos e visão da família sobre a atuação dos profissionais neste processo**: revisão sistemática da literatura brasileira. 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/22/22131/tde-19012012-105053/publico/EltonCarlosdeAlmeida.pdf>. Acesso em: 05/09/2020.

AMARAL, Débora Maria Gomes Messias. **Tráfico de órgãos**: um crime invisível. Setembro de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68814/trafico-de-orgaos-um-crime-invisivel/2>. Acesso em: 14/11/2020.

AMARAL, Débora Messias. **Transplantes de órgãos no Brasil**. Junho de 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83608/transplante-de-orgaos-no-brasil>. Acesso em: 14/11/2020.

ANDRADE, Almir Ferreira de et al. **Coma e outros estados de consciência**. 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/Felipe/Downloads/59185-Texto%20do%20artigo-76094-1-10-20130726.pdf>. Acesso em: 15/11/2020.

BALAN, Mariana. **França muda lei e torna doação de órgãos automática**. Janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/mundo/franca-muda-lei-e-torna-doacao-de-orgaos-automatica-enjm2peyae93ltnb5jystoym3/>. Acesso em: 22/09/2020.

BERTI, Silma Mendes. **Direitos de Personalidade**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-da-personalidade/>. Acesso em 02/10/2020.

BORTONCELLO, Franciellen. **Direitos da Personalidade**: Uma nova categoria de direitos a ser tutelada. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021795.pdf>. Acesso em: 07/11/2020.

BRANCO, Klébia Castelo. NETO, João David de Souza. MEIJA, Juan Cosquilo. JUNIOR, Valdester C. Pinto. **Transplante de coração um caminho para a vida**. Editora Ipeph, 2018.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Lista de espera**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/11/regiao-2/BA.pdf>. Acesso em: 12/08/2020

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **IV Jornada de Direito Civil**. 2007. Organização: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2007. 2 v. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 11/06/2020.

BRASIL. **Decreto 879 de 22 de julho de 1993**. Regulamenta a Lei 8.489, de 18 de novembro de 1992, que dispõe sobre a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos, científicos e humanitários. Brasília, DF. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/113191/decreto-879-93>. Acesso em 05/09/2020.

BRASIL. Fundação Banco de Olhos. **As duas pernas**. Goiânia; 2000 [Folder]

BRASIL. **Lei 4.280, de 06 de novembro de 1963**. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Brasília, DF. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4280-6-novembro-1963-353353-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20extirpa%C3%A7%C3%A3o%20de%20%C3%B3rg%C3%A3o%20ou%20tecido%20de%20pessoa%20falecida.&text=>

2%C2%BA%20A%20extirpa%C3%A7%C3%A3o%20de%20outras,Art.. Acesso em: 05/09/2020.

BRASIL. **Lei 5.479 de 10 de agosto de 1968.** Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica e dá outras providências.

Brasília, DF. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19501969/L5479.htm#:~:text=LEI%20N%C2%B

[A%205.479%2C%20DE%2010%20DE%20AGOSTO%20DE%201968.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20retirada%20e,cient%C3%ADfica%2C%20e%20d%C3%A1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19501969/L5479.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20retirada%20e,cient%C3%ADfica%2C%20e%20d%C3%A1)

[20outras%20provid%C3%AAncias.&text=1%C2%BA%20A%20disposi%C3%A7%C3%A3o%20gratuita%20de,permitida%20na%20forma%20desta%20Lei](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19501969/L5479.htm#:~:text=1%C2%BA%20A%20disposi%C3%A7%C3%A3o%20gratuita%20de,permitida%20na%20forma%20desta%20Lei). Acesso em: 05/09/2020.

BRASIL. **Lei 8.489 de 18 de novembro de 1992.** Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em:

<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/127766/lei-8489-92>. Acesso em: 05/09/2020.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 11/07/2020

BRASIL. **Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001.** Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento". Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.htm. Acesso em: 11/07/2020

BRASIL. Ministério da defesa. **CGNA coordena o transplante de órgãos pela FAB.** 2018. Disponível em:

<https://www.fab.mil.br/noticias/mostra/32842/DOA%C3%87%C3%83O%20DE%20C3%9>

[3RG%C3%83OS%20%20CGNA%20coordena%20o%20transporte%20de%20%C3%B3rg%C3%A3os%20pela%20FAB](https://www.fab.mil.br/noticias/mostra/32842/DOA%C3%87%C3%83O%20DE%20C3%9). Acesso em: 13/11/2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Tráfico de pessoas uma abordagem para os direitos humanos**. 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf. Acesso em: 14/11/2020.

BRITO, Livia Diederichsen. PRIEB, Rita Gomes. **Fatores de interferência no processo de doação de órgãos e tecidos**: Revisão de literatura. 2013. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/JBT/2012/2.pdf>. Acesso em: 15/11/2020.

CINQUE, Valdir Moreira. BIANCHI, Estela Regina Ferraz. **Estressores vivenciados pelos familiares no processo de doação de órgãos e tecidos para transplante**. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/reeusp/v44n4/20.pdf>. Acesso em: 15/11/2020.

COELHO, Gustavo Henrique de Freitas. BONELLA, Alcino Eduardo. **Doação de órgãos e tecidos humanos**: a transplantação na Espanha e no Brasil. Setembro de 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422019000300419. Acesso em: 22/09/2020.

CRUZ, Elaine Patrícia. **Principal motivo para a não doação de um órgão é a negativa familiar**. Agência Brasil, setembro de 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-09/principal-motivo-para-nao-doacao-de-um-orgao-e-negativa-familiar>. Acesso em: 20/07/2020.

DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL. 27 de abril a 01 de maio de 2008. Disponível em: http://www.declarationofistanbul.org/images/stories/translations/doi_portuguese.pdf. Acesso em: 14/11/2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 29ª Edição. Editora Saraiva. 2012. DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. Editora São Paulo, 2011.

FACHINI, Mônica. **Análise Logística de Transporte de órgãos e Tecidos para fins de Transplantação**. Disponível em: <https://www.imed.edu.br/Uploads/M%C3%94NICA%20FACHINI.pdf>. Acesso em: 31/07/2020.

ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. **La Organización Nacional de Trasplantes celebra su 25 aniversario con pacientes y profesionales de toda la red trasplantadora española**. Madrid: MSSSI; 2014, p. 5. Disponível em: <https://bit.ly/2ImgYG9>. Acesso em: 05/05/2020

FOSS, Stein et al. **Doctors' attitudes to organ donation.** 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263208933_Doctors'_attitudes_to_organ_donation. Acesso em: 15/11/2020.

GARCIA, Valter Duro, VITOLA, Santo Pascual, PEREIRA, Japão Drose. **Doação e transplante de órgãos e tecidos.** 2015. Disponível em: <http://www.adote.org.br/assets/files/LivroDoacaOrgaosTecidos.pdf>. Acesso: em 30/07/2020.

GARCIA, Valter Duro, et al. **Manual de doação e transplantes.** 2017. Disponível em: <http://uap.heufpel.com.br/wp-content/uploads/sites/6/2016/12/Manual-dos-Transplantes-ok.pdf>. Acesso em: 14/08/2020.

GARRIDO, Samantha Santana. **Doação de órgãos e tecidos post mortem: uma análise da manifestação da vontade do doador à luz do sistema jurídico brasileiro.** 2013. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Samantha%20Santana%20Garrido.pdf>. Acesso em: 14/11/2020.

GOES, Winnicius Pereira. **TRANSPLANTE E COMERCIALIZAÇÃO DE ÓRGÃOS: Limites à disponibilidade do corpo humano.** 2011. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/31.pdf>. Acesso em: 31/07/2020.

GOMES, Rosângela Maria. **Análise de sobrevida do enxerto de pacientes transplantados renais em esquema de manutenção imunossupressora no SUS, Brasil: 2000 – 2010.** 2015. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASXLX3/1/dissertao_mestrado_ros_ngelamariagomes_maio_2015.pdf. Acesso em: 11/07/2020.

GONZAGA, Luiz. **Santa Catarina bate recorde de doação de órgãos em 2019.** Janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/santa-catarina-bate-recorde-de-doacoes-de-orgaos-em-2019>. Acesso em: 14/09/2020.

GRAY, Susan Heinrichs. **Transplants:** 2009, Cherry Lake Pub. Disponível em: <https://openlibrary.org/books/OL16444297M/Transplants>. Acesso em: 13/03/2020.

HOLMES, Richard. **Cape Town's inspiring medical marvel.** Abril de 2019. Disponível em: <http://www.bbc.com/travel/story/20190410-cape-towns-inspiring-medical-marvel>. Acesso em: 21/07/2020.

INTERNACIONAL, Rádio França. **Projeto de Lei que amplia doação de órgãos gerad debate na Alemanha.** Janeiro de 2020. Disponível em:

<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/01/16/projeto-de-lei-que-amplia-doacao-de-orgaos-gera-debate-na-alemanha.ghtml>. Acesso em: 22/09/2020.

IRODAT. International Registry on organ donation and Transplantations.

Junho de 2018. Disponível em:

https://www.irodat.org/img/database/pdf/NEWSLETTER2018_June.pdf. Acesso em: 22/09/2020

KRASTINS, Rosana Guida. **Direitos ao transplante de órgãos e tecidos como um direito da personalidade.** Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp029442.pdf>. Acesso em: 25/09/2020.

Lamb D. *Transplante de Órgãos e Ética*. Trad. Jorge Curbelo. São Paulo: Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos/Editora Hucitec, 2000.

LIMA, Walber Cunha. **Os direitos da personalidade e o transplante de órgãos humanos no Brasil.** Disponível em:

file:///C:/Users/Felipe/Downloads/193-Texto%20do%20artigo-652-1-10-20110310%20(1).pdf. Acesso em: 08/11/2020.

MARCK, Claudia H. **Australian emergency doctors' and nurses' acceptance and knowledge regarding brain death: a national survey.** Maio de 2015.

Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22583165/>. Acesso em: 15/11/2020.

MARINHO, Alexandre. **Um estudo sobre as filas de transplante no Sistema Único de Saúde brasileiro.** Outubro de 2006. Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006001000029. Acesso em: 15/11/2020.

MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas, LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira, LIMA, Yara Oyrarn Ramos, COSTA Ediná Alves. **Os conflitos do consentimento acerca da doação de órgãos post mortem no Brasil.** Disponível em:

file:///C:/Users/carde/Downloads/111657-Texto%20do%20artigo-201541-1-10-20160301%20(2).pdf. Acesso em: 16/07/2020.

MEDICINA, Conselho Federal, **CFM atualiza resolução com critérios de diagnóstico da morte encefálica.** Dezembro de 2017. Disponível em:

https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27329:2017-12-12-11-27-28&catid=3. Acesso em: 17/07/2020.

MIRANDA, Maramélia. **Nova resolução do CFM sobre Morte Encefálica**. Disponível em: <http://www.ineuro.com.br/nova-resolucao-do-cfm-sobre-morte-encefalica/>. Acesso em: 16/07/2020.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MORAIS, Maricelma Ribeiro. MORAIS, Taise Ribeiro. **Doação de órgãos: é preciso educar para avançar**. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042012000400015. Acesso em: 14/11/2020.

MORSCH, José Aldair. **Protocolo de morte encefálica: Conceito, atualizações e regras gerais do Brasil**. Fevereiro de 2020. Disponível em: <https://telemedicinamorsch.com.br/blog/protocolo-de-morte-encefalica>. Acesso em: 24/08/2020.

NCAP, Instituto Israelita de Responsabilidade Social Projeto Núcleo de Captação de órgãos. **Manual do Núcleo de Captação de Órgãos**. Iniciando uma comissão Intra-Hospitalar de Doação de Órgãos e Tecidos para transplantes – CIHDOTT. Disponível em: <https://www.einstein.br/Documentos%20Compartilhados/manual-ncap.pdf>. Acesso em: 20/07/2020.

PARANA, Agências de Notícias do. **Paraná é líder em doação de órgãos para transplante no Brasil**. Setembro de 2019. Disponível em: <http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=103917&tit=Parana-e-lider-em-doacao-de-orgaos-para-transplante-no-Brasil>. Acesso em: 14/09/2020.

PERILO, Bruna. **Órgãos do corpo humano: Quais são, funções e características**. Maio de 2020. Disponível em: <https://conhecimentocientifico.r7.com/orgaos-do-corpo/>. Acesso em: 11/05/2020

REBELO, Tertius. **Doação de órgãos entre pessoas vivas e suas regras**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58107/doacao-de-orgaos-entre-pessoas-vivas-e-suas-regras>. Acesso em: 16/07/2020.

REDAÇÃO, Vida e Ação. **Doação de órgãos após a morte: quanto tempo é necessário?** Setembro de 2019. Disponível em: <https://www.vidaacao.com.br/doacao-de-orgaos-apos-a-morte-quanto-tempo-e-necessario/#:~:text=Exames%20rigorosos%20confirmam%20morte%20encef%C3%A1lica&text=Ap%C3%B3s%20a%20morte%20encef%C3%A1lica%2C%20o,ser%20mais%20aproveitados%20para%20doar%20%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 14/07/2020.

REGISTRO Brasileiro de Transplantes, **Dimensionamento dos Transplantes no Brasil e em cada Estado**. Ano XXV, nº 4. Disponível em:

<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2019/RBT-2019-leitura.pdf>. Acesso em: 12/07/2020.

RIBEIRO, Bárbara Maria Dantas Mendes. **Uma análise dos aspectos gerais do princípio adignidade da pessoa humana**. Julho de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67466/uma-analise-dos-aspectos-gerais-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 13/11/2020.

SANTOS, Marcelo José dos, MASSAROLLO Maria Cristina Komatsu Braga, MORAES, Edvaldo Leal de. **Entrevista familiar o processo de doação de órgãos e tecidos para transplante**. Outubro de 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/ape/v25n5/22.pdf?origin=publication_detail. Acesso em: 20/07/2020.

SARCINELLI, Andreza Rocha Dias e OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. **A doação de órgãos post mortem à luz das legislações brasileira, espanhola e portuguesa**. Abril de 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-doacao-de-orgaos-post-mortem-a-luz-das-legislacoes-brasileira-espanhola-e-portuguesa/>. Acesso em: 31/07/2020.

SAÚDE, Ministério da Saúde. **Transplante de órgãos e tecidos**. 2015. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/dicas-em-saude/2100-transplante-de-orgaos-e-tecidos>. Acesso em: 11/07/2020.

SCHEIN, Alaor Ernst. **Avaliação do conhecimento dos intensivistas de Porto Alegre sobremorte encefálica**. 2006. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/8541/000579571.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15/11/2020.

SCHRAMM, Fermin Roland. RIBEIRO, Carlos Dimas Martins. **Atenção médica, transplante de órgãos e tecidos e políticas de focalização**. 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006000900026. Acesso em: 12/11/2020.

SENADO, Agência. **Doação de órgãos poderá ser feita sem autorização de familiares, decide CCJ**. Maio de 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/22/doacao-de-orgaos-podera-ser-feita-sem-autorizacao-de-familiares-decide-ccj>. Acesso em: 03/08/2020.

SILVA, Andiará Roberta. NETO, Theobaldo Spengler. **Transplante de órgãos e tecidos uma abordagem constitucional**. Março de 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7541/transplantes-de-orgaos-e-tecidos>. Acesso em: 01/08/2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Letícia Santana da Silva et al. **Transplantes de órgãos sólidos no Brasil: estudo descritivo sobre desigualdades na distribuição e acesso no território brasileiro, 2001-2017**. Abril de 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222020000100310. Acesso em: 04/08/2020.

SUL, Secretaria de Saúde do Rio Grande do Sul. **Entenda como funciona o processo de transplantes**. 2020 Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/como-funciona-o-processo-de-transplante>. Acesso em: 16/07/2020.

TANNOUS, Luana Alves et al. **Manual para notificação diagnóstico de morte encefálica e manutenção do potencial doador de órgãos e tecidos**. 2018. Disponível em: <http://coimplante.odo.br/Biblioteca/Publica%C3%A7%C3%B5es%202019/Protocolo%20de%20Morte%20Encef%C3%A1lica%2003.09%20novo.pdf>. Acesso em: 12/08/2020.

TEIXEIRA, Renan Kleber Costa et al. **A intenção de doar órgãos é influenciada pelo conhecimento populacional sobre morte encefálica**. Setembro de 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103507X2012000300009&script=sci_arttext&tlng=p t. Acesso em: 15/11/2020.

UBIRATAN, Edmundo. **Conheça a complexa logística do transplante de órgãos para transplante**. Disponível em: https://aeromagazine.uol.com.br/artigo/conheca-complexa-logistica-de-transporte-de-orgaos-para-transplante_4652.html. Acesso em: 13/11/2020.

WEBER, Fernanda. Transplante de órgãos e tecidos post mortem e a autonomia da vontade do doador versus autorização da família do de cujus. **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5883, 10 ago. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61234>. Acesso em: 5 set. 2020.

WIKIPÉDIA. **Declaração de Istambul**. Janeiro de 2017. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Istambul#:~:text=A%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Istambul%20foi,%2C%20em%20Istambul%2C%20na%20Turquia. Acesso em: 14/11/2020.

DO ACOLHIMENTO DO IDOSO EM INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA E RESIDÊNCIA TERAPÊUTICA

FÁBIO MAGALHÃES PINTO:
Defensor Público do Estado do
Maranhão

RESUMO: Em um país com graves problemas sociais como o nosso, é comum vermos idosos em situação de abandono, sendo que estes podem ocorrer pelos mais diversos motivos. Não obstante, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado criou as Instituições de Longa Permanência e as Residências Terapêuticas, cujo o objetivo é amparar os idosos que não possuem membros da família que possam acolhê-los. Nesse artigo, pretendemos analisar a diferença entre as Instituições de Longa Permanência e as Residências Terapêuticas bem como o direito sob o qual se fundamentam.

Palavras-chave: Idosos em situação de abandono. Direito à saúde. Instituições de Longa Permanência. Residências Terapêuticas.

ABSTRACT: in a country with serious social problems like ours, it is common to see elderly people in a situation of abandonment, and these can occur for many different reasons. Nevertheless, based on the principle of human dignity, the State created Long-Term Institutions and Therapeutic Residences, whose objective is to support the elderly who do not have family members who can accommodate them. In this article, we intend to analyze the difference between Long-Term Institutions and Therapeutic Residences, as well as the law on which they are based.

Keywords: Access to justice. Public Defense. Poverty. Vulnerability.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 *Do Direito Fundamental à Saúde*. 3 Do acolhimento em Instituições de Longa Permanência. 4 Das Residências Terapêuticas. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Infelizmente, é muito comum vermos idosos portadores de transtornos psiquiátricos sem vínculos com familiares, o que acaba os levando a uma condição de vida desprovida de dignidade, muitas vezes, vivendo em situação de rua

No intuito de amparar esse grupo da população, a legislação brasileira prevê, além de todos os direitos aplicáveis aos idosos em geral, uma série de medidas destinadas a protegê-los.

Entre tais medidas destacam-se a colocação do idoso em Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPI) e as Residências Terapêuticas, que serão objeto de estudo nesse artigo.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A saúde, à luz do art. 196 da Constituição Federal, é direito de todos e dever do Estado, garantida sempre através de políticas públicas sociais e econômicas, pelo que não pode o Ente Público esquivar-se de seu dever constitucional, transformando o direito à saúde em inconsequente promessa constitucional, sob pena de, frustrando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

A proteção Constitucional do Direito à saúde, corolário do Direito à vida, se inicia no artigo 1º da Constituição Federal, que elegeu a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Logo, demonstrou a indispensabilidade de medidas aptas a proporcionar uma vida com dignidade, o que se consagra de maneira premente com o elenco de direitos e garantias fundamentais constantes do artigo 5º e resumidos no seu caput, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Destarte, entende-se ser impossível a dissociação entre os vetores da Dignidade da Pessoa Humana do direito à vida e à saúde. Oportuna a averiguação da posição adotada por nossa Suprema Corte ao reconhecer:

O direito a saúde [...] representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (AgRg no RE n. 271.286-8/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. Em 12.9.2000, Boletim de Direito Administrativo, ago. 2001, p. 641). (Grifo nosso)

Importante consignar que a previsão do direito à vida possui uma íntima relação com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, vale dizer, o da Dignidade da Pessoa Humana, relacionado no art. 1º, III, da CF, cujo conteúdo demanda atuação do

Estado para que não se torne letra morta. Em outras palavras, qualquer previsão legal ou atitude tomada pelo Poder Público que provoque como consequência o esvaziamento do direito à vida trará, como corolário, o desrespeito à Dignidade da Pessoa Humana, pois são dois vetores considerados igualmente fundamentais pela Constituição.

A saúde é direito humano fundamental, cuja proteção se inicia de modo específico no artigo 6º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. O dispositivo inserto no art. 196 da CF/88 preconiza que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, cabendo a este, portanto, resguardá-lo, sob pena de afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Através da redação do citado artigo, conclui-se que o constituinte originário impôs a todos os entes federativos o dever de zelar pela saúde dos brasileiros, a saber:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Partindo de tal entendimento, é oportuno mencionar:

[...] converte-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RE 393.175-AgR/RS Min. Celso de Mello).

Diante dessas preleções, os direitos constitucionais à vida e à saúde – como maneira de garantir a primeira com qualidade e não a mera sobrevivência – são afirmados como direitos fundamentais inalienáveis e invioláveis, compreendidos como base principiológica que nortearão a aplicação de todas as normas previstas no ordenamento jurídico, em uma exegese que deverá, necessariamente, ter por base o arcabouço constitucional.

Ademais, o legislador ordinário apontou, na Lei nº 8.080/90, o caráter fundamental do direito à saúde, além de fixar a garantia do bem-estar físico, mental e social das pessoas, por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo-se no

campo de atuação do Sistema Único de Saúde a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, *in litteris*.

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e **no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação...**

Art. 3º [...]

Parágrafo único. **Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.**

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

- a) de vigilância sanitária;
- b) de vigilância epidemiológica;
- c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Em suma, a integralidade de assistência deve ser entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema.

3 DO ACOLHIMENTO EM INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA

Não há dúvida de que aos entes públicos incumbe, nos termos do art. 230, *caput*, da Constituição Federal, o amparo às pessoas idosas, a saber:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade,

defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Além disso, ainda prevê o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), em seu art. 3º, que "é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária".

O Serviço de Acolhimento Institucional para Idosos - Instituição de Longa Permanência para Idosos (ILPI) é um serviço da Proteção Social Especial de Alta Complexidade do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), regulamentado pela Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, aprovada pela Resolução do CNAS nº 109/2009.

De acordo com a Resolução – RDC nº 283, de 26 de setembro de 2005 (item 3.6, do ANEXO), da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, **as Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPI)** consistem em instituições governamentais ou não governamentais, de *caráter residencial*, destinada a *domicílio coletivo de pessoas com idade igual ou superior a 60 anos*, com ou sem suporte familiar, em condição de liberdade e dignidade e cidadania, e é um serviço de proteção do Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

4 DAS RESIDÊNCIAS TERAPÊUTICAS

As Residências Terapêuticas são locais mais adequados para acolher pessoas com sofrimento ou transtorno mental, pois acolhem moradores de rua com transtorno mental severo, quando inseridos em projetos terapêuticos anteriores.

A Portaria de Consolidação nº 3/2017, do Ministério da Saúde, alterada pela Portaria nº 3.588/2017, traz a definição das residências terapêuticas em seu art. 77, parágrafo único (Anexo V Rede de Atenção Psicossocial - RAPS), *in verbis*:

Art. 77. Ficam criados os Serviços Residenciais Terapêuticos em Saúde Mental, no âmbito do Sistema Único de Saúde, para o atendimento ao portador de transtornos mentais. (Origem: PRT MS/GM 106/2000, Art. 1º).

Parágrafo Único. Entende-se como Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT) moradias inseridas na comunidade, destinadas a cuidar dos portadores de transtornos mentais crônicos com

necessidade de cuidados de longa permanência, prioritariamente egressos de internações psiquiátricas e de hospitais de custódia, que não possuam suporte financeiro, social e/ou laços familiares que permitam outra forma de reinserção. (Redação dada pela PRT GM/MS nº 3588 de 21.12.2017).

O art. 79, parágrafo único, da Portaria, dispõe que os Serviços Residenciais Terapêuticos deverão acolher pessoas com internação de longa permanência, assim considerada quando perdurar por mais de dois anos ininterruptos:

Art. 79. Os SRT deverão acolher pessoas com internação de longa permanência, egressas de hospitais psiquiátricos e hospitais de custódia. (Origem: PRT MS/GM 106/2000, Art. 2º-A)

(...)

Parágrafo Único. Para fins deste Título, será considerada internação de longa permanência a internação de 2 (dois) anos ou mais ininterruptos. (Origem: PRT MS/GM 106/2000, Art. 2º-A, Parágrafo Único)

Art. 80. Os SRT serão constituídos nas modalidades Tipo I e Tipo II, definidos pelas necessidades específicas de cuidado do morador, conforme descrito no Anexo 4 do Anexo V. (Origem: PRT MS/GM 106/2000, Art. 2º-B)

§ 1º São definidos como SRT Tipo I as moradias destinadas a pessoas com transtorno mental em processo de desinstitucionalização, devendo acolher até no máximo 10 (dez) moradores. (Redação dada pela PRT GM/MS nº 3588 de 21.12.2017)

§ 2º São definidos como SRT Tipo II as modalidades de moradia destinadas às pessoas com transtorno mental e acentuado nível de dependência, especialmente em função do seu comprometimento físico, que necessitam de cuidados permanentes específicos, devendo acolher no máximo 10 (dez) moradores.

Desta feita, conclui-se que o idoso que não possui suporte familiar e sem indicação médica de internação hospitalar, é elegível para o Serviço de Residência Terapêutica.

Nesse sentido, seguem alguns julgados que incluem a colocação em instituição adequada de residência terapêutica entre as prestações compreendidas pelo dever

estatal de efetivar o direito à saúde e proteger as pessoas com deficiência mental, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA. DIREITO À SAÚDE. INCLUSÃO DE PACIENTE PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA EM SERVIÇO DE RESIDÊNCIA TERAPÊUTICA (SRT). 1.O Ministério Público, como legitimado extraordinário, propôs a presente ação civil pública, objetivando seja o réu compelido a incluir paciente em serviço de residência terapêutica, alegando que se trata de pessoa interdita, cuja alta médica já foi deferida, mas que não tem condições de estar com sua família natural, uma vez que sua genitora é falecida, os parentes próximos se recusam em lhe prestar assistência e sua irmã por afinidade afirmou não ter condições financeiras de lhe prestar assistência. 2.A sentença proferida confirmou os efeitos da tutela de urgência concedida e julgou procedente os pedidos para condenar o Município de Magé a promover a inclusão do paciente em Serviço de Residência Terapêutica, até que seja possível sua reinserção familiar, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00. 3.Apelo do Município de Magé. Sentença mantida. 4.Rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa, considerando-se que a presente hipótese versa sobre matéria de direito, sendo suficientes a prova documental existente nos autos para julgamento do feito, mormente os documentos oriundos do processo administrativo nº 0183/2012 instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, referente à interdição do paciente, já que ele é acometido por anomalia psíquica e não dispõe de genitores ou parentes próximos capazes de lhe prestar cuidados. 3. Direito à saúde assegurado constitucionalmente. Artigos 6º e 196 da Constituição Federal. 4.Responsabilidade solidária dos Entes Federativos. Aplicação do enunciado 65 da súmula do TJRJ. 5. Serviço de residência terapêutica (SRT) que se pauta na reabilitação psicossocial, na humanização do atendimento psiquiátrico e na redução das internações hospitalares, consoante preceitua a Portaria nº 106/2000 do Ministério da Saúde e a Lei nº 10.216/01, que redirecionou o modelo atual de assistência em saúde mental para o meio aberto, familiar e com base comunitária. 6.Recurso conhecido e não provido, mas se reformar parcialmente a sentença, em sede de remessa necessária, para reduzir o valor da multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) para R\$ 100,00 (cem reais), porque se for considerado o lapso temporal de sua incidência e dos encargos

acessórios, resultará em montante apreciável, nunca devendo ser olvidado que o dinheiro público não pertence ao Estado, mas sim à toda a sociedade em proveito de quem deve reverter.(TJ-RJ - APL: 00063014620158190029, Relator: Des(a). JDS RICARDO ALBERTO PEREIRA, Data de Julgamento: 21/08/2019, VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL).

Ademais, são direitos expressamente garantidos aos portadores de deficiência mental, na forma do art.2º, parágrafo único, da Lei 10.216/2001:

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

5 CONCLUSÃO

Em um país com graves problemas sociais como o nosso, é essencial que serviços como os aqui analisados, Instituições de Longa Permanência e Residência Terapêutica, sejam colocados à disposição dos Idosos em situação de vulnerabilidade.

Frise-se que essa vulnerabilidade pode ocorrer em decorrência dos mais variados motivos, como a inexistência de familiares aptos a cuidar do idoso, o abandono ou até mesmo a impossibilidade material ou financeira de que algum familiar lhe preste auxílio.

Também não há necessidade de comprovação de que o idoso seja hipossuficiente, posto que, dado o caráter universal do SUS, tal requisito é dispensado.

Assim, espero que este artigo lance um pouco de luz àqueles que necessitam tutelar seus direitos ou aos que, tendo conhecimento de alguma situação relacionada à necessidade de um idoso em situação de vulnerabilidade, tomem ciência de que existem instituições qualificadas para acolhê-las e busquem o auxílio do Poder Público para que possa ser garantida uma vida digna ao idoso em situação de vulnerabilidade.

BIBLIOGRAFIA:

ALMEIDA, O. P. **Idosos atendidos em serviço de emergência de saúde mental:** características demográficas e clínicas. São Paulo: Melhoramentos, 2010.

ANTUNES, Carlos César. **O Estatuto do Idoso e a prática social.** São Paulo: Lumén, 2014.

BARROS, Marcelo Mello de Lima. **Velhice ou terceira idade?.** Rio de Janeiro: Cone Sul, 2013.

BRAGA, Pérola Melissa V. **Direitos do Idoso.** São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2021.

CHAIMOWICZ, F. **Os idosos brasileiros no século XXI:** demografia, saúde e sociedade. Belo Horizonte: Postgraduate, 2012.

CORRÊA, A. C. O. **Epidemiologia psicogeriátrica e uso de psicofármacos no Brasil.** Jornal Brasileiro de Psiquiatria, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 191-200, 2010.

_____. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em 13 out. 2021.

____. **Lei nº 8.842, de 6 de abril de 2001.** Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em 13 out. 2021.

____. **Lei nº 10.216, de 4 de janeiro de 1994.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em 13 out. 2021

____. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em 13 out. 2021.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado:** direito de família. São Paulo: LTr Editora, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

RAMOS, L. R. **A Saúde do Idoso no Brasil:** Uma visão Clínico-Epidemiológica. São Paulo, Artmed, 2010.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos constitucionais do Direito à Velhice.** Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2014.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E A VEDAÇÃO DE ENTENDIMENTOS PROFERIDOS PELO CARF.

ANA CAROLINA LESSI MATARÉSIO:
Graduanda pela Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

RESUMO: O presente artigo tem como tema o Processo Administrativo Fiscal, utilizado para cessar conflitos entre o contribuinte e o fisco, além da discussão sobre a rejeição da aplicabilidade do artigo 24 da LINDB nestes procedimentos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF"). A rejeição foi pauta de diversos recursos, fazendo com que os membros do Conselho aprovassem a Súmula 169, vedando à Administração Pública ao reexame de entendimentos firmados pelo CARF, podendo apenas identificar nulidades provenientes de condutas impróprias pelos contribuintes.

PALAVRAS CHAVES: Processo Administrativo Fiscal, LINDB, artigo, CARF, fisco, contribuinte.

ABSTRACT: The subject of this article is the Administrative Tax Process, used to settle conflicts between the taxpayer and the tax authorities, in addition to the discussion on the rejection of the applicability of article 24 of the LINDB in these procedures by the Administrative Tax Appeals Board ("CARF"). The rejection was the subject of several appeals, causing the Council to approve Precedent 169, prohibiting the Public Administration from re-examining understandings signed by the CARF, and being able to only identify nullities arising from improper conduct.

KEY WORD: Fiscal Administrative Procedure, LINDB, article, CARF, tax, taxpaye.

SUMÁRIO: Introdução. 1. 1. Processo Administrativo Fiscal. 1.1. O Reexame dos Processos Administrativos. 2. Rejeição da Aplicação do artigo 24 da LINDB aos Processos Tributários pelo CARF. 3. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O Processo Administrativo Fiscal é um ramo do contencioso administrativo que visa controlar a legalidade de atos administrativos fiscais. Além disso, sua finalidade é dissolver eventuais conflitos de interesses entre os órgãos da administração pública e particulares.

Nesse contexto, doutrinadores alertam sobre a diferenciação de dois termos que são utilizados como o "Processo Administrativo Tributário" e o "Procedimento Administrativo Tributário". É certo de que as duas terminologias são bastante parecidas, mas a sua aplicação na realidade é executada de modo diferente.

O Processo Administrativo Fiscal – Tributário – é o procedimento que envolve o litígio entre o Fisco e o Contribuinte, este se dá pela interposição da impugnação relativa ao lançamento do débito tributário. Por outro lado, o Procedimento Administrativo Tributário, é a mera ação fiscalizatória da administração até o efetivo lançamento do débito fiscal.

Desse modo, o sistema de controle de legalidade administrativo é utilizado para as julgar matérias tributárias que versam sobre a determinação, obrigação ou exoneração do crédito tributário entre o Fisco e o Contribuinte.

Nesse seguimento, entende-se que à esfera administrativa apenas poderia em tese anular ato que se baseia em lei já declarada inconstitucional. Dessa forma, há vedação de reexaminar entendimentos firmados pelo CARF por parte da Administração Pública, podendo esta apenas identificar nulidades provenientes de condutas impróprias.

Desse modo, o presente artigo visa a breve análise sobre a discussão em que restou firmado pela Súmula 169 do CARF, a não aplicabilidade do artigo 24 da LINDB em processos administrativos fiscais, além do entendimento de que o pressuposto constitucional que determina que matéria tributária seja legislada apenas por lei complementar, o que apresenta óbice para aplicação da LINDB.

1.PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

É certo e determinado que deve haver um prazo para duração razoável do processo administrativo fiscal, sob pena de caracterização de ato abusivo por parte da Administração. Pois bem, tendo estipulado que não deverá ser procrastinado pelo julgador a prolação de despacho decisório, insta salientar que está ainda tem a obrigação de ser completa, o que significa possuir as razões que a ampararam ao entendimento que se firmou. Posto isto, caso haja o desrespeito ao prazo razoável do processo e ao princípio da motivação, o contribuinte poderá se valer do ordenamento jurídico para resolução do seu litígio, via Mandado de Segurança.

À título de curiosidade, também se ressalta que há a incidência do princípio da publicidade após a prolação do decisório, devendo este produzir efeitos apenas após a intimação de ambas as partes ou sua publicação na imprensa oficial. Adentrando nas minúcias do tema em tela, há certa divergência doutrinária quanto à determinação de inconstitucionalidade por meio da Administração Pública, que cai por terra ao ser analisado que incumbe aos Poderes Executivos Estadual e Federal o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal para tanto.

É dizer, tão claramente, que os mecanismos para o controle de constitucionalidade não alcançam a esfera do processo administrativo. Por estas razões, a afirmativa deve ser

feita no sentido de que o Poder Executivo não é passível de se esquivar de aplicar as leis. Não há o que se falar em inconstitucionalidade de norma em processo administrativo fiscal. A justificativa do inadimplemento não pode residir sobre este argumento.

Neste sentido, Marco Aurélio Greco é categórico ao afirmar que em situações em que o julgador se depara com questão de inconstitucionalidade, deve remeter a suposta divergência com a Carta Magna ao Chefe do Poder Executivo para que este proceda (ou não) com a distribuição de ADI perante a Corte Suprema.

Alberto Xavier acompanha o pensamento ao instituir que não cabe à esfera administrativa versar sobre controle de constitucionalidade, devendo, apenas, anular ato que se baseie em lei já declarada inconstitucional, ou seja, quando já houve a pacificação do entendimento de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

1.1 O REEXAME DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

O tema esbarra em questões de “coisa julgada”. Em virtude de o contribuinte ainda poder recorrer ao Poder Judiciário após decisão prolatada de forma desfavorável, não é permitida a mutabilidade do decisório em fase administrativa.

Há, ainda, debates quando à divergência de entendimentos entre a esfera administrativa e judicial, no que tange os defensores da União Federal. Entende-se que tanto a Administração Ativa quanto a Administração Judicante possuem o mesmo beneficiário, qual seja a União Federal, de forma que mesmo que uma discorde do prolatado pela outra, não há capacidade de reforma do decisório.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento trazido acima nos autos do Mandado de Segurança nº 8.810 / DF (2002/0170102-1), além disso, o Ministro Relator expôs em seu voto que “o ordenamento jurídico determina que as decisões definitivas devem ser prontamente executadas”. Contudo, a Fazenda Pública, por sua vez, ainda defende que deveria haver a possibilidade de discordar do decidido pela Administração.

Todavia, restou consolidado que é vedada à Administração o reexame de entendimentos firmados pelo CARF, podendo apenas identificar nulidades provenientes de condutas impróprias.

2. REJEIÇÃO DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 24 DA LINDB AOS PROCESSOS TRIBUTÁRIOS PELO CARF

A aplicação do artigo 24 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em processos administrativos fiscais, é um tema de recorrente debate jurídico e doutrinário. O tema encontra polêmica em virtude dos termos utilizados pelo legislador como, por exemplo “esfera administrativa” e “processo ou norma administrativa”, que por

muitos juristas que integram o CARF, deve ser compreendido fazendo referência à administração e aos órgãos públicos, não adentrando à temas jurídicos como o processo administrativo, limitando, assim, sua eficácia.

O tema adentrou o universo do processo administrativo através do acórdão 9202-006.996, que ao ser prolatado pela 2ª Câmara Superior de Recursos do CSRF, sequer reconheceu o dispositivo supracitado, de forma que o remeteu, em sua completude, aos setores e órgãos de administração pública. Em momento posterior, no julgamento de processo similar, o CARF, por sua vez, reconheceu o instituto, mas não acolheu sua incidência pleiteada pelo contribuinte por motivos específicos e interpartes.

Cumprido ressaltar que os contribuintes há tempos vêm pleiteando pela incidência do artigo 24 da LINDB em processos administrativos fiscais, mas, por motivos diversos, o CARF rejeita sua aplicação.

Eis algumas justificativas dadas pelo referido órgão para não aplicação do dispositivo legal: (i) em processos que discutem a subsunção de norma, por lançamento decorrente de revisão de ato do contribuinte, haveria, caso feita a aplicação, interpretação analógica; (ii) em substituição ao artigo 24 da LINDB devem ser aplicados os artigos 100 e 146 do Código Tributário Nacional; (iii) a LINDB deve ser destinada a instância de controle de gastos públicos; (iv) o artigo 146 da Constituição Federal supostamente permite apenas, para temas tributários, a aplicação de leis complementares, enquanto a LINDB foi modificada por lei ordinária e, assim, seguem sem números de argumentos para a não incidência do referido dispositivo legal.

Adentrando-se as minúcias do tema, há argumentos genéticos, consequencialistas, institucionais, literais, de fonte, de completude do ato, ontológicos, e de redundância, que perfazem o tema em tela. A seguir, esmiuça-se cada um deles.

Os juristas que defendem o argumento genético, entendem que o artigo 24 da LINDB incide apenas sobre os órgãos de controle administrativo como, por exemplo, o TCU e o CGU. Já os institucionalistas, entendem que há existência de instrumentos próprios que tornam vinculante a jurisprudência do próprio CARF.

Aqueles que defendem os denominados “argumentos de fonte”, ressaltam o pressuposto constitucional que determina que matéria tributária seja legislada apenas por lei complementar, o que apresenta óbice para aplicação da LINDB. Há, ainda, juristas que afirmam que os ensinamentos do referido dispositivo legal podem apenas surtir efeito sob fatos geradores posteriores à sua introdução, criando o denominado “argumento temporal”.

Já os que defendem a completude do ato, invocam que, em virtude da possibilidade de revisão pelo CARF, o ato administrativo não estaria plenamente constituído, o que apresentaria óbice à aplicação da LINDB. Nesta linha, o argumento ontológico entende que o lançamento por homologação tem a revisão no prazo previsto em lei, o que exclui, também, a aplicação do artigo 24 do referido diploma legal.

3. CONCLUSÃO

E, para finalizar a discrepância de argumentações, os que defendem o denominado “argumento por redundância”, defendem o trazido à baila previamente: que a confiança que o contribuinte busca ao invocar o artigo 24 da LINDB, é garantida pelos artigos 100 e 146 do Código Tributário Nacional, de forma que não restam lacunas a serem preenchidas pela Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro.

Nesse interim, os conselheiros membros do CARF aprovaram por 24 votos favoráveis o enunciado da Súmula 169, dispondo a não aplicação do art. 24 da LINDB, inserido pela Lei nº 13.655 de 2018 aos processos administrativos fiscais.

Desse modo, a despeito de tantos argumentos sendo invocados pelos ilustres juristas integrantes do CARF, há o reconhecimento da não aplicação do artigo 24 da LINDB em processos administrativos fiscais, sob à ótica de diversas justificativas, sendo formuladas respeitando as particularidades de cada um dos procedimentos.

Por fim, ressalta-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firma no sentido de que atos de contribuintes em lançamentos por homologação possuem natureza de ato administrativo, de forma que há conselheiros do CARF que reconhecem a aplicação do dispositivo em comento, invocando este entendimento da Corte Superior.

BIBLIOGRAFIA

ROCHA, Sergio André. *Processo Administrativo Fiscal: Controle Administrativo do Lançamento Tributário*. Edição português. Editora: Almedina, 15 agosto 2018

JOTA. *CARF aprova 26 súmulas*. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/carf-aprova-25-novas-sumulas-07082021>. Acesso em: 21/11/2021.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm . Acesso em: 21/11/2021.

CARF. *Quadro Geral de Súmulas*. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>. Acesso em: 20/11/2021.

STJ. ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONSELHO DE CONTRIBUINTES - DECISÃO IRRECORRIDA – RECURSO HIERÁRQUICO – CONTROLE MINISTERIAL – ERRO DE HERMENÊUTICA. Mando de Segurança nº 8.810. CCF Fundo de Pensão e Ministro de Estado da Fazenda. Relator: Ministro Humberto Gomes De Barros. Data de julgamento: 13 de agosto de 2003.

RESPONSABILIDADE CIVIL E ERRO MÉDICO NOS CASOS DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

MARCELLE ABDO GARCES PEREIRA BITARÃES:
Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Una.

DANIELA ANDRÉ MOREIRA⁴

(coautora)

RESUMO: O presente trabalho propõe uma reflexão sobre a responsabilidade do médico cirurgião à luz do ordenamento jurídico, salientando-se nos casos de erro em cirurgia plástica estética. Em primeiro lugar, se torna imperioso situar o tema “Responsabilidade Civil” e todas as suas nuances, trazendo temas como erro médico nos casos de cirurgia plástica, suas implicações jurídicas no Brasil, além de exemplificar casos reais juntamente com precedentes jurisprudenciais. Objetiva explicitar a importância jurídica da responsabilização do profissional médico e o devido amparo à vítima. Para compor o estudo, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir de materiais já elaborados, como livros e artigos científicos, para levantamento de dados ligados direta e indiretamente ao tema com pesquisa explicativa, buscando identificar fatores que contribuem para a ocorrência do problema abordado.

Palavras-chave: Cirurgia plástica. Erro médico. Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado. Responsabilidade civil médica.

ABSTRACT: The present work proposes a reflection on the responsibility of the surgeon physician in the light of the legal system, highlighting in cases of error in aesthetic plastic surgery. First, it becomes imperative to situate the theme “Civil Liability” and all its nuances, bringing themes such as medical error in cases of plastic surgery, its legal implications in Brazil, along with some jurisprudential precedents. It aims to explain the legal importance of the medical professional and due support to the victim. To make up the study, we used the bibliographic research technique, developed from materials already elaborated, such as books and scientific articles for data collection directly and indirectly linked to the theme with explanatory research, seeking to identify factors that contribute to the occurrence of the problem tackled.

Keywords: Plastic surgery. Medical error. Cosmetic plastic surgery. Obligation of result. Medical civil liability.

⁴ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Una.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A intervenção estética surgiu durante a Primeira Guerra Mundial como uma especialidade médica, no qual aqueles que retornavam com vida da guerra, viam a possibilidade de correção das partes mutiladas durante os confrontos. Inicialmente, tal especialidade era meramente reparadora, e dava a oportunidade aos pacientes de retornar ou se aproximar ao status quo (MARQUES, 2007). Porém, com o decorrer do tempo, essa especialidade médica evoluiu e, atualmente, é comumente procurado por pessoas que se encontram insatisfeitas com sua imagem genética corporal. Conforme cita DIAS COELHO et al (2017), para Schilder (1999)⁵ a imagem corporal pode ser entendida como a projeção mental e os sentimentos que o indivíduo tem acerca de suas características.

Reflexo disso está no aumento no número de cirurgias plásticas. Para Ferolla e Franco (2015), apud CORDEIRO (2014), segundo estudo realizado, International Society of Aesthetic Plastic Surgery, o aumento nos números de cirurgias plásticas é considerável em todo o mundo, tendo sido realizadas 23 milhões de cirurgias plásticas no ano de 2013, sendo que, os cinco países que mais registraram procedimentos são os EUA, o Brasil, o México, a Alemanha e a Espanha, estando o Brasil em primeiro lugar em realizações de cirurgia plástica, ficando à frente dos EUA, ao obter 1.491.721 do total.

No Brasil, além do aumento do número de cirurgias plásticas, pode-se observar também o aumento no número de profissionais médicos, que em muitos casos, não possuem a devida especialização e preparação para realizar procedimentos cirúrgicos. Segundo dados de 2019, proliferam-se cada vez mais as faculdades de medicina, totalizando, atualmente, no país, 342 escolas médicas. Em 2009, o número era de 182 escolas, ou seja, quase duplicou o número de faculdades de medicina no país, elevando exponencialmente o número de estudantes. Conforme demonstram dados da Demografia Médica do Brasil, elaborados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), em parceria com a Universidade de São Paulo (USP), o país tem 466 mil médicos – ou 2,1 por mil habitantes.

Genival Veloso de França, professor e médico, registrou em seu livro *Direito Médico* que o exercício da medicina se torna mais difícil em face do aumento de demandas contra os médicos. O referido autor relaciona os erros profissionais mais frequentemente imputados, nos quais são: exame superficial do paciente e consequente diagnóstico falso; omissão de tratamento ou retardamento na transferência para outro especialista; operações prematuras; descuidos nas transfusões de sangue ou anestésias; emprego de

⁵ Dessa forma, Schilder (1999) define imagem corporal como a projeção mental que temos do tamanho e da forma do nosso corpo, e ainda, os sentimentos sobre essas características e as partes constituintes desse. Do ponto de vista dos pacientes, a insatisfação corporal é o principal motivo para a realização de cirurgias plásticas (Sarwer, Crerand, & Magee, 2011). Esse dado pode ser explicado pelo fato da aparência corporal ser um dos fatores mais respeitáveis para a manutenção da autoestima dos indivíduos que se submetem a esse tipo de cirurgia.

métodos e condutas incorretas e omissão de instrução básica e necessários aos pacientes. Existem ainda casos que dependem menos do médico e sim mais do instrumental, como: infecções propagadas por instrumentos, queimaduras por raios X; ou o não funcionamento de um artefato qualquer no momento preciso (França, 2019).

Veloso de França (2009), por sua vez, identifica como uma das causas dessa postura de maior negligência por parte dos médicos, a despersonalização do relacionamento médico-cliente. Desapareceu a figura cordial do médico da família, amigos em quem se depositava confiança irrestrita e contra quem não se cogitaria intentar uma ação.

Fato é que, com o aumento de profissionais despreparados, conseqüentemente aumenta a probabilidade de erros médicos decorrentes dos procedimentos por eles realizados. A cirurgia plástica estética em si, assim como qualquer outra cirurgia é passível ao erro, podendo acarretar resultados irreversíveis, assim como a morte. porém, apesar de não mais existir a figura do médico amigo da família, o paciente ao se submeter a uma cirurgia, ainda deposita no médico sua confiança irrestrita e expõe ao risco sua integridade física e até mesmo sua vida.

Não se pode olvidar que a vida é o nosso bem maior, e o direito à vida é inviolável e inerente à condição humana, e ainda que o paciente se submeta às intervenções cirúrgicas agressivas e exponha seu bem maior ao risco de dano, há nele expectativa de continuidade da vida pós-operatória e, desta forma, uma vez prometido pelo médico determinado resultado, é dever desse profissional utilizar-se de todo o conhecimento e especialidade adquirida ao longo da formação acadêmica, para além de reconstruir ou modificar esteticamente, atuar e agir com intuito de fazer valer o respeito pela vida.

É necessário entender que em determinadas situações, apesar de ser por vezes inevitável, o erro médico em casos de cirurgia plástica estética, deve ser analisado a fundo, a fim de trazer à tona as verdades dos fatos e aplicar ao profissional médico a devida responsabilização.

Posto isso, no presente trabalho, será retratado a responsabilização do médico cirurgião plástico estético no caso de dano ao paciente em decorrência de intervenção cirúrgica à luz do ordenamento jurídico, bem como as obrigações e punições a ele inerentes.

Para tanto, será utilizado o método objetivo de pesquisa explicativa, pois o projeto busca identificar fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência do problema abordado (OLIVEIRA 2011, apud GIL 1999, pág.23). Além de uma vasta pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir de materiais já elaborados, como livros e artigos científicos para levantamento de dados ligados direta e indiretamente ao tema proposto.

Conceitos básicos

Inicialmente, será abordado conceitos fundamentais e úteis ao estudo dos diversos aspectos relacionados à responsabilidade civil e ao erro médico.

Responsabilidade penal e responsabilidade civil

A responsabilidade penal, também conhecida como responsabilidade criminal, decorre de transgressão ou descumprimento de uma norma de direito público que regula bens jurídicos indisponíveis, como a vida, a liberdade e a integridade física. Essa transgressão decorre, portanto, de uma reação do ordenamento jurídico através da aplicação de uma pena pessoal e intransferível ao transgressor da norma, que poderá ser substituída ou convertida em medida de segurança, caso estejam presentes os requisitos expostos no Código Penal Brasileiro.

Interessante salientar que só pode haver crime se alguma lei anterior assim o definir, como é claro no artigo 1º do Código Penal: *“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”*.

Por um outro lado, na legislação brasileira também existe uma série de artigos e leis que abordam a responsabilidade civil. De forma geral, pode-se dizer que a responsabilidade civil busca a reparação do dano causado. Normalmente, dessa reparação, ocorre, por exemplo, o dever de indenizar alguém, cabendo ao responsável responder civilmente quando existir o fator culpa.

Pode-se dizer também que, a responsabilidade civil é indenizatória e busca reparar o dano que uma pessoa sofreu. Seu objetivo é “diminuir a dor do ofendido” uma vez que nem sempre é possível reparar o dano.

No ilícito civil, o interesse diretamente lesado é o privado e pode ser que o agente não tenha infringido nenhuma norma de ordem pública. Entretanto, como o seu procedimento causou danos a alguém, a reação da sociedade é representada pela indenização a ser exigida pela vítima do agente causador do dano. Se a vítima permanece inerte, nada acontece.

Alguns ilícitos podem repercutir tanto na esfera civil quanto na criminal. Neste caso, haverá uma dupla reação do ordenamento jurídico, impondo a pena e o dever de indenizar. É o que ocorre, por exemplo, em caso de homicídio, de acordo com o art. 121 do Código Penal e 1537 do Código Civil.

Vale ressaltar que a responsabilidade civil é independente da criminal, conforme dispõe o artigo 935 do Código Civil, no entanto, apenas diante das hipóteses de ausência de existência do fato ou autoria do evento danoso (Art. 386, CPP) a coisa julgada criminal afasta a responsabilidade civil. É o entendimento do STJ:

APELAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO – RESPONSABILIDADE CIVIL INDEPENDENTE DA CRIMINAL – SUSPENSÃO DO PROCESSO AFASTADA – DANOS ESTÉTICOS E MORAIS – PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. O réu/apelante não especifica a prova que pretende produzir, de modo que se demonstra inviável a decretação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, mormente pelo fato de que os documentos trazidos aos autos (cópia do inquérito policial com depoimento das testemunhas e do indiciado, boletim de ocorrência, cópia da ficha de internação e de laudos médicos), além da prova pericial produzida em Juízo são suficientes para o julgamento da lide; - O artigo 935 do Código Civil é claro ao estabelecer que a responsabilidade civil é independente da criminal. Assim, diante da independência das instâncias, não se justifica a suspensão do presente processo para aguardar o julgamento do crime; Súmula 387 do STJ; é lícito cumular indenização por danos morais e estéticos; - O laudo pericial concluiu que ocorreu a atrofia do membro inferior, com a "claudicação" e limitação na movimentação do tornozelo e pés direitos. Assim, além do dano estético, ocorreu a perda funcional, com incapacidade moderada avaliada em 35% - correta a fixação de pensão mensal vitalícia. RECURSO IMPROVIDO. (TJ-SP 10133866620158260451 SP 1013386-66.2015.8.26.0451, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data do Julgamento: 29/11/2017, 30ª Câmara de Direito Privado, Data da Publicação: 05/12/2017)

Não obstante, analisando o artigo 637 do Código de Processo Penal, não necessariamente haverá absolvição na esfera cível, caso haja na criminal, pois a sentença

6 Art. 935, CC. 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 existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

7 Art. 63, CPP. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. **Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do artigo 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido**

condenatória criminal gera título executivo para reparação do dano na esfera cível do ofendido, tornando certo o dever de indenizar pelo crime, conforme dispõe o artigo 91, do Código Penal.⁸

Há, ainda, que se falar que, no que se refere à responsabilidade penal, deve-se observar o princípio da pessoalidade, no qual deixa claro que a pena não pode passar da pessoa do condenado, diferente ao tocante à esfera civil, em que a condenação poderá atingir os herdeiros e sucessores.

Responsabilidade contratual e extracontratual

A legislação brasileira adota no Código Civil tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual. É importante aludir algumas diferenças entre as duas espécies:

A responsabilidade contratual se origina da inexecução contratual, podendo ser de um negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, na falta de adimplemento ou na mora do cumprimento de qualquer obrigação.

Na responsabilidade contratual, não precisa o contratante provar a culpa do inadimplente para obter reparação das perdas e danos. O credor somente está obrigado a demonstrar que a obrigação pactuada não foi cumprida. O ônus da prova competirá ao devedor, que deverá provar a inexistência de sua culpa ou presença de qualquer excludente do dever de indenizar.

Na responsabilidade extracontratual, também denominada de aquiliana, o autor tem o ônus de demonstrar que o agente agiu com culpa – negligência, imprudência e imperícia. A origem do dever de ressarcir está na obrigação geral, ensartada no art. 1869 e 92710, do Código Civil.

As diferenças entre a responsabilidade contratual e extracontratual, consiste, em primeiro lugar, na natureza do dever jurídico violado. Na contratual, o dever jurídico violado decorre da própria vontade dos indivíduos, pois são eles próprios que criam certos

⁸ **Art. 91** - São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - Tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

9 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.

¹⁰ aArt. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 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.

deveres jurídicos. A responsabilidade extracontratual importa de violação decorrente de dever estabelecido em lei ou na ordem jurídica.

Maria Helena Diniz (2011, p. 266), aduz que:

“[...] a responsabilidade do autor, havendo liame obrigacional oriundo de contrato ou de declaração unilateral de vontade, designar-se-á responsabilidade contratual; não havendo vínculo obrigacional, será denominada responsabilidade extracontratual [...]”

Ademais, na responsabilidade contratual o *ônus probandi* se transfere para o devedor inadimplente, enquanto na aquiliana incumbe à vítima demonstrar a culpa do causador do dano.

Responsabilidade objetiva e subjetiva

Foi com a revolução industrial e o surgimento de máquinas e indústrias, que os acidentes de trabalhos foram tomando proporções gigantescas, e, em muitos casos, era difícil comprovar a existência da culpa do empregador. Nesse contexto, portanto, surgiu a responsabilidade civil objetiva, enquadrando toda a situação na qual não é necessário que o agente causador do dano tenha realizado as ações que levam o dano de forma dolosa ou culposa, e sim na atividade desenvolvida, que por si só geram riscos. Segundo Karina Pinheiro (2019):

A responsabilidade objetiva pode ser considerada fruto de uma construção legal e jurisprudencial por meio da qual impede-se a eternização da discussão do elemento culpa, com o escopo de prestigiar, sobretudo, o interesse da vítima (CASTRO, Karina Pinheiro de, pág. 51. 2019).

À Luz do artigo 927 do Código Civil, é evidente que, diferentemente dos casos de responsabilidade objetiva, a responsabilidade subjetiva depende que o agente causador do dano tenha agido com dolo ou culpa em relação ao dano causado. Significa dizer que é necessário que ele tenha agido de forma consciente, ou agido com negligência, imprudência ou imperícia para que se possa atribuir a responsabilidade a este agente.

Caio Pereira afirma:

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim, procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório a um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma

determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características (Pereira, 2000, 29).

Portanto, vale ressaltar que o dever de indenizar só nasce a partir dessa ligação entre o dano e o comportamento.

Dolo e culpa

Dolo é a vontade livre e consciente de praticar a conduta criminosa descrita na lei penal, ou seja, é a intenção do agente em praticar crime - conduta voluntária e intencional de alguém que, praticando ou deixando de praticar uma ação, objetiva um resultado ilícito ou causa dano a outrem.

Para Guilherme Nucci, dolo é "a vontade consciente de realizar a conduta típica".

Já a culpa é a conduta voluntária, porém, descuidada de um agente, que causa dano involuntário, previsível ou previsto a outrem.

A culpa, em sentido jurídico, portanto, tem como pressuposto a responsabilidade por danos a bens alheios juridicamente protegidos. Na conduta culposa, em síntese apertada, o agente não previu o resultado lesivo, não visou causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, imprudente ou imperita, resulta dano a outrem.

Na definição de Cezar Roberto Bitencourt, "a culpa é a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível" (Bitencourt, 2007).

Assim, o principal elemento para diferenciar dolo e culpa é a vontade de quem pratica o ato ilícito. Por vontade, deve-se entender tanto a intenção quanto o objetivo de se obter certo resultado.

Dano

Segundo Kfoury Neto apud De Cupis (1982, p. 92) conceitua dano como prejuízo, aniquilamento ou alteração de uma condição favorável, tanto pela força da natureza quanto pelo trabalho do homem. Vale ressaltar que dano, sob qualquer aspecto, é deveras amplo. Para que seja um fenômeno juridicamente qualificado, deve decorrer da inobservância de uma norma.

De fato, dano é toda lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Ao contrário do que ocorre na esfera penal, o dano sempre será elemento essencial na configuração da responsabilidade civil, ou seja, não há responsabilidade civil por tentativa, ainda que a conduta tenha sido dolosa.

Em específico, o dano estético – definido pelo STJ em sua súmula 387, é um dano que se concretiza na deformidade. Condiz com uma alteração morfológica corporal, ou seja, cicatrizes, lesões, etc., que causam repulsa e desagrado. Neste caso, este gera uma indenização especial, segundo Ferolla, em Responsabilidade Civil no Erro Médico de Cirurgia Estética, 2015.

Risco

Segundo o Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva (2003, p.1238) o vocábulo risco na linguagem jurídica “exprime simplesmente o sentido de perigo ou do mal receado: é o perigo de perda ou de prejuízo ou o receio de mal, que cause perda, dano ou prejuízo.”.

A palavra risco pode designar tanto a probabilidade de ser atingida por um perigo potencial ou futuro, bem como a possibilidade de uma situação claramente percebida como perigosa, imediata, onde os efeitos estão próximos de serem sentidos.

A definição exata do que seja risco ainda é motivo de diversas controvérsias, mas nesse contexto, a teoria do risco, sob suas várias modalidades, procura fundamentar a responsabilidade pelo fato de outrem, partindo da premissa que a referida responsabilidade é irrefragável, não podendo o comitente liberar-se, mesmo provando conduta irrepreensível.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

A atividade desenvolvida pelos médicos é de extrema importância para a manutenção e existência da sociedade. São profissionais abalizados, que procuramos quando somos acometidos com alguma doença, com a finalidade de que eles nos conduzam à cura das nossas enfermidades.

A saúde se caracteriza pelo bem-estar físico e psíquico daqueles que habitam em uma sociedade e é por isso que o Estado classifica a saúde como direito de todos, previsto, portanto, na Constituição Federal de 1988, no artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A atividade médica sempre exigiu uma responsabilidade muito grande. O profissional médico necessita de autonomia de ação no desempenho da atividade de curar o enfermo. Porém, essa liberdade tem o seu preço ético e jurídico, sendo lícito cobrar do profissional a competência, a diligência e a seriedade no manejo das técnicas e nos juízos de avaliação do paciente.

É fundamental a responsabilização do médico que infringiu regras fundamentais de sua profissão, sendo, portanto, um direito da sociedade e um dever do Estado. Hoje, nos tribunais brasileiros, os médicos são cada vez mais acionados por práticas duvidosas, e não são poucos os casos com trânsito em julgado de condenação, além de terem que pagar grandes quantias em indenizações, muitas vezes, perdem, também, o direito de exercerem suas profissões.

Assim, a responsabilidade civil do profissional decorrente do erro médico apresenta pressupostos legalmente definidos, ou seja, condições *sine qua non*, como o exercício profissional, o dano, a culpa e o nexo de causalidade. Esta responsabilidade será, no geral, contratual, subjetiva e como obrigação de meio, com algumas exceções, como veremos a seguir.

A natureza da responsabilidade civil do médico

Inicialmente, é importante se ater quanto a distinção em relação ao médico cirurgião plástico e o cirurgião esteticista. Diferente do que muitos pensam, não são a mesma coisa. O primeiro, é um especialista na área, ou seja, após a formação, deve realizar residência em cirurgia geral e posteriormente se especializar em cirurgia plástica. No primeiro caso, filia-se à Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP). Já o segundo, trata-se de médico de qualquer especialidade, que passa realizar cirurgia plástica após cursos de menor duração que oferecem conhecimento básico e necessário para realização de procedimentos. No caso deste, não pode se filiar à Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP).

A natureza jurídica celebrada entre os médicos e pacientes tomaram grandes debates em relação a sua contratual ou extracontratualidade. Hoje, é pacífico o entendimento que a natureza da responsabilidade médica é contratual.

Muito já se discutiu se a prestação dos serviços médicos seria contratual ou extracontratual. Atualmente, essa questão está superada, pois não há mais dúvidas quanto à questão: a responsabilidade médica é contratual, ainda que se possa considerar um tipo de contrato sui generis, pelo qual o profissional da medicina se obriga à prestação de um serviço consciencioso e de acordo com as técnicas científicas disponíveis, sendo, assim, uma típica obrigação de meios (Melo, 2008, p. 65).

Segundo Nehemias Melo (2008, p. 68), é importante observar que o contrato médico é um contrato singular. E para a formação desse contrato basta haver convergência volitiva, ou seja, o encontro de vontades entre as partes para que se desenvolva a relação.

Não há nenhuma obrigatoriedade quanto a ser escrito, podendo se manifestar de várias formas, inclusive a partir da consulta marcada.

Quanto à natureza da obrigação médica, pode-se dizer que, em geral, ela é de meio e não de resultado, implicando na utilização dos melhores meios disponíveis para tentar a cura do paciente, sem, entretanto, prometer ou garantir o resultado esperado.

A responsabilidade de assegurar prévio resultado é impossível, visto que existem fatores de incerteza, como a evolução da ciência, a constituição do paciente e suas respostas mediante aos estímulos, além da evolução da própria doença, fazendo com que o médico não possa efetivamente garantir o resultado.

Contudo, reconhece-se que em algumas especialidades, como por exemplo a cirurgia plástica estética, anatomopatologia, análises clínicas e radiologia, a obrigação médica será de resultado, segundo Fernando Gomes, em seu livro *Erro Médico e Responsabilidade Civil*. Inclusive o doutrinador menciona que:

Para Sebastião, a diferença estará em “saber quem assumiu o risco em caso de frustração (não atingimento do fim) ou de prejuízo (dano) diante de resultado negativo. Se o risco foi assumido por quem contrata (paciente, no caso da medicina), cumpre a este provar a culpa do contratado (médico) pelo dano resultante – será contrato de meios. Se o risco é do contratado (médico, no caso da medicina), cumpre a este, para se eximir da responsabilidade (uma vez que não atingiu o resultado desejado), provar que o insucesso decorreu de fato que escapou de sua esfera de ação, quer por culpa do próprio contratante, quer porque derivado de força maior ou de caso fortuito – será contrato de resultado” (Sebastião, Op. Cit., p. 94).

Em relação a responsabilidade objetiva e subjetiva:

A Constituição Federal, em seu artigo 37, parágrafo 6º, e o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 14, destacam a responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviço público, assim como as prestadoras de serviço em geral. Os dispositivos mencionados enquadram clínicas, hospitais, casas de saúde, laboratórios, dentre outros, como responsáveis, independente de comprovação de culpa, pelos danos alegados por aqueles que usaram os seus serviços (Correia-Lima, Erro médico e responsabilidade civil, 2012, p. 37).

Porém, vale ressaltar que, no parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, aduz que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação da culpa”. Assim, o nosso ordenamento jurídico classifica a responsabilidade dos profissionais liberais como subjetiva, e os médicos estão incluídos como profissionais liberais. Ou seja, para caracterizar um ilícito civil que gera o dever de indenizar, precisa haver a existência do elemento culpa, pois sem culpa não há o dever de reparação.

A responsabilidade civil do médico de forma geral, trata-se, então, de responsabilidade subjetiva, adotando-se o princípio da culpa provada. O médico deve atuar de forma diligente, valendo de todos os meios adequados, com cuidado objetivo. O profissional da medicina tem o dever de indenizar somente se, por causa deste tratamento e de culpa do médico, sofrer um prejuízo, seja de ordem material ou imaterial, patrimonial ou não patrimonial.

Portanto, conclui o doutrinador Melo (2008), que há responsabilidade civil dos médicos, enquanto profissionais liberais, pelos danos causados no exercício da sua profissão, apurados mediante aferição da culpa (imprudência, negligência ou imperícia), nos termos do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil.

No entanto, no que se refere à responsabilidade civil por erro médico de cirurgia plástica estética, ocorre obrigação de resultado. Entende-se por obrigação de resultado, aquela em que o profissional assume o compromisso de obter um objetivo, não importando o meio empregado pelo profissional para o alcance do resultado prometido. Não realizado o objetivo, ocorre a inadimplência da obrigação e é verificada a culpa, uma vez que foi criada uma expectativa no paciente acerca das alterações positivas, ora frustradas. A obrigação de resultado ocasiona a responsabilidade objetiva ou culpa presumida e não cabe ao paciente comprovar a culpa do médico. Nestes casos, deve haver inversão do ônus da prova, ou seja, passa a pertencer ao médico o dever de provar que não incorreu com culpa. Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa:

Civil e processual. Cirurgia estética ou plástica. Obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva). Indenização. Inversão do ônus da prova. I – Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II – Cabível a inversão do ônus da prova.

III – Recurso conhecido e provido (STJ, REsp 81.101/PR, 3.^a Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 13.04.1999, DJ 31.05.1999, p. 140).

Se o médico cirurgião estético não comprovar que agiu isento de culpa, este deverá indenizar o paciente pelos danos causados, uma vez que assume uma obrigação de resultado para com o paciente e, ao não atingir tal resultado, fica obrigado a arcar com as despesas do procedimento, danos morais e futuros tratamentos para corrigir o erro causado.

Cabe, portanto, ao médico cirurgião estético comprovar que o resultado não foi atingido devido a fatores alheios ao seu desempenho e destreza, para que não seja responsabilizado pelo dano causado ao paciente em decorrência do erro médico.

Culpa concorrente

Há que se falar também em culpa concorrente, já que as especialidades se conglomeram umas com as outras, podendo em alguns casos haver a responsabilidade solidária, por exemplo, do anestesista com o chefe da equipe e com o hospital.

Domingos de Melo (2013, p. 133), nesse sentido, salienta que:

Uma vez demonstrada a causalidade exclusiva entre o ato anestésico, sem a concorrência do cirurgião, isto é, sem que este pratique seus atos ou expeça ordens contrárias ao recomendado pelo anestesista, não há razão para a imputação do cirurgião; porém se foi ele quem escolheu o anestesista, poderá responder pela culpa in elegendo. De outro lado, integrando o anestesista o quadro médico do hospital, sem a possibilidade de escolha pelo paciente, mesmo assim surge uma relação contratual entre o anestesista e o paciente, que é por ele previamente examinado e dele recebe cuidados prévios (Penneau, *La Responsabilité Médicale*, pg. 293), razão pela qual respondem tanto o hospital quanto o anestesista, solidariamente.

Portanto, há quem entenda que é possível responder solidariamente o médico cirurgião, o especialista, o anestesista, diretores, administradores, gerentes, o hospital, mesmo com menor parcela de culpa, já que a equipe médica foi escolhida pelo próprio cirurgião e este inclusive tem a faculdade de se recusar a trabalhar com determinado profissional que não seja de sua confiança, antes da realização do procedimento. É o que tem sido aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça em diversas situações, como no exemplo o **REsp 605.435-RJ (Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22/9/2009.)**, onde em sede de

recurso especial decorrente de ação de indenização por danos materiais e morais, teve como tese vencedora a do Min. Luis Felipe Salomão que definiu a culpa do anestesista pelo erro médico, se estendendo ao cirurgião chefe que responde solidariamente com seus subordinados.

Explica ainda que nas equipes médicas escaladas para realizar determinada intervenção cirúrgica, o cirurgião chefe que realiza o procedimento principal, responde pelos atos de toda a equipe médica a ele subordinada, independente da especialização, nos termos do artigo 1.521, III, CC **art. 932, III, do CC/2002 c/c com os artigos 25, § 1º, e 34 do Código de Defesa do Consumidor**. Ainda em 2015, restou entendido no processo: (AC: 10145110095885001- MG, Relator: Aparecida Grossi, Data de Julgamento: 09/12/2015, Data de Publicação: 22/01/2016), que a relação entre o hospital e o paciente é de consumo, tendo o paciente o direito de ser indenizado pelos danos sofridos, nos termos da Lei nº 8.078/90. A relação de ambos é objetiva e restando comprovada a culpa do médico, o Nosocômio responde solidariamente.

3 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

A intervenção médica cirúrgica, ainda que executada com prudência, perícia e diligência, expõe o paciente a riscos que por vezes são inevitáveis. Isso porque a atividade médica em si nunca é absolutamente segura a ponto de dar total garantia de sucesso em sua realização. Apesar de a doutrina majoritária estabelecer que a obrigação do cirurgião plástico estético é de resultado, existem alguns elementos a serem observados juntamente com a constatação do adimplemento. Ao provocar danos ao paciente, nem sempre gera ao profissional médico o dever de reparar. As causas excludentes de responsabilidade civil do médico são aplicáveis em situações no qual o dano decorrente da atividade do médico, em que, apesar de o procedimento ter sido perfeitamente aplicado, o efeito resultante é algo que foge ao poder de controle do médico e inevitavelmente produz resultado diverso ao esperado.

a) Culpa exclusiva da vítima

Nos casos de culpa exclusiva da vítima, o nexo de causalidade não existirá, pois não se demonstra a causa e efeito ou ainda o dano diretamente ligado ao causador. Os danos causados ao paciente são de culpa exclusiva deste, tudo em decorrência de um comportamento por ele praticado, seja por ação ou omissão. Ação é aquela que o paciente age de forma a prejudicar sua recuperação, e omissão quando deixa de cumprir alguma prescrição médica.

De acordo com Ricardo Luis Lorenzetti (apud LIMA NETO, 1997, p. 36):

[...] Em primeiro lugar, o comportamento da vítima há de ser adequado à produção do resultado danoso. Coexistem, a princípio, a atividade do médico e as ações do paciente. Ambos, por óbvio, almejam a cura. No momento em que o enfermo adota procedimentos que agravam seu estado de saúde – ou impedem o pleno restabelecimento – interrompe-se o nexo causal que ligaria tais consequências à conduta do profissional da medicina. A extensão dessa participação culposa, muitas vezes, é de difícil identificação. [...].

Portanto, ao demonstrar que o médico agiu corretamente, adotando todos os procedimentos exigidos e adequados, e confirmando a contribuição da vítima para que ocorra o dano, o nexo causal entre o médico e o dano ocorrido não existirá, sendo somente o paciente responsabilizado pelo ato.

Exemplos disto podem ser: falta de higiene local antes da troca de curativos, falta de curativos propriamente dita, assepsia inadequada de instrumentais, dentre outros. É importante frisar que, em muitos casos, essa culpa exclusiva da vítima se dá também por conta de questões financeiras, no qual a vítima não possui condições financeiras para custear os medicamentos prescritos pelo médico, por exemplo.

b) Caso fortuito ou força maior

Os casos fortuitos ou de força maior são considerados causas excludentes de responsabilidade civil, isso porque são imputados a eventos imprevisíveis e ou inevitáveis. Segundo Flávio Tartuce (2020), o caso fortuito trata-se de evento imprevisível decorrente de ato humano ou evento natural, enquanto a força maior trata-se de evento previsível, porém, inevitável ou irresistível, decorrente de causa diversa.

Nos casos fortuitos ou de força maior, deve ficar comprovado que algum evento inevitável e imprevisível contribuiu para o dano causado.

Como exemplo disto, a doutrinadora Giostri afirma:

Pode-se citar o caso do profissional médico que prescreve medicamento de uso corrente, e o resultado se mostra diferente do usual, podendo levar o paciente à morte. Ou, ainda, quando ele emprega procedimento habitual e o paciente apresenta reação imprevista ou idiosincrasia (alergia, hipersensibilidade, choque anafilático, entre outras) (GIOSTRI, 2011, p.199).

Vale ressaltar que não basta que seja apenas um evento naturalístico para que seja considerado uma excludente, é necessário ficar comprovado que o fortuito ocorreu de forma imprevisível e inevitável a qualquer esforço humano. Sendo observada esta ocorrência a responsabilidade de indenizar será excluída do agente.

Nos casos de força maior, o evento que impeça ou modifique o cumprimento da obrigação decorre geralmente de um acontecimento natural como inundações e terremotos, casos em que é impossível prever ou conter o resultado diverso ao objetivado.

c) Fato de terceiro

Nos casos de fato de terceiro, o evento causador do dano não decorre diretamente do médico, mas de um terceiro estranho à relação. O fato de terceiro desfaz o nexo de causalidade entre a conduta lesiva do agente e o resultado danoso, excluindo o dever de indenizar.

É importante entender que neste caso não se inclui os prepostos, empregados, anestesistas, entre outros, já que o médico é obrigado a reparar o dano que eles deram causa. Neste caso, não se caracteriza fato de terceiro, uma vez que é um fato culposo do instrumentador contratado para auxílio do médico cirurgião, neste caso, o médico responde por tais atos, solidariamente, conforme já exposto.

A responsabilidade será excluída se o dano for ocasionado, por exemplo, por equipe diversa da equipe do médico responsável ou até mesmo por algum familiar do paciente. Com efeito, mesmo sendo causado por terceiro, se o dano poderia ser evitado por uma previsão ou intervenção do médico e ele não o fez, este será normalmente responsabilizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo trazer informações relevantes acerca do erro médico em cirurgia plástica quando analisado sob a perspectiva da responsabilidade civil. Pôde-se discorrer acerca o aumento do número de cirurgias plásticas no Brasil, o que acaba aumentando também o número de erros médicos decorrentes de seus procedimentos.

É notório o amplo leque de variações que podem ocorrer após uma intervenção cirúrgica. Ainda que o cirurgião siga metodologias, com o uso de materiais adequados, bem como oferecendo apropriado acompanhamento pós-operatório aos seus pacientes, existe ainda uma infinidade de circunstâncias inesperadas, em cada indivíduo, que possa interferir no resultado final. Portanto, é fundamental a responsabilização civil desse profissional quando o mesmo infringe regras fundamentais do seu código de ética.

Foi visto que, no geral, a obrigação médica é de meio, porém, em algumas especialidades, como a cirurgia plástica, a obrigação médica será de resultado, no qual o profissional assume o compromisso de obter um objetivo e alcançar o resultado prometido ao seu paciente.

A obrigação de resultado enseja a responsabilidade objetiva ou culpa presumida, no qual o médico possui o dever de provar que agiu isento de culpa ao não atingir o resultado esperado. Caso não ocorra o resultado, fica o profissional obrigado a arcar com as despesas, danos morais e demais tratamentos de correção da cirurgia.

Salienta-se que o médico antes de ser profissional é humano, passível a erros, e é exatamente por isso que existem as chamadas excludentes da responsabilidade, no qual se torna mais fácil para o médico comprovar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, do que o paciente comprovar a culpa do médico. Na obrigação de resultado, para que haja a excludente do nexo causal da Responsabilidade Civil, é necessário que reste comprovado que o resultado diverso se deu devido a fato de terceiro, caso fortuito ou força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Portanto, é necessário analisar o caso concreto como um todo, para que consiga identificar os tipos de responsabilidade, erros, danos e prejuízos causados ao paciente, para que haja a devida responsabilização por meio judicial. Por isso, faz-se necessário uma maior atenção da doutrina e da jurisprudência acerca do tema tendo em vista a gravidade das consequências que podem resultar no paciente.

Tal tema apresenta grande relevância, uma vez que envolve o maior bem pertencente ao ser humano – a vida. Não só a vida em si, mas sim a vida digna do paciente e ainda sua integridade física. Há ainda que se falar em sua relevância, frente ao aumento no número de procura por procedimentos estéticos. A responsabilização civil do médico deve ser trabalhada a fundo afim dar solução plausível aos casos concretos, a que mais se aproxime do que é considerado justo ao paciente. Por fim, vale ressaltar que a medicina, por ser uma das atividades mais sublimes praticada pelo homem, deverá ser exercida, independentemente de qualquer coisa, com responsabilidade, confidencialidade, dedicação e respeito humano.

REFERÊNCIAS

MARQUES, Tamara. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS. Curitiba: 2007. Pág. 32.

DIAS, COELHO, F et al. Transtorno dismórfico corporal, insatisfação corporal e influência sociocultural em mulheres frequentadoras de academias de ginástica que realizam cirurgia plástica estética. **Revista Portuguesa de Ciências do Desporto**, [s.l.]. n. S5A, p.

161-171, 2017. DOI 10.5628/rpcd.17.S2A.161. Disponível em: <https://web.s.ebscohost.com/ehost/detail/detail?vid=0&sid=d981ab94-3fa8-47fd-b31f-3c09c7713c70%40redis&bdata=Jmxhbm9cHQYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZl>. Acesso em: 19/09/2021.

FEROLLA, Maria Laura Sales Poli, **FRANCO**, Loren Dutra. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO DE CIRURGIA ESTÉTICA. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior, Juiz de Fora. P. 1-19, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral: Volume I. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRIZ, Jaime Santos. **La Responsabilidad Civil**. 3.^a ed., Madri, Montecorvo, 1981.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2012.

CAPITANT, Henri. **Vocabulário Jurídico**. Buenos Aires, Depalma, 1977.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. Vol. VII. 25^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Euro Bento Maciel. **Dolo e Culpa no Erro Médico**. Intent and wrongful conduct in malpractice Revista de Direito e Medicina | vol. 2/2019 | Abr - Jun / 2019 DTR\2019\35446. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/RTDoc%2008-06-2021%2018_48%20\(PM\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/RTDoc%2008-06-2021%2018_48%20(PM).pdf). Acesso em: 09/06/2021.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 2.^a ed., Fundo Editorial Byk-Prociex,, São Paulo, 1978.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica. As obrigações de meio e de resultado**: avaliação, uso e adequação. 1. ed. (ano 2003), 4 tir. Curitiba: Juruá, 2004

LIMA, Laura. **Porque o Brasil Triplicou o Número de Faculdades de Medicina**. Disponível em: <https://desafiosdaeducacao.grupoa.com.br/cursos-de-medicina-triplicou/>. Acesso em: 09 de maio, 2021.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética**: em busca de um paradigma bioético para o Direito Civil. São Paulo: LED, 1997.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico** – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 133.

NETO, Miguel Kfoury. **A Responsabilidade Civil do Médico**. Vol. 654/1990. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 57-76.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, parte geral/parte especial, 2ª edição revisada, atualizada e ampliada, editora RT, 2006;

OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de. **Metodologia Científica**: um manual para a realização de pesquisas em administração. Catalão – GO, 2011. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/567/o/Manual_de_metodologia_cientifica_-_Prof_Maxwell.pdf. Acesso em 13/06/2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed – Rio de Janeiro: Forence, 2000.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Cirurgia Plástica Estética – Obrigação de Meio**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 8/2001 | p. 55 - 76 | Jul - Dez / 2001 DTR\2001\343. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/Cirurgia%20Plastica%20Estetica.pdf>. Acesso em: 09/06/2021.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica**: civil, criminal e ética. 3ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forence, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**, v. 4/5 e ss.

Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade Civil, pp. 20 e ss.

Antônio Lindbergh C. Montenegro, Do Ressarcimento de Danos, p. 28.

REsp 605.435-RJ, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22/9/2009. Disponível em: <https://jurisprudenciasuprema.wordpress.com/2009/10/05/stj-408-erro-medico-responsabilidade-solidaria/>. Acesso em 16/11/21.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**, Rio de Janeiro – RJ. Grupo GEN, 2020. 9788530990404. Págs. 520,1946, Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990404/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Ed. Forence. 11ª ed. 2016. p. 455.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA (*WILFULL BLINDNESS* OU *OSTRICH INSTRUCTIONS*) NO CONTEXTO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO: Mestranda em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação PROFINIT/UNIVASF. Especialista em Direito Constitucional, em Direito Penal, em Direito Tributário, em Ciência Política, entre outras especializações. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Servidora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Professora de Direito da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco – AEVSF.

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA¹¹

(coautor)

RESUMO: A conduta de “Lavar dinheiro” consiste na atividade de afastamento do capital da sua origem ilícita para que, maquiado como se lícito fosse, possa efetivamente ser utilizado e recolocado no mercado. A criação dessa crime parte da ideia de que o agente precisa disfarçar a origem dos valores, desvinculando o dinheiro da sua procedência delituosa, a fim de poder gozá-lo sem riscos. Ocorre que, muitas vezes, o agente atua em situação de ignorância, criando obstáculos, de forma consciente, ou seja, o infrator provoca o seu desconhecimento acerca do ilícito, objetivando não ser punido pelos atos cometidos. Dentro desse contexto, no sistema jurídico do *common law*, surgiu a Teoria da Cegueira Deliberada, que descreve uma situação de cegueira que se dá quando o agente, voluntariamente, age em situação de ignorância, criando obstáculos, de forma consciente, para alcançar um maior grau de certeza acerca da potencial ilicitude de sua conduta. Entretanto, essa teoria precisou se adaptar ao sistema do *civil law*, através de institutos parecidos, como o dolo eventual ou culpa consciente. Desta forma, a presente pesquisa teve o propósito de analisar a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, no contexto da prática de crimes de Lavagem de Capitais. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cuja metodologia empregada consiste em pesquisa bibliográfica, principalmente nas áreas jurídicas de Direito Processual Penal, utilizando-se de estudos jurisprudenciais. Ao final, conclui-se que a teoria pode ser equiparada, no nosso ordenamento, ao instituto do dolo eventual.

¹¹Mestrando em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação PROFINIT/UNIVASF. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco – AEVSF. Advogado.

Palavras-Chave: Lavagem de Capitais. Cegueira Deliberada.

ABSTRACT: The conduct of “Money Laundering” consists of the activity of removing capital from its illicit origin so that, made up as if it were licit, it can effectively be used and put back on the market. The creation of this crime is based on the idea that the agent needs to disguise the origin of the values, separating the money from its criminal origin, in order to be able to enjoy it without risk. It happens that, often, the agent acts in a situation of ignorance, creating obstacles, consciously, that is, the offender causes their ignorance about the illicit, aiming not to be punished for the committed acts. Within this context, in the common law legal system, the Deliberate Blindness Theory emerged, which describes a situation of blindness that occurs when the agent voluntarily acts in a situation of ignorance, consciously creating obstacles to achieve a greater degree of certainty about the potential illegality of their conduct. However, this theory had to be adapted to the civil law system, through similar institutes, such as eventual intent or conscious guilt. Thus, this research aimed to analyze the application of the Theory of Deliberate Blindness, in the context of the practice of Money Laundering crimes. This is a descriptive research, whose methodology used consists of bibliographical research, mainly in the legal areas of Criminal Procedural Law, using jurisprudential studies. In the end, it is concluded that theory can be equated, in our legal system, with the institute of eventual intent.

Keywords: Money Laundering. Wilfull Blindness.

INTRODUÇÃO

A tipificação das condutas que importam em lavagem de capitais foi positivada na Lei n. 9.613/98, e resultou de acordos assumidos pelo Brasil no plano internacional, através das Convenções de Viena, de Palermo e de Mérida. A conduta de “Lavar dinheiro” significa desvincular ou afastar o capital da sua origem ilícita para que, maquiado como se lícito fosse, possa efetivamente ser utilizado no mercado. A criação desse tipo penal parte da ideia de que o agente precisa disfarçar a origem dos valores, desvinculando o dinheiro da sua procedência delituosa, a fim de poder gozá-lo sem riscos.

Ocorre que, nem sempre quem pratica a Lavagem de Capitais tem real ciência de que o proveito obtido é resultado de infração penal. Muitas vezes o agente, voluntariamente, age em situação de ignorância, criando obstáculos, de forma consciente, para alcançar um maior grau de certeza acerca da potencial ilicitude de sua conduta. Ou seja, o infrator provoca o seu desconhecimento acerca do ilícito, de modo que sua ignorância passa a equivaler-se, no nosso ordenamento, aos institutos do dolo eventual ou, até mesmo, à culpa consciente.

Dessa forma, a presente pesquisa teve o propósito de analisar a Teoria da Cegueira Deliberada, também conhecida como doutrina da cegueira voluntária (*willful blindness*);

instruções de avestruz (*ostrich instructions*); doutrina do ato de ignorância consciente; evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*); do afastamento da consciência (*conscious avoidance*), no contexto da prática de crimes de Lavagem de Capitais.

Este trabalho consiste em Pesquisa Básica ou Pura, porque não atua de forma interventiva ou transforma a realidade atual, mas supre uma necessidade intelectual do pesquisador em compreender e conhecer determinados fenômenos (BARROS e LEHFELD, 2014). Quanto aos objetivos, trata-se de Pesquisa Descritiva, pois consiste em um estudo detalhado, com coleta, análise e interpretação de dados, sem a interação ou envolvimento do pesquisador no assunto analisado. Quanto aos procedimentos técnicos, este estudo caracteriza-se por ser uma Pesquisa Bibliográfica, realizada precipuamente na área do Direito Processual Penal, que surgiu a partir de produtos científicos já publicados, constituídos por artigos de periódicos, livros, capítulos de livros e, atualmente com material virtual, disponível na Internet.

1. DA LAVAGEM DE CAPITAIS: OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES

Conforme ensina Lima (2020, p. 646), a expressão "lavagem de dinheiro", em inglês, *money laundering*, originou-se nos Estados Unidos a partir da década de 1920, época em que lavanderias de Chicago eram utilizadas por *gangsters* para maquiagem a origem ilícita do dinheiro que faturavam, arrecadado com a venda ilegal de drogas e bebidas. Assim, por intermédio de um comércio legalizado, buscava-se justificar a origem criminosa do dinheiro. O uso metafórico da palavra "lavar" simboliza a necessidade de que o dinheiro sujo, obtido como produto de infração penal, pode ser transformado, através da atribuição de aparência lícita, apagando o rastro espúrio.

O interesse em conter tais práticas é mundial. A tipificação das condutas que importam em lavagem, positivadas na Lei n. 9.613/98, resultam de compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional, através das Convenções de Viena, de Palermo e de Mérida. Desse modo, "lavar dinheiro" é a atividade de desvinculação ou afastamento do capital da sua origem ilícita para que, maquiado como se lícito fosse, possa efetivamente ser utilizado, aproveitado e recolocado no mercado. A criação desse tipo penal parte da ideia de que o agente precisa disfarçar a origem dos valores, desvinculando o dinheiro da sua procedência delituosa, a fim de poder gozá-lo sem riscos (GONÇALVES e BALTAZAR JÚNIOR, 2021, p. 1599).

Para fins didáticos, divide-se o processo de lavagem em três fases. Entretanto, para a consumação do delito, não se exige a ocorrência de todas elas. Na primeira fase, intitulada como colocação ou *placement*, separa-se fisicamente o dinheiro dos autores do crime, através de depósitos em bancos; trocas por moedas estrangeiras; transferências para paraísos fiscais, aquisição de bens como imóveis, joias, obras de arte, entre outras condutas. Na segunda fase, denominada de dissimulação ou *layering*, busca-se multiplicar

as condutas da primeira fase para que se perca, definitivamente, a origem do dinheiro, para que não se possa identificar a origem ilícita. Exemplo de conduta é realizar sucessivas transferências ou empréstimos, para que se perca a trilha do dinheiro. Quanto a terceira fase, designada de integração, *integration* ou *recycling*, o dinheiro é empregado em negócios lícitos, como por exemplo, na compra de bens (empresas em funcionamento, imóveis, entre outros) ou simulações de serviços de difícil mensuração, como por exemplo, prestação de consultorias (GONÇALVES e BALTAZAR JÚNIOR, 2021, p. 1600).

Trata-se de crime pluriofensivo, atingindo a ordem econômica, a administração da justiça e o bem jurídico protegido pela infração penal antecedente. Quanto ao sujeito ativo do crime, classifica-se como crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa, inclusive pela que efetua a infração penal antecedente, embora a participação no delito antecedente não seja condição imprescindível para ser autor de crimes de lavagem. As pessoas jurídicas não praticam tal infração, apenas as físicas. Quanto ao sujeito passivo, é a coletividade, através do Estado, e também o sujeito que sofreu prejuízo econômico com a prática da conduta (GONÇALVES e BALTAZAR JÚNIOR, 2021, p. 1603).

Convém destacar que a participação na infração antecedente não é condição indispensável para que se possa ser sujeito ativo do crime de lavagem de capitais. Apenas se exige o conhecimento quanto à origem ilícita dos valores, sendo possível que o agente responda pelo crime de lavagem, mesmo sem ter concorrido para a prática da infração antecedente (LIMA, 2020, p. 647). Além disso, segundo Lima (2020, p. 646), nos casos em que o autor da lavagem é o mesmo autor da infração antecedente, ele responderá por ambos os delitos, em concurso material, com a aplicação cumulativa das penas (CP, art. 69). Entretanto, se praticá-los em uma mesma ação, irá incorrer em concurso formal impróprio (CP, art. 70, última parte).

Seguindo o raciocínio, para que a lavagem possa ocorrer, é necessário que primeiro ocorra uma outra infração penal, ou seja uma "infração penal antecedente". Significa que se trata de delito acessório ou parasitário, pois está ligado à um delito anterior. O Juiz deve verificar se há indícios da ocorrência dessa infração penal antecedente, não sendo necessário condenação prévia no delito principal, nem que ele seja efetivamente consumado. Também é conveniente dizer que esse delito principal pode ser de qualquer natureza, inclusive de lavagem, o que caracteriza a chamada "lavagem em cadeia" (GONÇALVES e BALTAZAR JÚNIOR, 2021, p. 1604).

A conduta delituosa, de acordo com o art. 1º da Lei de Lavagem de Capitais, traduz-se em: "*ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*". Ou seja, os verbos das condutas passam uma ideia de esconder, simular, encobrir, sonegar, camuflar, entre outros sinônimos (GONÇALVES e BALTAZAR JÚNIOR, 2021, p. 1606).

Além disso, não há forma culposa para o crime, sendo o elemento subjetivo o dolo. O fim especial é justamente a vontade de ocultar e dissimular. Logo, por dolo direto entende-se o que o autor almeja diretamente, o resultado, seja como o fim proposto (dolo direto de 1º grau), seja como consequência necessária dos meios escolhidos (dolo direto de 2º grau ou dolo de consequências necessárias). Por outro lado, fala-se em dolo eventual quando o agente, não querendo diretamente a produção do resultado, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco da produção, já o aceitando (LIMA, 2020, p. 659).

É importante ressaltar que, quando o sujeito atua, desconhecendo ou ignorando que os bens sobre os quais recai sua conduta se originam de uma infração penal antecedente, ele incorrerá em erro de tipo. Nesse caso, tanto o erro invencível (escusável, qualquer um poderia errar) ou vencível (inescusável, qualquer um poderia evitar), excluiria o dolo. Se o erro sobre os elementos do tipo for vencível, a infração será imputada na modalidade culposa, o que não é possível no crime de lavagem de capitais,

que admite sua punição exclusivamente a título de dolo (LIMA, 2020, p. 658).

Com efeito, o dolo eventual é admitido. É importante pontuar que aceitar o dolo eventual implica em acatar a ocorrência do crime quando o lavador do dinheiro não tem a certeza de que o objeto da lavagem é produto de atividade criminosa, mas assume o risco de que os bens tenham origem criminosa, com base no indicativo dado pelas circunstâncias do fato (GONÇALVES e BALTAZAR JÚNIOR, 2021, p. 1612).

Segundo aduz Lima (2020, p. 660), o problema resultante da aceitação do dolo eventual no delito de lavagem de capitais reside em sua proximidade com a culpa consciente, que configuraria um indiferente penal por ausência de previsão legal da modalidade culposa de lavagem no ordenamento. De se ver o grau de dificuldade quanto à comprovação do elemento subjetivo da lavagem de capitais, sobretudo devido à existência de uma linha muito tênue a distinguir o dolo eventual da culpa consciente. É bem verdade que, no âmbito material, a distinção se dá pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. No entanto, é difícil conciliar a comprovação desse dolo eventual sem violar princípios, como o da presunção de inocência e vedação da responsabilidade penal objetiva.

Vale lembrar, por fim, que utilizar os ganhos obtidos com a infração antecedente não caracteriza a lavagem de capitais. Se o criminoso usa o dinheiro obtido com a prática de crimes para comprar imóveis em seu próprio nome, ou se gasta o dinheiro obtido em viagens ou restaurantes, isto por si só não é suficiente. Em síntese, o simples usufruto do produto ou proveito da infração antecedente não tipifica o crime em pauta, até porque trata-se do mero aproveitamento do produto do crime. A punição somente se justifica quando ela não é desdobramento natural da ação criminosa, exigindo-se ação específica e dolo específico para concretizar a lavagem (LIMA, 2020, p. 652).

2- APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA, *WILFULL BLINDNESS* OU *OSTRICH INSTRUCTIONS* EM CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Segundo Régis (2016), nos Estados Unidos, desenvolveu-se a Teoria da Cegueira Deliberada, pela jurisprudência, para as hipóteses em que aquele que é ciente da tipicidade de sua conduta, coloca-se em situação de ignorância deliberada, para sair impune por tal ato. Entretanto, vale lembrar que o sistema penal Norte-Americano se baseia no *common law*, que tem suas próprias características e se difere do *civil law*, adotado no Brasil. Destaca-se que, no *common law*, não há clareza entre elementos objetivos do tipo, tipicidade objetiva, tipicidade subjetiva nem o conceito de dolo. O direito dessa origem se preocupa com a intenção criminosa (má-intenção ou *mens rea*). Procópio e Carvalho (2020, p. 296) conceituam a teoria da seguinte forma:

A teoria da cegueira deliberada consiste em uma doutrina de origem nos Estados Unidos que equipara a ação de um agente que provoca um desconhecimento do ato ilícito que pretende realizar, colocando obstáculos para ter reais noções, como forma de alegar, caso seja repreendido, que não sabia da ilicitude do ato que cometia, com a ação de um agente que tem conhecimento do resultado ilícito e ainda assim o realiza. Caracteriza-se como uma ignorância provocada para se escusar a lei e das possíveis punições que caberiam à determinado fato, então, segundo a teoria, os agentes evitam ao máximo o conhecimento da ilicitude do objeto material do crime que pretendem cometer, para que, dessa forma, possam alegar um estado de ignorância quanto à ilegitimidade dos atos cometidos.

Para Santo (2017), essa situação de cegueira se dá quando o agente, voluntariamente, age em situação de ignorância, criando obstáculos, de forma consciente, para alcançar um maior grau de certeza acerca da potencial ilicitude de sua conduta. Ou seja, o infrator provoca o seu desconhecimento acerca do ilícito, de modo que sua ignorância passa a equivaler-se, no nosso ordenamento, aos institutos do dolo eventual ou, até mesmo, à culpa consciente.

Muitos são os nomes atribuídos a esta teoria, como por exemplo: doutrina da cegueira voluntária (*willful blindness*); instruções de avestruz (*ostrich instructions*); a doutrina do ato de ignorância consciente; evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*); do afastamento da consciência (*conscious avoidance*), entre outros nomes que entendem os estudiosos do tema. Este instituto busca punir aqueles que, deliberadamente, “fingem” não conhecer a ilicitude do seu ato, para, a partir de então, buscar vantagens indevidas em cima deles (RÉGIS, 2016).

Como o tipo penal da lavagem de capitais traz como elementar a infração penal antecedente, na hipótese de o agente desconhecer a procedência ilícita dos bens, faltará o dolo de lavagem, acarretando na atipicidade de sua conduta, ainda que o erro de tipo seja evitável, já que o crime não é punido a título culposo. Por isso, é comum que o responsável pela lavagem de capitais procure evitar a consciência quanto à origem ilícita dos valores por ele mascarados (LIMA, 2020, p. 662).

A Teoria da Cegueira Deliberada pode ser aplicada nas hipóteses em que o agente tem consciência da possível origem ilícita dos bens por ele ocultados ou dissimulados, mas, mesmo assim, cria mecanismos que o impedem de aperfeiçoar sua representação acerca dos fatos. Desta forma, aquele que renuncia a adquirir um conhecimento hábil a subsidiar a imputação dolosa de um crime acaba por responder como se tivesse tal conhecimento (LIMA, 2020, p. 662-663).

No Brasil a teoria se parece com o instituto do dolo eventual, quando comprovado que o autor da lavagem de capitais tenha deliberado pela escolha de permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando tinha essa possibilidade. Em outras palavras, conquanto tivesse condições de aprofundar seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos ou valores, preferiu permanecer alheio a esse conhecimento. A teoria também se parece com o instituto da *actio libera in causa*, positivada no art. 28, II, do CP, que aduz que ninguém pode beneficiar-se de uma causa de exclusão da responsabilidade penal provocada por si próprio (LIMA, 2020, p. 663).

Entretanto, segundo Callegari e Scariot (2020), a Cegueira Deliberada não trabalha com assunção ou aceitação de um provável resultado. A teoria age como um alargamento do conceito do “saber” e “conhecer”, e possui pressupostos próprios: a) o réu deve acreditar, em seu íntimo, que haja uma alta probabilidade de existir um fato criminoso; b) o réu deve tomar medidas deliberadas para evitar conhecer desse fato. Esses requisitos vão além de imprudência e negligência, limitando o alcance da referida teoria. É bem verdade que essa teoria se revelou flexível para a determinação da responsabilidade penal no sistema consuetudinário. Entretanto, quando transportada para o sistema positivista, a cegueira encontra obstáculos dogmáticos, sobretudo na perspectiva da teoria geral do crime a qual é de base finalista. Por isso, no direito brasileiro, a jurisprudência passou a considerar a ignorância deliberada equivalente ao dolo eventual.

Tratando-se da aplicação concreta da teoria, tem-se o caso julgado pelo o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, da ação penal R 5520-CE 2005.81.00.014586-0. Segundo Lima (2020, p. 663):

No Brasil, a teoria da cegueira deliberada foi efetivamente utilizada para fundamentar as condenações por lavagem de capitais nos autos do

Processo Criminal nº 2005.81.00.014586-0, relativo à subtração da quantia de R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta de reais) do interior do Banco Central do Brasil localizado na cidade de Fortaleza/CE, cuja sentença em 1ª instância foi proferida pelo Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio. Referida teoria foi utilizada como fundamento para a condenação de dois empresários, proprietários de uma concessionária de veículos, pela prática do crime do art. 1º, V e VII, § 1º, I, § 2º, I e II, da Lei 9.613/98, em virtude de terem recebido a quantia de R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais), em notas de cinquenta reais em sacos de náilon, pela compra de 11 (onze) veículos, dentre eles 03 (três) Mitsubishi 1200, 02 (dois) Mitsubishi Pajero Sport, e 01 (um) pajero Full, sendo que os acusados teriam recebido a quantia sem questionamento, nem mesmo quando a quantia de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) foi deixada pelo intermediário para "futuras compras", tendo também se absterido de comunicar às autoridades responsáveis a movimentação suspeita. (LIMA, 2020, p. 663).

Conforme podemos perceber, a teoria fundamentou a condenação dos sujeitos, em sede de primeiro grau. Mas a sentença foi reformada pelo Tribunal, que entendeu se tratar de responsabilidade penal objetiva, vedada por nosso ordenamento, absolvendo os sujeitos. O Tribunal concluiu que não havia elementos concretos na sentença recorrida que demonstrassem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei nº 9.613/98. De acordo com o entendimento que prevaleceu, a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada depende da sua adequação ao ordenamento jurídico nacional, que pode ser perfeitamente adotada, desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual.

Outro caso de aplicação da teoria no Brasil foi a Ação Penal 470, conhecida como mensalão. Nessa situação concreta, o Min. Celso de Mello admitiu a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores mediante dolo eventual, com apoio na Teoria da Cegueira Deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida. Vejamos trecho do acórdão:

O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (willful blindness doctrine). Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens,

direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa. Nesse sentido, há vários precedentes, como US vs. Campbell, de 1992, da Corte de Apelação Federal do Quarto Circuito, US vs. Rivera Rodriguez, de 2003, da Corte de Apelação Federal do Terceiro Circuito, US vs. Cunan, de 1998, da Corte de Apelação Federal do Primeiro Circuito. Embora se trate de construção da common law, o Supremo Tribunal Espanhol, corte da tradição da civil law, acolheu a doutrina em questão na Sentencia 22/2005, em caso de lavagem de dinheiro, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro, Na hipótese sub judice, há elementos probatórios suficientes para concluir por agir doloso - se não com dolo direto, pelo menos com dolo eventual -, quanto a Pedro Corrêa, Pedro Henry, Valdemar da Costa Neto, Jacinto Lamas, estes dois na extensão do voto do Revisor, Enivaldo Quadrado e a Breno Fischberg.

Conforme Santo (2017), há incompatibilidade na Teoria da Cegueira Deliberada com o sistema jurídico romano-germânico ou *civil law*, que funda a sistemática brasileira, positivista, possuindo inclusive, através da legislação, a definição dos pressupostos da imputação subjetiva na legislação, art. 18 do Código Penal Brasileiro. A Teoria da Cegueira Deliberada é aplicada em um sistema jurídico consuetudinário, conforme a conveniência do caso concreto, deixando de apresentar um fundamento sistêmico pronto e acabado uma vez que não há definição normativa do elemento subjetivo que defina o dolo e a negligência, diferentemente do sistema continental europeu e brasileiro.

Nesse aspecto, acrescenta VALLÈS (2013) que essa teoria promove uma flexibilização na responsabilidade subjetiva, aumentando a possibilidade, inclusive, para imputar responsabilidade a quem de fato não possui. Portanto, para alguns autores, há incompatibilidade dessa teoria com o sistema jurídico de imputação subjetiva existente no Brasil porque exige, para sua aplicação, a redefinição do conteúdo do dolo e da negligência, redefinido o tipo subjetivo. Ademais, explica VALENTE (2017) que essa teoria também promove a violação dos Princípios da Lesividade e da Ofensividade, eis que vedam a criminalização de condutas meramente morais ou inadequadas socialmente. A ampliação da responsabilidade penal, nesse caso, gera a deformação da dogmática penal.

Assim, a Teoria da Cegueira Deliberada deve ser utilizada com cautela, para que não haja uma ampliação demasiada sobre o conceito de dolo. Afinal, a garantia do devido processo legal impõe ao órgão acusador comprovar a ocorrência do crime. Assim, a teoria não pode ser utilizada como mera alternativa quando não se consegue comprovar com

definitividade a consciência do agente quanto aos elementos de sua conduta (ASSUNPÇÃO, 2017, p. 13).

Para Procópio e Carvalho (2020, p. 307), em países de tradição de *common law* que não trabalham elementos dolo e culpa, a teoria confere uma vantagem nas decisões e julgamentos, pois ela se direciona àqueles que buscam uma forma de burlar a lei para se beneficiar com bens ilícitos. Sabe-se que é difícil descrever com precisão a mentalidade de um sujeito e o seu desejo apenas por meio de indícios e deduções, e, no nosso ordenamento, existe uma segurança conferida pela lei, em que a dúvida beneficia o réu.

Por fim, a única utilidade que a Teoria da Cegueira Deliberada tem no Brasil é para embasar argumentos que poderiam melhorar a definição de dolo eventual. Há quem sustente de plano a não aplicabilidade, em razão do Princípio da Legalidade. Por outro lado, há quem entenda que a aplicabilidade é possível, aperfeiçoando a dogmática à luz de caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme art. 1º da Lei de Lavagem de capitais, praticar este crime importa em “*ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*”. Não há forma culposa para a prática deste crime, sendo o elemento subjetivo o dolo.

Todavia, há finalidade especial neste dolo, consistente na vontade de maquiagem, modificar, ocultar e dissimular o percurso percorrido pelo proveito do crime, de modo a torná-lo aparentemente lícito. Desta feita, o dolo direto significa que o autor almeja diretamente o resultado, seja como o fim proposto (dolo de primeiro grau), seja como consequência necessária dos meios escolhidos (dolo de segundo grau). Por outro lado, fala-se em dolo eventual quando o agente, não querendo diretamente a produção do resultado, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco da produção, já o aceitando.

Quando o sujeito atua, desconhecendo ou ignorando que os bens sobre os quais recai sua conduta se originam de uma infração penal antecedente, ele incorre em erro de tipo. Nesse caso, tanto o erro invencível ou vencível, excluiria o dolo. Se o erro sobre os elementos do tipo for vencível, a infração será castigada na modalidade culposa, o que não é possível no crime de lavagem de capitais, que admite sua punição exclusivamente a título de dolo.

Com efeito, o dolo eventual é admitido, mas o problema resultante da aceitação do dolo eventual no delito de lavagem de capitais reside em sua proximidade com a culpa consciente, que, configuraria um indiferente penal, por ausência de previsão legal da

modalidade culposa de lavagem no ordenamento. De se ver o grau de dificuldade quanto à comprovação do elemento subjetivo da lavagem de capitais, sobretudo devido à existência de uma linha tênue a distinguir o dolo eventual da culpa consciente. É bem verdade que, no âmbito material, a distinção se dá pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. No entanto, é difícil conciliar a comprovação desse dolo eventual sem violar princípios, como o da presunção de inocência e vedação da responsabilidade penal objetiva.

A Teoria da Cegueira Deliberada, quando importada pelo Brasil, se parece com o instituto do dolo eventual, uma vez que traduz a ideia de que o autor da lavagem de capitais tenha deliberado pela escolha de permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando tinha essa possibilidade. Em outras palavras, conquanto tivesse condições de aprofundar seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos ou valores, preferiu permanecer alheio a esse conhecimento. A teoria também possui semelhanças com o instituto da *actio libera in causa*, positivada no art. 28, II, do CP, que aduz que ninguém pode beneficiar-se de uma causa de exclusão da responsabilidade penal provocada por si próprio.

Entretanto, a cegueira deliberada, conforme exposto, tem gênese num sistema jurídico de *common law*, por isso, não trabalha com assunção ou aceitação de um provável resultado. A teoria age ampliando os conceitos do “saber” e “conhecer”, e possui pressupostos próprios: a) o réu deve acreditar, em seu íntimo, que haja uma alta probabilidade de existir um fato criminoso; b) o réu deve tomar medidas deliberadas para evitar conhecer desse fato. Esses requisitos vão além de imprudência e negligência, limitando o alcance da referida teoria. É bem verdade que ela se revelou flexível e fértil para a determinação da responsabilidade penal no sistema consuetudinário. Entretanto, quando transportada para o sistema positivista, a cegueira encontra obstáculos dogmáticos, sobretudo na perspectiva da teoria geral do crime a qual prevalece ser de base finalista. Por isso, no direito brasileiro, a jurisprudência passou a considerar a ignorância deliberada equivalente ao dolo eventual, tendo sido aplicada, no Brasil nos casos da ação penal R 5520-CE 2005.81.00.014586-0 (Assalto ao Banco Central) e Ação Penal 470 (Mensalão).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSUMPÇÃO, Pedro Antônio Adorno Bandeira. *A Teoria da Cegueira Deliberada e a equiparação ao dolo eventual*. Escola da magistratura do estado do rio de janeiro, 2017.

BARROS, Aidil Jesus da Silveira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. *Fundamentos de metodologia científica*. 3 ed. reimpr. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2014.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal, parte geral*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CALLEGARI, André Luís; SCARIOT, Daniela. *O que é a teoria da cegueira deliberada? Equipara-se ao dolo eventual?* Revista **Consultor Jurídico**, 28 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/callegari-scariot-teoria-cegueira-deliberada>. Acesso em: 13 nov. 2021.

FONSECA, Pedro H. C. *Lavagem de dinheiro: Aspectos dogmáticos*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

GOMES, Luiz Flavio. **Leis de Lavagem de Capitais: Aspectos Processuais**. São Paulo: Boletim do IBCCRIM. São Paulo, 1998.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. BALTAZAR JÚNIOR. *Legislação penal especial*. Coordenado por Pedro Lenza. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. volume único, 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da teoria da cegueira deliberada no Brasil*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons. 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2017.

PROCÓPIO, Esther Campos Cavalcanti Ramalho; CARVALHO, Pedro de Menezes. *A teoria da cegueira deliberada: conceito, críticas doutrinárias e relação com crimes de corrupção*. Revista Derecho y Cambio Social, N.º 60, ABR-JUN 2020.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. parte geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RÉGIS, Gian Carlos. *A teoria da cegueira deliberada: o tipo penal subjetivo e a possibilidade de aplicação no direito brasileiro*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4863, 24 out. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51934>. Acesso em: 13 nov. 2021.

SANTO, Ricardo Do Espírito. *O expansionismo penal através da aplicação da cegueira deliberada*. Canal Ciências Criminais. Publicado em 12/10/2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/expansionismo-cegueira-deliberada/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

VALLÈS, Ramon Ragués i. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em derecho penal*, 2013.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Aplicação da cegueira deliberada requer cuidados na prática forense*. Revista **Consultor Jurídico**, 9 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-09/victor-valente-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-cuidados>. Acesso em: 13 nov. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

JULIANA SILVA DUARTE:
Graduação em Direito da Faculdade
de Ensino Superior da Amazônia
Reunida–FESAR.

MARCÉLIO DOS SANTOS ROCHA¹²
(coautor)

MARIA GORETH DA SILVA FONTES¹³
(orientadora)

Resumo: O presente artigo, aborda a partir da aplicação do método descritivo, a implementação das Parcerias Público-Privadas, decerta forma uma novidade no sistema prisional brasileiro, o que torna ainda mais salutar tratar do tema. Principalmente porque as parcerias público-privadas vêm se mostrando uma verdadeira ferramenta para a reestruturação do sistema prisional Brasileiro, sendo que historicamente tal sistema não tem alcançado seu tríplice escopo; retributiva, preventiva e reeducativa, devendo impor sempre o respeito e observância da dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, insculpidos no art. 5º da CF/88. Presídios no Ceará, Tocantins e Minas Gerais, tem se tornado pioneiros nesse instituto, como referência o sistema de organização do trabalho se divide em dois; sistema de monopólio e o sistema privado, o segundo se mostra mais eficiente, o trabalho do apenado constitui uma das pedras fundamentais do sistema carcerário, sendo um direito e dever dos presos. Em suma, com esse modelo de co-gestão mostra-se que é perfeitamente possível proporcionar ao preso condições dignas para cumprir a pena, e assim alcançar a ressocialização.

Palavras-chave: Parcerias Público-Privadas. Presídio. Apenados. Vantagens. Ressocialização.

Abstract: The present article approaches, through the application of the descriptive method, the implementation of Public-Private Partnerships, in a way a novelty in the Brazilian prison system, which makes dealing with the subject even more healthy. Mainly because public-private partnerships have been proving to be a real tool for the restructuring of the Brazilian prison system, and historically such system has not reached its triple scope; retributive, preventive and re-educational, always imposing respect and

¹² Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. Email: rochamarcelio08@gmail.com.

¹³ Docente da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida–FESAR. Email: maria.goreth@fesar.edu.br, graduada pela Universidade Federal do Pará, pós-graduada em direito do trabalho pelo Centro Universitário Internacional Uninter e cursando pós em docência do ensino superior pela Universidade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – Fesar/Afya.

observance of the dignity of the human person, fundamental rights, inscribed in art. 5 of the CF/88. Prisons in Ceará, Tocantins and Minas Gerais, have become pioneers in this institute, as a reference the work organization system is divided into two; The monopoly system and the private system, the second is more efficient, the work of the convict constitutes one of the cornerstones of the prison system, being a right and duty of the prisoners. In short, this co-management model shows that it is perfectly possible to provide prisoners with decent conditions to serve their sentence, and thus achieve re-socialization.

Keywords: Public-Private Partnerships. Presídio. Inmates. Benefits. Resocialization.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de Parcerias Público-Privadas. 2. As Parcerias Público-Privadas Diante da Lei de Execução Penal. 3. Sistema penitenciário brasileiro. 4. Experiências nacionais e internacionais de Parcerias Público-Privadas no âmbito de presídios. 5. Vantagens e desvantagens de Parcerias Público-Privadas com presídios no Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo as Parcerias Público-Privadas no âmbito dos estabelecimentos penais existentes no território brasileiro, cujo assunto é abordado na área do direito penal e administrativo, e pretende propor uma alternativa que ofereça melhorias e reduza às dificuldades havidas no âmbito carcerárionacional por intermédio da implantação das Parcerias Público Privadas, indicando as principais vantagens e desvantagens de parcerias privadas como Estado.

O estudo do tema justifica-se pela necessidade de propor uma alternativa que possa trazer melhorias ao atual sistema de ressocialização dos apenados que é precário, sistema esse que por ser inefetivo dar azo aos crescentes problemas existentes nos presídios do país, dentre eles a superlotação, haja vista que o excessivo número de apenados muito superior à capacidade dos presídios prejudica a prestação eficaz do serviço pela via estatal e acarreta outras dificuldades, que desembocam falta de auxílio médico, alimentação desprovida de nutrientes, péssima higienização do local e dentre outros fatores necessários ao salutar atendimento dos presos.

Ademais, os crescentes problemas carcerários cada vez mais se destoam da finalidade ressocializadora da pena de prisão. Nesse sentido, o Jurista Cezar Roberto Bitencourt leciona que a Lei de Execução Penal, já em seu art.1º, destaca como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam, o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostram-se ilegais contrária à Constituição Federal. (BITENCOURT, 2012).

Portanto, propor que o Estado realize parcerias com empresas privadas mostra-se como uma alternativa que poderá solucionar boa parte dos problemas havidos no sistema prisional brasileiro e, assim, promover com maior eficiência a garantia dos direitos básicos de que o preso faz jus, tal como a dignidade humana e ter respeitado a sua integridade física e moral, direito estes que tratam-se de verdadeiras garantias constitucionais previstas no artigo 1º, inciso III e artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal de 1988, assim como para observar a integralidade do que é proposto pela Lei de Execução Penal que preza pela ressocialização do apenado.

1. CONCEITO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As Parcerias Público-Privadas (PPP's) possuem previsão legal na Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e representam a criação de um instituto que aprimora o regime de concessões, do qual se utiliza o Estado para a prestação dos serviços públicos de modo eficiente à coletividade, por intermédio do recolhimento de investimentos oriundos do setor privado para os setores da infraestrutura pública.

A parceria público-privada possui previsão legal no artigo 2º da Lei Federal nº.11.079/2004, o qual dispõe que este instituto se trata de contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa. Contudo, as parcerias público-privadas não possuem um conceito unívoco na doutrina, sendo possível descrevê-las como a relação havida entre o ente particular, ora concessionário, e o setor público, ora concedente que por meio de contrato que transfere a prestação do serviço público ao particular que deve observar os requisitos fixados contratualmente. (JOSÉ SARMENTO, 2016).

No artigo 2 da lei 11.078/2004, há a previsão de duas modalidades de parceria público-privada, uma delas se trata da concessão patrocinada, cuja previsão está no §1º do artigo supracitado, que prevê que a concessão patrocinada cuida da concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando abarcar de forma complementar à tarifa cobrada dos usuários contra prestação monetária do parceiro público ao parceiro particular. Em outras palavras, nesta modalidade o parceiro privado auferirá tarifa cobrada diretamente dos usuários e uma contraprestação pecuniária que será paga pelo ente público. Já na modalidade de concessão administrativa que está regulada no §2º do artigo referido, o parceiro privado é remunerado exclusivamente pelos recursos públicos, vez que a administração pública é usuária direta ou indireta do contrato de prestação de serviços.

A parceria pública privada possui como pressupostos objetos de valores superiores a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), e com período de vigência não inferior a 5 (cinco) anos e não superior a 35 (trinta e cinco) anos, conforme dispõe os artigos 22 e 23 da Lei no 8.987/95, sendo que é possível eventual prorrogação. Além disso, existe a divisão

dos riscos entre as partes e a previsão no contrato de parcerias público-privadas sobre a possibilidade de o parceiro privado aplicar penalidades ao parceiro público e vice-versa em caso de inadimplemento contratual.

Assim, as parcerias público-privadas surgem como uma opção benéfica aos presídios do país, vez que o Estado não administra o sistema prisional brasileiro de forma adequada, e sim em desconformidade com a Lei de Execução Penal que dispõe acerca do tratamento do preso, restando prejudicada a finalidade ressocializadora da pena. Nesse caso, o ideal é que a parceria público-privada seja formalizada na modalidade de concessão administrativa, considerando que haverá o repasse financeiro do Estado, contudo sem cobrança de tarifa do prisioneiro que é o principal usuário do serviço neste caso.

2. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DIANTE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84, permite de forma tácita a privatização dos estabelecimentos prisionais, tendo em vista que não proíbe expressamente a hipótese de privatização dos estabelecimentos prisionais. É possível extrair a autorização do texto legal, nos seus artigos 73 e 74, para implantação de Parcerias Público-Privadas nos presídios, que assim dispõe:

Art. 73. A legislação local poderá criar Departamento Penitenciário ou órgão similar, com as atribuições que estabelecer.

Art. 74. O Departamento Penitenciário local, ou órgão similar, tem por finalidade supervisionar e coordenar os estabelecimentos penais da Unidade da Federação a que pertencer.

Parágrafo único. Os órgãos referidos no **caput** deste artigo realizarão o acompanhamento de que trata o inciso VII do **caput** do art. 72 desta Lei e encaminharão ao Departamento Penitenciário Nacional os resultados obtidos.

Por intermédio dos dispositivos legais supracitados, se extrai que é viável que o ente público realize a transmissão do exercício da administração presidiária para o parceiro privado. Para Júlio Mirabete nada impede que a lei federal ou estadual, por instrumento hábil, ou seja, por delegação, concessão, permissão ou privatização, conceda o encargo de promover a execução material das penas a uma pessoa jurídica de direito privado para exercê-la, respeitadas as atividades jurisdicionais e administrativas judiciárias. Além disso, não há dispositivo legal que veda a gerência dos presídios pelo parceiro privado e nem lei federal dispondo que o diretor e os servidores devam ser servidores públicos. Embora se refira a “pessoal administrativo”, entende-se que essas funções podem ser exercidas por

particulares, de entidade privada, quando se trata de atividades de mera execução material da pena, tais como vigilância, instrução técnica, trabalho, assistência. (MIRABETE, 1993).

O artigo 4º da Lei nº 7.210/84 dispõe que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança. Nesse sentido, entende-se que a sociedade como um todo pode contribuir para o aperfeiçoamento da execução da pena, em que pese seja competência do poder público a gerência do sistema prisional (OSORIO; VIZZOTO, 2005).

Ademais, quando são realizadas as parcerias público-privadas com presídios, o ente privado não fica à mercê unicamente de sua supervisão, pois, independente de o sistema ser público ou público-privado permanecerá sob a supervisão Departamento Penitenciário Nacional, conforme previsão do artigo 72, inciso II, da Lei de Execução Penais, que dispõe que umas das atribuições deste departamento consiste justamente na inspeção e fiscalização periódica dos estabelecimento e serviços penais. Desse modo, a pessoa jurídica de direito privado terá sua atuação limitada e não poderá atuar de forma arbitrária.

Assim, não há previsão legal no sentido de que é proibida a gestão e operação material dos estabelecimentos prisionais exercidos por pessoa jurídica de direito privado. Porém, a fiscalização e controle do cumprimento das condições da pena estabelecidas pela Lei de Execuções Penais permanecem sendo exercidas pelo juízo da execução, porquanto a realização da atividade administrativa-judiciária fica sob o exercício dos demais órgãos da execução penal.

3. SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Sempre que se fala no sistema carcerário brasileiro, várias vertentes são tratadas, porém uma das principais acaba passando despercebida, ora, trata-se do escopo de todo esse sistema, qual seja, a punição, mas principalmente a ressocialização dos apenados.

O estado exerce seu poder sancionador de punir, ou seja, o Jus Puniendi, que nasce da linha tênue entre o direito penal e o direito constitucional, sendo limitado por todos os princípios constitucionais, sejam implícitos ou explícitos, bem como da legislação infraconstitucional e de tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, que também visam este mesmo fim, senão vejamos, o artigo 5º, inc. XLIX, da CF/88, que assim pontifica: "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral."

Nessa mesma senda é a Lei de Execuções Penais, lei, nº 7.210/41, que dispõe no seu artigo 10: "A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso".

Ocorre que o Estado Brasileiro, simplesmente não tem conseguido realizar o cumprimento legal e constitucional que lhe é imposto, pois a realidade carcerária brasileira é a superlotação, falta de assistência médica, higiene e alimentação aos presos, sendo estes os principais fatores que contribuem para a decadência do sistema prisional brasileiro.

Para se ter uma ideia mais fidedigna do que está sendo dito, atualmente, segundo o site oficial do CNJ/Conselho Nacional de Justiça, o Brasil possui uma população carcerária de mais de 700.000 (setecentos mil) presos que se encontram cumprindo penas no país em regime de encarceramento mais ou menos rígido e, isso significa simplesmente a terceira maior população prisional, em termos absolutos e um déficit de 354 mil vagas.

Dados do Ministério da Justiça, referente ao ano de 2014, apontam que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400% em duas décadas, sendo que na média para cada 100 mil habitantes o Brasil possui cerca de 300 apenados, só como referência esse número no Reino Unido é cerca de 144 presos para cada 100 mil habitantes. De tudo que foi brevemente exposto, logo se conclui que o atual modelo de gestão da população carcerária brasileira, não tem logrado êxito, no seu fim de punição e ressocialização.

Sendo assim, as parcerias público-privadas apresentam-se como uma oportuna alternativa, pois nesse novo modelo de gestão dos contratos de concessão, a longo prazo, em que o Governo define o que ele quer, em termos de serviços públicos, e o Parceiro Privado diz como e a que preço poderá apoiar o Governo.

Neste modelo, o governo e iniciativa privada tem o mesmo escopo, qual seja, proporcionar à população serviços de qualidade, durante muitos anos, sendo que este tipo de contrato pode durar até 35 anos, passível de eventual prorrogação e, além disso, a gestão/execução da pena se mantém como Estado, cabendo a iniciativa privada realizar a gestão material, recebendo por isso uma contrapartida financeira, até porque a empresa parceira visa lucro, como qualquer outra empresa.

A demais, oportuno destacar que não existe vedação constitucional ou infraconstitucional para a implantação de prisões privadas, cabendo a cada Estado avaliar as vantagens advindas dessas experiências, em termos de qualidade, segurança, orçamentos e domínios da execução penal.

4. EXPERIÊNCIAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO ÂMBITO DE PRESÍDIOS

Estados como, Ceará, Tocantins, Santa Catarina e Minas Gerais, são estados que tiveram experiências ou plano piloto com a aplicação de parcerias público-privadas, ainda que parcialmente, sendo que destes, apenas Minas Gerais, tem um modelo puro e integral de parcerias público-privadas, por meio da implantação do presídio em Ribeirão das Neves,

sendo este possível com a edição e promulgação da lei Estadual nº14.868, de 16 de dezembro de 2003.

Tendo como referência o estado de Minas Gerais, a parceria pública privada é de 27 anos, lembrando que nos termos da lei 11.079/04 essa parceria pode ser de até 35 anos, sendo que segundo a Sede (secretaria de Estado e Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais), a envergadura do investimento privado chega a casa dos 280 (duzentos e oitenta) milhões de reais, o que geraria cerca de 3.360 (três mil e trezentos e sessenta) novas vagas aos apenados. Como é sabido, o modelo das PPP's, não é um modelo engessado, variando e adaptando-se conforme a realidade de cada estado e de seus respectivos modelos prisionais. No caso de Minas Gerais, a gestão envolve a remuneração do ente parceiro da administração pública conforme o número de vagas ocupadas, assim o montante final, cito custo preso, que será pago pelo Estado sendo essa a receita direta do ente parceiro.

Nessa senda importante ressaltar que o governo em contrapartida, ofertará algumas políticas públicas que direta ou indiretamente afetaram o sistema prisional, bem como estabelecendo um pilar ao ente parceiro para a boa administração, cita-se; implantar vias de acesso ao complexo, além de monitorar as atividades desenvolvidas, bem como garantir a ocupação mínima prisional em 90% (noventa por cento) de sua capacidade, lembrando que esse monitoramento deriva do poder de tutela ou controle finalístico tão peculiar na administração pública, que tem como principal escopo observar se o ente parceiro privado tem alcançado as metas e objetivos a ele estabelecidas. Em Minas, após o processo licitatório a vencedora foi a Gestores Prisionais Associados S/A (GPA), tendo esse o escopo específico de exploração do Complexo de Ribeirão das Neves.

Neste caso, a parceria do estado de Minas Gerais e a Gestores Prisionais vem na órbita de R\$ 2.111.476,80. O cálculo para chegar ao valor não é dos mais simples, sendo que a remuneração do ente privado é fatiada entre bônus recebidos pelo cumprimento de metas. Estes bônus podem ser estipulados periodicamente, geralmente a cada cinco anos, sendo que essas metas tem a ver com gestão do complexo, bem como também é realizado um pagamento com base na quantidade de apenados, tudo a depender das bases contratuais ajustadas entre a administração pública e o ente parceiro/privado.

No caso de Minas, o ente privado se obriga a realizar todos os serviços de assistência previstas na Lei de Execução Penal, o que envolve desde a assistência a saúde, até a assistência religiosa e educacional, essa questão da assistência merece destaque, pois visa garantir diretamente a dignidade humana, preceito constitucional que conseqüentemente irá gerar condições suficientes ao reeducando de retornar ao convívio social, ou em termos pragmático, transformar o criminoso em não criminoso, até porque muitos dos apenados não tinha essa assistência nem mesmo antes do cárcere. Ademais, esse é um poderoso fator que pode incidir positiva ou negativamente no regime disciplinar do preso, pois um ambiente saudável e mais acolhedor afeta diretamente na sua recuperação.

Outra atribuição do ente privado, GPA (Gestores Prisionais Associados S/A), é a manutenção e funcionamento da unidade prisional, incluindo inclusive a contratação de mão de obra. Além disso, incumbe ainda ao consórcio a segurança interna do presídio, provendo o monitoramento da unidade e o período de condenação dos apenados, dentre outras obrigações, tendo o poder estatal que manter seu dever de fazer cumprir as penas estabelecidas pela Justiça, acompanhando a execução das penalidades em conjunto como Ministério Público, Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas e a Defensoria Pública.

Em mais uma breve comparação, entre as parcerias público-privadas e a gestão estatal, (Bergamasghi, 2017) aponta o custo benefício proporcionado pelo primeiro modelo, senão vejamos, no sistema presidiário de Minas Gerais, o custo mensal de cada preso é em torno de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais), sendo metade deste valor, no caso R\$ 1.750,00 (um mil setecentos e cinquenta reais) para despesa com o custodiado e manutenção do presídio e a outra metade do valor é destinado para o pagamento da construção do presídio.

Ao passo que nos quatro presídios federais de segurança máxima, Campo Grande, Catanduva, Porto Velho e Mossoró, que custodiamos criminosos mais perigosos do país e chefes de quadrilhas organizadas, se destaca o custo por mês de cada preso que é de R\$ 3.450,00 (três mil quatrocentos e cinquenta reais), em média, e a maior parte desse valor é para pagar os salários dos servidores públicos (CAETANO, 2017).

Cordeiro (2006), aponta no plano internacional, que Holanda, França, Reino Unido, EUA e Austrália, sendo esta última a recordista mundial, com uma média de 17% de seu sistema prisional, na modalidade parcerias público-privadas, foram pioneiros tendo iniciado com esse modelo de gestão no sistema prisional desde o século passado.

Vale ressaltar que cada país tem em seus modelos suas próprias particularidades, adaptando-se assim as suas respectivas necessidades, inclusive levando em conta as suas realidades financeiras, porém a ideia geral é a mesma, qual seja, as obrigações recíprocas, compartilhamento de riscos e responsabilidades, bem como a continuidade do serviço e contrato.

A título ilustrativo e referência, vejamos o caso do Reino Unido, o modelo de parceria público-privada atual surgiu no começo da década de 90 do século passado. Seu impulsor foi um programa, conhecido como FPI ("Private Finance Initiative"), cujo escopo era estimular a gestão de serviços e a realização de obras. As parcerias público-privadas são utilizadas em diversos setores do Reino Unido, como: conservação e limpeza pública, educação, habitação, saúde, transporte e até mesmo lazer, tendo atingido um nível de avaliação considerado bem-satisfatório. Segundo Santos (2010), uma série de fatores contribuíram para o avanço das parcerias público-privadas após vários anos, a título exemplificativo, cita-se os bem elaborados contratos e a definição criteriosa de avaliação

da parceria, sendo que na maioria dos casos cerca de 75%, (setenta e cinco por cento) dos custos e prazos de entrega nos contratos de parcerias público-privadas são observados.

Os críticos desse modelo se apegam no fato de que o custo de um apenado no tradicional sistema carcerário brasileiro, quando comparado com as parcerias público-privadas, é muito próximo. No caso de Minas Gerais o primeiro modelo é algo em torno de R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais) a R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) mensal, ao passo que nas parcerias público-privadas esse valor pode chegar até R\$ 3.100,00 (três mil e cem). Assim, segundo a Secretaria de Defesa Social de Minas Gerais, comparando meramente os números, à primeira vista não se nota mesmo diferenças significativas.

Ocorre que, o que está envolvido aqui é a forma como esse montante é gasto. Como já dito, no caso do tradicional modelo brasileiro que é fadado ao fracasso, o valor investido é basicamente para manter o sistema em funcionamento e mal diga-se de passagem, sendo os gastos diretamente com pessoal e manutenção, ao passo que nas parcerias público-privadas esses valores envolvem investimentos diretamente na recuperação e bem estar dos apenados, tendo como o trabalho desenvolvido dentro do complexo de Ribeirão das Neves, em que 100% dos presos são obrigados a trabalhar e estudar, não tendo apenado ocioso se está apto ao trabalho ou ao estudo, sendo que aqueles que se negarem a trabalhar ou estudar de modo injustificado são transferidos.

Ainda, segundo a secretaria de Defesa Social do estado de Minas Gerais, existem empresas interessadas em instalar força de trabalho dentro da unidade prisional, desenvolvendo atividades na seara de calçados e confecções. Salutar ainda destacar que o trabalho dos apenados tem tão somente o caráter de ressocialização, pois o parceiro privado não pode obter lucro com o trabalho dos custodiados. Assim, flagrante que a forma como cada modelo faz a gestão dos gastos é bem diferente, e determinante para a ressocialização do apenado que recebe uma assistência material e não meramente formal, diminuindo consideravelmente as chances de voltar a delinquir, haja vista que voltando ao convívio social estará mais apto a ingressar no mercado de trabalho.

Assim, as parcerias público-privadas tem se mostrado uma sólida alternativa, principalmente no plano internacional. No Brasil as parcerias público-privadas, ora disciplinadas pela lei nº 11.079/04, tem se apresentado como uma esperançosa alternativa para dirimir grande parte dos problemas carcerários brasileiros. E por mais que sua aplicação no cenário nacional ainda seja tímida, tem-se que esse será o futuro do sistema prisional não só a nível nacional, mas também ao redor do mundo, onde já tem uma aplicabilidade maior, alcançando tanto a economia, bem como a recuperação e bem-estar dos apenados.

5. VANTAGENS E DESVANTAGENS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COM PRESÍDIOS NO BRASIL

As dificuldades havidas no sistema prisional brasileiro são evidentes e obviamente que não há uma solução totalmente satisfatória para os inúmeros problemas carcerários já apontados ao longo deste artigo. Entretanto, dados recentes do Anuário Brasileiro de Segurança Pública apontam que faltam mais de 305 mil vagas no sistema penitenciário brasileiro para acomodar cerca de 748 mil presos, o que nos leva acreditar que a construção e manutenção das parcerias público-privadas com o Estado é uma sugestão que atrai a maioria dos brasileiros, pois muito provavelmente contribuirá para o aumento do espaço prisional e, conseqüentemente dirimir a superlotação carcerária.

O problema relacionado à superlotação tem origem na omissão Estatal motivada, inclusive, pela indisponibilidade financeira do ente público, pois em países subdesenvolvidos, como no Brasil, os orçamentos destinados à manutenção dos presídios e aos apenados individualmente individual são insuficientes, para que se tenha garantido os direitos essenciais e básicos, tal como ter uma alimentação adequada, energia elétrica entre outros (GRECO, 2013). Assim, a prestação de serviço público torna-se ineficiente e acaba sujeitando os apenados a condições desumanas que, conseqüentemente resultam em mais rebeliões, violência e mortes dentro dos presídios, além do aumento das reincidências decorrentes da falta de ressocialização dos presidiários.

A Lei de Execução Penal, no seu artigo 41 contempla várias garantias ao preso, a fim de ressocializá-lo. São elas:

- a) Direito à alimentação suficiente e vestuário;
- b) Direito ao trabalho e sua remuneração;
- c) Direito à Previdência Social;
- d) Direito ao descanso e a recreação;
- e) Direito ao exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- f) Direito de assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social;
- g) Direito de visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- h) Direito ao chamamento nominal;

i) Direito à igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

j) Direito de contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;

k) Direito à assistência religiosa. Nesse caso, o preso tem direito de seguir a religião que desejar, sendo que a unidade prisional deve providenciar espaços adequados para realização de cultos.

l) Direito à assistência judiciária e contato com advogado, pois o preso tem o direito constitucional de conversar no particular com seu patrono e, na falta deste, com o defensor dativo, a ser nomeado pelo Estado.

Os direitos do preso estão voltados para a garantia do direito fundamental da dignidade da pessoa humana que é contemplada pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal vigente, que consiste na ideia humanitária de que o homem para ser digno deve estar plenamente inserido no seio social. Além disso, o rol de direitos previstos pela Lei de Execução Penal em favor do preso visam dar sentido à função ressocializadora da pena privativa de liberdade que consiste na busca pela reabilitação do preso apenado em razão de sentença condenatória penal por ter infringido as normas legais, através de sua segregação, a fim de que reflita acerca dos danos que causou ao bem jurídico tutelado e violado, no grau de reprovabilidade de sua ação criminosa e compreenda a importância do respeito e obediência às legislações para um convívio social saudável e agradável em sociedade.

Nesse sentido, Claus Roxin afirma que servindo a pena exclusivamente fins racionais e devendo possibilitar a vida humana em comum e sem perigos, a execução da pena apenas se justifica se prosseguir esta meta na medida do possível, isto é, tendo como conteúdo a reintegração do delinquente na comunidade. Assim, apenas se tem em conta uma execução ressocializadora. O facto da ideia de educação social através da execução da pena ser de imediato tão convincente, deve-se a que nela coincidem prévia e amplamente os direitos e deveres da colectividade e do particular, enquanto na cominação e aplicação da pena eles apenas se podem harmonizar através de um complicado sistema de recíprocas limitações (ROXIN, 1986). Assim, a alternativa que mais se aproxima da garantia da função ressocializadora da pena é a implantação de parcerias público-privadas com os presídios.

A concessão da execução do serviço penitenciário ao parceiro privado mostra-se como uma alternativa vantajosa tanto para o estado como para o apenado. Quando o ente público contrata a execução do serviço ao setor privado, mantém para si os encargos,

obrigações e responsabilidades por seu financiamento, regulação, avaliação e controle, entretanto, auferir vantagens se beneficiando do acesso às inovações tecnológicas, da diminuição de despesas com pessoal, se exime das formalidades e burocracia para compra de materiais e dos atrasos recorrentes dos cronogramas, fundamentalmente na construção de novos estabelecimentos (MINHOTO, 2000). Assim, a parceria privada com as penitenciárias é uma opção que tende a proporcionar ao preso um ambiente carcerário condizente com os seus direitos e, além disso, viabilizam a redução de gastos pelo estado, em razão de que poderá fazer obras e comprar bens sem muitas burocracias e com preços mais baixos de que o Estado que precisa se submeter às licitações, o que gera custos maiores.

Ademais, o parceiro privado pode dispensar de imediato o seu empregado que praticar falta, como corrupção ou maus-tratos, enquanto o empregado público está sujeito à legislação específica que prevê diversos procedimentos antes de uma demissão. Vale lembrar ainda que por se tratar de contratos administrativo formalizados entre o parceiro privado e Estado, quando a empresa privada não cumprir com as condições impostas contratualmente, ou seja, no caso de administração ineficientes dos presídios pelo parceiro privado, os contratos podem ser rescindidos unilateralmente pelo parceiro público, desde que por decisão motivada e observado o contraditório e ampla defesa, em consonância com o devido processo legal.

Quanto às condições estruturais em si, é notório que os estabelecimentos penais não possuem estrutura adequada, o que gera afronta a preceitos constitucionais e direitos humanos dentro do sistema prisional. Com as parcerias público-privadas nas penitenciárias, os estabelecimentos prisionais passam a ter uma estrutura de qualidade, oferecendo mais segurança, condições higiênicas adequadas, mais celas e, conseqüentemente maior capacidade carcerária e redução do excesso de presos por cela, observando de forma unânime as regras estabelecidas pela Lei de Execução Penal. Para Fátima Miranda, a vantagem da parceria público-privada nas prisões é o cumprimento da lei, que dá assim, comprovadamente, efetivas condições ao preso de cumprir a pena e retornar à sociedade sem reincidir, ao contrário do que vem acontecendo com o sistema prisional público, que somente agrava a situação do apenado. (MIRANDA, 2017).

Por outro lado, as parcerias público-privadas nas penitenciárias apresentam desvantagens que devem ser observadas e analisadas antes da adoção de um novo modelo de gestão. Dentre elas, existe uma discussão em torno da delegação da execução do serviço penitenciário ao particular, pois, conforme afirma Meirelles (2012), certos serviços públicos são privativos do Estado e não podem ser delegados a particulares, haja vista que normalmente precisam de atos de império e medidas compulsórias. Contudo, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, não existe uma proibição legal expressa quanto à parceria público-privada em sua gestão, bastando que o poder público mantenha o

controle de fiscalização sobre o novo sistema de gestão privada, para evitar arbitrariedades.

Outra crítica comum, é no sentido de que o parceiro privado visa somente o lucro. Para os operadores privados da gestão penitenciária não haveria o interesse de reeducação dos presos, pois a estas entidades interessaria manter a clientela (VIGGANO, 2002). Logo, se para a gestão do sistema é vantajoso o volume de presos, não haveria interesse que o preso deixasse da posição de reeducando.

No entanto, é possível fazer uma adequação no sistema, garantindo o lucro ao empresário privado e afastando o receio de exploração da mão de obra do preso pelo parceiro privado. Ademais, de um jeito ou de outro, o trabalho faz é inerente à pena, é claro que desde que laborado nos limites legais e a finalidade ressocializadora, o que se mostra vantajoso ao preso que seria servido com um serviço de qualidade e eficiente, bem como estaria realmente sujeito à ressocialização (ARAÚJO JUNIOR, 1995).

Portanto, em consonância com o que afirma Fernando Capez (CAPEZ, 2008), as parcerias público-privadas com as penitenciárias são, na verdade, uma necessidade, pois é notório que o Estado não detém recursos financeiros para construir novos presídios e, por isso, temos depósitos humanos, escolas de crime e fábrica de rebeliões, que se o Estado não adotar as parcerias público-privadas para aumentar o número de presídios e melhorar as condições de vida e reinserção social do apenado, o atual sistema prisional brasileiro permanecerá neste cenário por período indeterminado.

CONCLUSÃO

Desta breve análise da estrutura do sistema prisional brasileiro, pode-se concluir que o cenário é alarmante, haja vista as lacunas deixadas pelo estado na prestação dessa política pública, a título ilustrativo, basta citarmos, a superlotação, falta de condições de higiene, saúde e rebeliões, entre outros.

Assim, fica latente que o Estado tem se mostrado ineficiente, na prestação da execução penal, não conseguindo cumprir sua função, longe de ofertar um tratamento adequado com condições dignas de pessoas que estes são, e não como meros apenados, pois na maioria das vezes estes são tratados como condenados. É notório que para se reabilitarem ao convívio em sociedade, é fundamental que durante o regime de cumprimento da pena, sejam tratados com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana, bem como toda e qualquer tratamento degradante também é incompatível.

Nessa senda, as parcerias público-privadas têm se mostrado uma medida alternativa para redução dessa grave mazela social, tendo previsão legal, na lei n. 11.079/2004, que

regula o sistema de parcerias entre o poder público e a iniciativa privada, autorizando tal prática, e a Lei de Execução Penal (lei, nº 7.210/84), que estabelece a cooperação entre o poder público e a comunidade na execução penal.

Ainda salutar destacar que outra vantagem do instituto das parcerias público-privadas é a questão da economia, ora, os custos do sistema terceirizado em relação ao sistema convencional num primeiro momento até são equivalentes. Entretanto, as experiências de parcerias público-privada em estabelecimentos penais no Brasil, como o estado de Minas Gerais, demonstram que o gasto das parcerias público-privadas, apresentam resultados satisfatórios no tocante às condições dos presídios, e conseqüentemente a qualidade de vida dos apenados, pois no modelo convencional o gasto é basicamente com servidores e para manutenção do sistema, sem nenhum tipo de melhoria, ou investimento, ao passo que nas parcerias privadas com o ente público, a distribuição de presos nas celas, trabalho dos apenados e menor custos de manutenção do sistema se destacam.

De mais a mais, embora discreta no Estado Federado brasileiro, no direito alienígena as parcerias público-privadas já são uma realidade, países como França, Espanha e Portugal têm buscado referências na experiência do Reino Unido, que foi pioneira nesse modelo, a fim de tentar centralizar as diretrizes para a elaboração dos contratos, com o objetivo de simplificar a negociação de termos e condições do relacionamento a ser mantido com o parceiro privado. Os benefícios das parcerias público-privadas já apresentam contornos significativos, pois inovaram no direito público brasileiro, em especial no Direito Administrativo, em razão da alteração na sistemática tradicional que envolve o denominado risco do empreendimento existente nos contratos de concessão.

A transferência do risco do setor público para o setor privado é uma característica fundamental das parcerias público-privadas, elementos como; a participação efetiva dos envolvidos na parceria (governo e parceiro privado), criação de mecanismos legais, coibindo abusos das partes seja o parceiro privado, seja a Administração Pública, tornam essa parceria contratual bem segura, cabendo ao Estado uma atenção especial para criação de um microssistema sobre a terceirização dos presídios com o escopo de viabilizar sua estruturação no Brasil, seja analisando os aspectos econômico, jurídico e/ou social dessa espécie de gestão.

Assim, o Estado sempre deve ter em mente a reeducação e ressocialização dos presos, visando inclusive evitar a reincidência, o estado deve prestar-lhe assistência, material, saúde, jurídica e educacional, à luz dos novos paradigmas de gestão pública, que são as parcerias público-privadas. Estas demonstram ser um valioso instrumento na busca da ressocialização do preso, até pelo ambiente mais saudável que proporcionam, bem como exercem melhor o papel de gerenciamento e supervisão sobre os apenados, não

tendo um apenado em si, mas um agente que após ter cumprido sua pena com condições dignas esteja preparado para volta ao seio da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de (Coord.); ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção et al. (Colabs.). Apresentação. **Privatização das prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 apud PINTO, Sâmia de Rezende. **Aspectos da privatização de presídios**. Origem, previsão legal, modelos, experiência brasileira e internacional. Revista Atena, n. 01, p. 101-119.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública. forumdeseguranca.org.br. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: Senado Federal, 1988. BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institua Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012;

BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL.

Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro**. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em: Acesso em: 4 mai. 2021.

Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília, DF: CNJ, 2014 a. Disponível em: .Acesso em: 4 mai. 2021.

Com custo mensal de R\$ 2.700 por detento, primeiro presídio privado do país é inaugurado em Minas Gerais. Uol. com.br, 2013. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/01/17/com-custo-mensal-de-r-2700-por-detento-primeiro-presidio-privado-do-pais-e-inaugurado-em-minas-gerais.htm>.

Direito Público Em Pauta. Entrevistas por Vilbégina Monteiro. Disponível em: <http://www.datavenia.net/entrevistas/000012032002.htm>. Acesso em 03 abr 2008, apud SANTOS, Jorge Amaraldos. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**.

GRECO, Rogerio. **Sistema Prisional-Colapso Atual e Soluções Alternativas**. 2.ed. Impetus, 2013.

(LAZARINI; CABRAL apud SANTOS, 2008). CABRAL, Sandro e LAZZARINI, Sérgio. **Gestão Privada Com Supervisão Pública**.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **A privatização dos estabelecimentos penais diante da lei de execução penal.** Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, n. 1, jan./jul. 1993. apud PINTO, Sâmia de Rezende. **Aspectos da privatização de presídios. Origem, previsão legal, modelos, experiência brasileira e internacional.** Revista Atena, n. 01, p. 101-119. IESB e Metropolitana. Setembro/2006. Disponível em: <<http://www.iesb.br/ModuloOnLine/arquivos/RevistaAtenaV1.pdf>>.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001 apud PINTO, Sâmia de Rezende. **Aspectos da privatização de presídios. Origem, previsão legal, modelos, experiência brasileira e internacional.** Revista Atena, n. 01, p. 101-119. IESB e Metropolitana. Setembro/2006. Disponível em: <http://www.iesb.br/ModuloOnLine/arquivos/RevistaAtenaV1.pdf>.

MEDINA OSÓRIO, Fábio; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **Sistema penitenciário e parcerias público-privadas: novos horizontes.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 882, 2 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7643>>.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade: A gestão da violência no capitalismo global.** São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 65.

MIRANDA, Fátima. **Privatização no sistema carcerário brasileiro.** Disponível em: <<https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/251309464/privatizacao-no-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

REIS, Ercília Rosana Carlos. **A privatização das prisões sobaótica do direito administrativo.** In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de (Coord.). **Privatização das prisões.** São Paulo: Revistados Tribunais, 1995 apud PINTO, Sâmia de Rezende.

SANTOS, Guilherme Penalva. **Parcerias Público-Privadas: Uma abordagem introdutória.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2010. p.123.

VIGGIANO, Fernando Braga. **Endurecimento das penas e da execução penal: retrocesso inigualável.** In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.39, n.156, p.25-31, out/dez.2002,p.30-31.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 38. ed. São Paulo: Malheiros, p.420, 2012.

MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

BRUNO BRAZ DE ALMEIDA:
Graduando em Direito pelo instituto
UNA.

THAYS AUGUSTA LOPES SANTOS
(coautora)

LUCAS CAMPOS DE ANDRADE SILVA
(orientador)

RESUMO: O Direito está em constante transformação de modo a acompanhar as mudanças da sociedade. Diante disso, nasceu a necessidade de o judiciário se atualizar no sentido de acompanhar essas mudanças, criando mecanismos cada vez mais eficazes na promoção da pacificação social. O presente artigo visa contextualizar ideias e expor resultados conquistados com a experiência proporcionada no ambiente de autocomposição, a fim de que possamos aperfeiçoar a implementação de suas ferramentas. Os marcos teóricos caminham no sentido das ideias apresentadas por Alexandre Araújo Costa, Roger Fisher Pereira e César Cury ao mencionarem as diversas barreiras que até então não permitem que os métodos alternativos sejam aplicados em sua integralidade.

Palavras-chave: *Controvérsias. Mecanismos. Autocomposição. Conscientização. Interpessoais*

Abstract: Law is constantly changing in order to keep up with the changes and parameters of society. In view of this, there is a need for the judiciary to update itself in order to keep up with these changes, creating increasingly effective mechanisms in promoting social pacification. This article aims to contextualize ideas and expose results achieved with the experience provided in the self-composition environment, so that we can improve the implementation of such tools.

Key-words: Controversies. Mechanisms. Self-composition. Awareness. Interpersonal

1 INTRODUÇÃO

Os Métodos Adequados de Solução de Conflitos surgiram em nosso ordenamento jurídico na tentativa de atender de maneira específica cada caso concreto, promovendo uma atuação participativa dos envolvidos e proporcionando uma experiência que orientasse e resolvesse, de modo pacífico e inclusivo, futuras controvérsias.

Diante disso, tem se mostrado necessário desmistificar o conceito de conflito, mostrando que este é inerente à existência humana e pode ser encarado de maneira a contribuir positivamente para o relacionamento das pessoas, sem que haja desconforto e estresse. Tratam-se de ferramentas modernas e para a sua boa implementação ainda há barreiras culturais que acabam por esconder a sua finalidade.

Cada vez mais os métodos adequados têm se mostrado eficientes, promovendo uma redução exponencial no número de novas demandas ajuizadas, auxiliando a todos os jurisdicionados interessados e aproximando o judiciário das pessoas. Judiciário este que antes era encarado como uma figura impositiva, coercitiva e embutido de demasiado formalismo. Portanto, os Métodos Adequados de Solução de Conflitos surgiram como ferramenta de integração, proporcionando um ambiente mais agradável para as partes, e estas, cada vez mais, buscam-no sabendo que lá serão ouvidas e que seus problemas podem ser resolvidos de maneira simplificada.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, foram criados quatro tópicos, desenvolvidos através de pesquisas em diversas fontes e complementado através de conhecimento empírico, proporcionado por meio dos CEJUSCs.

Inicialmente, trabalharemos as características e aplicação dos Meios Adequados de Solução de Conflitos na atualidade, citando a origem do conflito e o que leva as pessoas a litigarem, bem como os impactos aos envolvidos. Posteriormente, trataremos de sua implementação, contando sua evolução histórica e sua implementação no atual Código Civil. Logo, apontaremos os efeitos e vantagens dos métodos alternativos, bem como os benefícios àqueles que procuram o judiciário de maneira espontânea, de boa-fé, levando ao Poder Estatal seus problemas e depositando confiança na esperança de que estes sejam resolvidos. Por fim, identificaremos as barreiras de sua implementação, na tentativa de simplificá-los e contribuir de alguma forma no seu enfrentamento, auxiliando na conscientização de todos.

2 A ORIGEM DOS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os Meios Adequados de Solução de Conflitos são nada mais são que formas alternativas pelas quais os jurisdicionados buscam resolver determinada demanda. São alternativos e possuem a atuação de um terceiro facilitador neutro, alheio ao litígio e treinado para lidar com os assuntos que lhes são levados. Através da ajuda desse terceiro facilitador, as partes são conduzidas a uma solução eficaz, de maneira respeitosa, sendo-

lhes facultado chegar ou não a um acordo. Havendo a composição de acordo, será homologado pelo juiz, com vistas ao Ministério Público quando couber.

A Mediação possui um procedimento mais sofisticado, visando solucionar, principalmente, questões subjetivas e geralmente é indicado para os casos nos quais os envolvidos já possuíam um relacionamento anterior. Poderá ocorrer judicialmente e extrajudicialmente e o mediador tem o dever de conduzir de forma passiva, sem sugerir nenhuma solução, apenas aplicando técnicas apropriadas para a boa comunicação entre as partes.

A Conciliação é o método no qual um terceiro imparcial denominado Conciliador ajuda as partes a alcançarem uma solução satisfatória criada pelas próprias partes, podendo sugerir, de maneira branda, algumas soluções. É indicada para casos nos quais as partes não possuem relacionamento anterior e possui caráter diretivo. Nesta modalidade, o terceiro condutor pode atuar de forma ativa na tentativa de solucionar a lide.

A Arbitragem se difere um pouco, pois nela as partes escolherão um terceiro de sua confiança para solucionar as controvérsias, objeto da lide. A sentença arbitral possui os mesmos efeitos de uma sentença judicial, razão pela qual tem força de título executivo judicial.

Conforme Schnitman:

[...] os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, pós-consequente, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes. A forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas. Pode-se dizer que os conflitos ocorrem quando ao menos duas partes independentes percebem seus objetivos como incompatíveis; por conseguinte, descobrem a necessidade de interferência de outra parte para alcançar suas metas. (1999, p. 170)

Portanto, os Métodos Adequados de Solução de Conflitos surgiram como auxiliares da justiça, fornecendo um imenso aparato de atenção aos envolvidos, promovendo a pacificação social, o desafogamento do judiciário e, por último, mas não menos importante, permite que o judiciário aprecie com mais recursos demandas que realmente

necessitem da completa apreciação do judiciário. É nítido que a máquina do judiciário é enorme e extremamente onerosa, tornando descabida a utilização de todos seus recursos em demandas de menor complexidade.

O conflito sempre esteve presente caminhando lado a lado com a sociedade. Ele decorre da necessidade de nos mantermos em grupos e possui a finalidade de ajustar as diferenças e interesses dos componentes de um grupo. Almeida (2019, p.46) ensina que a existência de disputas é uma consequência direta e natural da vida em sociedade, portanto não devemos esperar pela extinção dos conflitos, mas por torná-los uma ferramenta de ajuste saudável de impasses. O conflito está ligado às relações humanas e, conforme Vasconcelos (2008, p.21), "conflito significa dissenso", não devendo ser tratado como uma disputa onde o outro envolvido seja um adversário. Do contrário, nascerá uma espiral de disputas onde, na maioria das vezes, o real motivo do conflito acaba por ser esquecido na tentativa de refutar os argumentos da parte considerada adversa.

Doravante, por se tratar de assunto novo, ainda temos muito a aprender. Estamos lidando com ferramentas modernas e para sua boa implementação é necessário que a sociedade brasileira esteja aberta e apta a participar de forma saudável de sua implementação. É necessário deixar de lado o conceito de que o conflito seja algo a ser combatido, devendo ser encarado com uma perspectiva construtiva, onde os envolvidos estejam aptos a respeitar e saber exprimirem suas vontades. Diante da cultura desconstrutivista impregnada na sociedade, notamos seus reflexos através da imensa quantidade de demandas judiciais como consequência da terceirização das soluções que até então são deixadas sob o encargo do Poder Judiciário.

A quantidade de demandas judiciais cresceu muito nos últimos anos, de maneira que os recursos estruturais do Estado não conseguiram acompanhar, fazendo com que o estado não cumpra com diversas obrigações impostas por nossa Carta Magna. E é essa uma das mais importantes motivações da aplicação de mecanismos alternativos. Diante deste e de outros diversos motivos, foi editada a Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, positivando os Métodos Adequados à atribuição do Judiciário, almejando uma prestação jurisdicional alternativa e mais efetiva, remediando a crise jurídica emanada pela grande quantidade de demandas do Poder Judiciário.

Em resumo, os métodos adequados vieram para complementar a tutela oferecida pelo judiciário, fornecendo uma melhor visualização do real problema pelas partes, para que entendam e cheguem a um consenso, trabalhando não só na solução temporária do problema, mas também suas causas e consequências. Dessa forma, devemos aprimorar

nossas relações interpessoais, procurando, através da educação, orientar a sociedade, com o intuito de se tornarem aptas a lidarem de forma saudável com eventuais controvérsias.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

Os métodos adequados de solução de conflitos surgiram na antiguidade, com a estruturação do Estado, onde, diante da necessidade de maior organização e com o crescimento deste, nasce uma função de pacificar os conflitos que aconteciam naquela sociedade. De uma análise dos elementos da história é possível notar diversos movimentos e evoluções na tratativa dos conflitos.

Foi a partir da modernização dos modos e com o advento da tecnologia, surgiu a necessidade de aprimorar os métodos de pacificar os conflitos existentes na vida humana. E sua implementação em nosso estado democrático não foi diferente, pois surgiu da clemência da população brasileira por mudanças no sistema, culminando, de forma significativa, por uma intermediação menos inquisitiva e burocrática que a prestada pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, podemos destacar a crescente demanda por decisões que partissem do judiciário, justificada pelo crescimento populacional. Entretanto, os recursos implementados nas instituições responsáveis por promover a pacificação social não acompanhou o aumento das demandas, nascendo, então, a necessidade de criação de métodos capazes de promover o desafogamento dos litígios. E desse modo surgiram mecanismos capazes de não só promover a pacificação social, mas também de preparar as pessoas a lidarem com suas frustrações, instruindo-as a lidar de forma pacífica com os desentendimentos e resolvendo, por si mesmas, a falta de consenso.

O Código Civil de 2002 surgiu de modo a dar mais transparência às relações civis, no intuito de modernizar os métodos e formas de pensamento que permeiam o plano dos conflitos. Sua aplicação se amoldou tão perfeitamente nos métodos alternativos, de modo a sobrepor a ideia de autocomposição e colocando a heterocomposição em segundo plano, disponibilizando-a a ser aplicada nas demandas que realmente necessitam integralmente dos recursos disponíveis no Poder Judiciário.

Portanto, o anseio social por uma prestação jurisdicional efetiva aliado à evolução da vida em sociedade e ao excessivo crescimento no número de novas demandas, influenciaram na criação de um novo código civilista que rompesse as barreiras integralmente inquisitivas e abrisse espaço para um novo direito moderno, que essencialmente se preocupa em preparar os envolvidos para lidarem com suas próprias

frustrações através da intermediação de um terceiro imparcial. O citado instituto enriquece o diálogo entre as pessoas, contribuindo para um mundo mais civilizado.

4 EFEITOS E VANTAGENS DOS MÉTODOS ADEQUADOS

A demasiada formalidade do Poder judiciário dissemina à população a sensação de que o seu direito estará seguro se vindo de uma sentença prolatada por um juiz, após os trâmites de um processo judicial. Essa dependência provoca inúmeros reflexos negativos, como a demora de julgamentos, a superlotação das secretarias, a dificuldade de acesso à justiça, se contrapondo, assim, à celeridade processual, dificultando a resolução de problemas graves, devido à burocracia.

Diante da percepção de que a sentença judicial, muitas vezes, acaba não sendo a solução mais satisfatória para nenhuma das partes, pois, em muitos casos, ela não consegue atingir o bem da vida almejado, concluiu-se que uma das principais características do movimento ao acesso à justiça é que o sistema público de resolução de conflitos deve estar legitimado para a satisfação do jurisdicionado em relação à condução e também ao resultado final do processo em que ele está envolvido (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015; MACHADO, 2013).

Conforme depreende-se do trecho do texto de Machado, os métodos adequados são formas eficazes de resolução pacífica de problemas que lesionam os cidadãos. Logo, a competência judiciária, apesar de ser indispensável, não é a única de resolver os citados conflitos, pois nem sempre são capazes de promover a satisfação social. Além de um novo caminho, esses meios trazem a possibilidade de mudança de mentalidade, desenvolvendo na sociedade uma cultura de comunicação, viabilizando que as próprias partes envolvidas, através da experiência proporcionada, sejam os respectivos responsáveis pela resolução de seus conflitos.

O direito tem como principal função organizar a coletividade, sistematizar interesses e resolver os conflitos que surgem na sociedade. E nos dias de hoje, quando surge um conflito entre duas pessoas, o direito coage que, para resolver, é indispensável que seja chamado o Estado-juiz, que supostamente investigará o caso concreto e dirá qual a vontade expressa no ordenamento jurídico, exercendo sua função essencial.

Como exemplo de instrução aos litigantes para atuarem ativamente nas próximas desavenças, temos que nos CEJUSCs, ambiente no qual acontecem as sessões de

conciliação, também são preparados, de modo a posicionar as partes numa maneira que as integrem na elaboração da solução para o conflito levantado, afastando o “clima” de ambiente impositivo. Geralmente, na conciliação ocorrem concessões por parte dos envolvidos, aproximando-se de um ajuste aceitável para ambas as partes. Cumpre ressaltar que o conciliador, a todo tempo, trabalha de forma direta na formação das vontades manifestadas, conduzindo os envolvidos para uma conversa produtiva, evitando que os envolvidos caiam numa espiral de ideias e argumentos conflitantes.

No passado, a lide era solucionada através da autotutela, onde a decisão do mais forte era a que valia. Com a nova esquematização do Estado, a justiça privada deu lugar para justiça pública e o Estado passou a demandar sobre os particulares, resolvendo os conflitos destes.

Conforme se pode constatar nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

"Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade." (1988, p. 31).

Neste diapasão, no momento atual, o os custos do Poder Judiciário vêm sendo largamente comentado, diante de sua grande onerosidade. Portanto, os operadores do direito se encontram obrigados a procurar novos mecanismos de solução de conflitos, que sejam mais rápidos e menos burocráticos. Diante disto, surgiram os meios alternativos de resolução de conflitos, que buscam resolver os litígios de forma diferente dos padrões. A mediação, a conciliação e a arbitragem, não pretendem prejudicar o Poder Judiciário, mas dedicar uma maneira distinta de resolver a lide e amparar sua vultuosa demanda.

Portanto, os meios adequados no Brasil infelizmente ainda não são muito empregados, pois carecem de incentivo, de estrutura e da promoção de sua divulgação.

5 BARREIRAS NA IMPLEMENTAÇÃO DOS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

É essencial que os operadores do direito incentivem e de adequem à aplicação das novas ferramentas de resolução de conflitos, pois elas surgiram para somar, como um instrumento que é sinônimo de simplificação. Infelizmente, alguns operadores do direito

têm encarado os métodos adequados como uma ameaça, temendo demasiada diminuição de seu trabalho.

Com essa nova prática todos saem ganhando, o cliente encontra mais rápido a solução e cessará o transtorno que gera uma lide e o advogado também receberá de forma mais rápido por seu trabalho, diminuindo assim as demandas do judiciário. Esse avanço contribuirá para a igualdade social, portanto, não se tratando de um óbice ao bom desempenho dos operadores do direito.

Com a chegada dessas formas alternativas, o legislador proporcionou um acesso diligente e justo àqueles que buscam a justiça, porém é preciso de um novo modelo, para que aprove a Mediação e Conciliação, essa mudança só acontecerá, se todos os incluídos na esfera jurídica passarem a confiar nos meios alternativos, promovendo sua implementação.

Além disso, habitualmente nos deparamos com a falta de instrução dos envolvidos no litígio, que, seja por sua simplicidade ou falta de discernimento, acabam por não entender a finalidade dos Métodos Adequados de Resolução de Conflitos, não absorvendo os ensinamentos repassados no ambiente de autocomposição. É de conhecimento de todos que o nível de instrução de grande parte dos brasileiros é de nível precário, se tornando um óbice para a boa instrução dos jurisdicionados. Cumpre ressaltar que uma das principais finalidades dos métodos autocompositivos é preparar os envolvidos para atuar ativamente na resolução de futuras controvérsias, o que acaba por não ser absorvido seja pela falta de instrução dos envolvidos, pelo despreparo do terceiro facilitador ou pela resistência por parte de operadores do direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os métodos adequados de solução de conflitos fornecem aos envolvidos uma percepção correta de seus problemas. Portanto, devem ser incentivados para que efetivamente surtam seus efeitos no mundo jurídico. Com o advento da Resolução 125/2010 e a criação dos Centros e Núcleos de Solução de Conflitos, a população passou tem passado a entender que os métodos disponibilizados não estão disponíveis apenas para aliviar a inépcia do judiciário, mas para promover a educação daqueles que não possuem instrução de lidar com conflitos pessoais. É imprescindível uma maior divulgação de sua real finalidade e dos benefícios gerados a todos os envolvidos.

O conceito de vencedor e vencido deve ser deixado de lado, bem como conflitos devem ser interpretados não somente como problemas em virtude da vida em sociedade,

mas como uma oportunidade de melhoria e debate de questões pessoais, ensejando a todos maior qualidade de vida. E tudo isso se dará através da educação.

Diante disso será necessária qualificação dos facilitadores para que estes apresentem um trabalho competente, que alcance a maior quantidade possível de acordos de forma justa, onde todos saiam ganhando. Pois, a principal finalidade da Mediação é buscar uma comunicação menos estrondosa entre as partes, durante o processo se alcança acordos com benefícios mútuos, o que não se daria sem o auxílio adequado.

Sem dúvidas, os envolvidos num conflito são as melhores pessoas para elaborar sua resolução, pois eles, como ninguém, são os maiores entendedores de seus problemas e das causas de sua aflição. A jurisdição estatal é sim uma ferramenta importante na promoção da pacificação social, mas deve ser disponibilizada às causas de maior complexidade.

O principal objetivo no ambiente de autocomposição é o diálogo, que ainda precisa ser aperfeiçoado, principalmente quanto ao nível de instrução e conhecimento dos envolvidos no litígio, pois nem todos possuem discernimento e instrução para compreender sua finalidade. Devemos mudar a mentalidade das pessoas através do devido preparo da, a fim de que os métodos, objeto do presente artigo, sejam utilizados da forma correta.

Por fim, é possível depreender do presente artigo a importância dos meios autocompositivos nesta grande empreitada que é a busca pela pacificação social, uma vez que surgiram para contribuir de diversas formas no meio jurídico, amplamente lineares aos princípios basilares do direito processual.

Os métodos adequados de solução de conflitos devem ser aperfeiçoados com o tempo, através de novas políticas de divulgação e com a experiência empírica da sociedade. Pois, não há democratização do acesso à justiça se não houver uma resposta efetiva em tempo hábil, e que satisfaça os anseios da sociedade.

REFERÊNCIAS

Conciliação e Mediação. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/>> Acesso em: 07 setembro de 2020.

COSTA, Alexandre Araújo. **Cartografia dos métodos de composição de conflitos**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/cartografia-dos-metodos-de-composicao-de-conflitos/iii-entre-mediacao-e-conciliacao/>> Acesso em: 22 setembro. 2021.

CURY, César; FERREIRA, Cláudia, **Pandemia da Covid-19 gera reflexão sobre resolução de conflitos online**. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2020-mar-27/opiniao-covid-19-gera-reflexao-resolucao-conflitos-online> . Acesso em 06 agosto. 2021.

DURÇO, Karol Araújo. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito**. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume II. Ano 2, janeiro a dezembro de 2008.

FISHER, Roger, URY William e PATTON Bruce, **Como chegar ao Sim: A Negociação de Acordos Sem Concessões**. 3º ed.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; **A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias**. In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1, p. 599-626.

MERLO, Ana Karina França. **Mediação, Conciliação e Celeridade Processual**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/mediacao-conciliacao-e-celeridade-processual/amp/>>

TAVARES, Fernando Horta. **A Intermediação como forma alternativa de solução de conflitos: Mediação e Conciliação**. Dissertação de Mestrado (Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas, 1998.

A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: PESQUISA TEMÁTICA

JOSIELE SOUZA SANTOS: Bacharel em Direito pela Universidade Paulista. Advogada. Pós-graduação em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale.

CLAUDIA PESSOA

(orientadora)

O dispositivo que cuida da execução das medidas socioeducativas, está disciplinado no art. 154 do Estatuto da Criança e do Adolescente que deverá ser aplicada subsidiariamente a legislação processual por meio do poder judiciário e com observância das garantias processuais, do devido processo legal, do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Com efeito, em 2012 foi editada a Lei nº 12.594/12, que cuida do SINASE - Sistema Nacional Socioeducativo, com fins de melhor aprimorar a aplicabilidade e execução das medidas socioeducativas. Assim, o art. 35 da lei em comento, revela quais são os princípios norteadores da execução do tema aqui abordado, sendo a legalidade; excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas; prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas; proporcionalidade; brevidade da medida em resposta ao ato cometido; individualização; mínima intervenção; não discriminação do adolescente; fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

A princípio, as medidas socioeducativas estão expressamente dispostas no art. 112 e art. 101, I ao IX do Estatuto da Criança e do Adolescente, as quais, são: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional; encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequências obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; acolhimento institucional; inclusão em programa de acolhimento familiar; e por fim, colocação em família substituta.

O procedimento de aplicabilidade e execução de medidas socioeducativas, é igualmente ao processo comum com todas as suas peculiaridades e direitos pertinentes. Em resumo, o Ministério Público é o titular exclusivo da ação, e uma vez oferecida ao juízo,

a este é atribuído, o dever de analisa a materialidade do ato, e se o adolescente é de fato o autor da transgressão alegada. Sendo o adolescente o real causador do dano, o juiz verificará as circunstâncias e demais aspectos e lhe aplicará a medida socioeducativa de acordo com o grau de lesão, objetivando à ressocialização do indivíduo. E quanto a aplicabilidade, se dará por meio de sentença com resolução de mérito e da sentença caberá apelação com efeito devolutivo, puro e tão somente, e a execução da medida socioeducativa, ocorrerá após o trânsito em julgado da decisão.

Não raro, se a sentença for julgada improcedente com base na inexistência do fato; falta de prova da existência do fato; não constituir o fato ato infracional; não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional; o adolescente houver completado 21 anos de idade; houver a prescrição da medida, nenhuma das medidas socioeducativa não poderá ser aplicada, conforme dispõe o art. 189, art. 121, § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente e Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça. Nestas hipóteses, caberá ao juízo, somente a aplicação de medidas unicamente protetivas ao adolescente nos termos dos artigos 98 e 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É importante frisar que, em havendo a aplicação de medidas de proteção, isoladamente, advertência e obrigação de reparar o dano, estas especificamente serão cumpridas no próprio processo de conhecimento, considera-se, assim como hipótese de execução como fase incidental do processo e não como processo autônomo, lembrando que é próprio juiz que aplicou a medida que deverá fiscalizar a sua efetividade. Enquanto que em casos de aplicação de medidas de semiliberdade; liberdade assistida; internação; ou prestação de serviços à comunidade, a Guia de Execução de Medida Socioeducativa deverá ser expedida, considera-se, porém, como hipótese de execução como processo incidente e ao juízo da execução caberá o dever de determina a expedição de ofício à entidade e está, elabora uma proposta de Plano Individual de Atendimento.

O objetivo do plano PIA, é promover a individualização da medida socioeducativa. A proposta do plano de Individual de Atendimento, reverterá ao Juízo da Execução e juntada ao processo incidente, que ao Ministério Público e à defesa, dará vista. Por fim, estando o plano PIA nos conformes, será homologado, caso contrário, haverá correção do que for pertinente.

Nesse íterim, são legítimos para solicitar a manutenção, a substituição ou a suspensão das medidas do plano PIA, desde de com motivos fundamentados, os pais ou responsável; o próprio adolescente; o defensor; o Ministério Público; ou a direção do programa de atendimento. Não obstante, se no curso da execução da medida socioeducativa, sobrevier sentença de aplicação de nova medida, conseqüentemente, será unificada as medidas e se possível, o seu cumprimento será simultâneo. Neste sentido segue jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no tocante a manutenção de medidas socioeducativas a pedido do Ministério Público:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.716.933 - RJ (2017/0332299-1)

RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER

DATA DA PUBLICAÇÃO: 07/02/2018

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO R.J

RECORRIDO: Y DE F F (MENOR)

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO R.J

INTERES: M DE C L (MENOR)

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. MAIORIDADE. IRRELEVÂNCIA. SÚMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado (fls. 211-213): "APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA QUE JULGOU EXTINTA A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA PELO ADVENTO DA MAIORIDADE DO REPRESENTADO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público, em razão da sentença do Juízo da Vara de Execuções de Medidas Socioeducativas da Comarca da Capital que, nos autos da Execução de Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida aplicada a YANN DE FREITAS FIGUEIRA, julgou extinta a Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida pelo advento da maioridade do Representado (indexador 000114).

2. O Recorrente requer seja dado provimento ao recurso, determinando-se, conseqüentemente, a manutenção da Medida de Liberdade Assistida ao Recorrido, aduzindo, em síntese, que o fato do Representado ter alcançado a maioridade não gera a impossibilidade de aplicação de Medida Socioeducativa diversa da internação e semiliberdade, considerando que o artigo 104,

parágrafo único, do ECA, determina, expressamente, que deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato para os efeitos ali delineados. Destaca, ainda, que a natureza especial do Estatuto Menorista se origina na própria Constituição da República Federativa do Brasil, que, em seu art. 228, ao referir à inimizabilidade dos menores de dezoito anos, proclama que os mesmos se sujeitam às normas previstas na legislação especial. Formula, por fim, prequestionamento com vistas ao manejo de recursos aos Tribunais Superiores (indexador 000122).

3. Em que pesem os argumentos expendidos pelo Parquet, tem-se que não se lhe assiste razão, eis que apenas as Medidas Socioeducativas consistentes na restrição ao direito de ir e vir, quais sejam, semiliberdade e internação, elencadas, respectivamente, nos artigos 120, § 2Q e 121, § 5Q do Estatuto da Criança e do Adolescente, podem perdurar até os 21 anos de idade (desde que a prática dos atos infracionais tenha ocorrido antes de o adolescente completar 18 anos). Conforme se observa da Ficha de Antecedentes Criminais de Yann de Freitas Figueira, o mesmo é nascido em 26/03/1998, tendo completado, pois, 18(dezoito) anos no mês de março do ano de 2016 (indexador 000080). No caso vertente, o Representado cumpria Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida, vindo alcançar a maioria no curso da execução. Contudo, à falta de previsão legal, não se lhe aplica a excepcionalidade prevista no artigo 2Q, parágrafo único da Lei 8069/90.

4. Não se ignora que Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, quanto à possibilidade de extensão do cumprimento de qualquer medida socioeducativa até os 21 anos de idade, sendo irrelevante o adimplemento da maioria civil e penal. Tal entendimento estaria, em tese, lastreado em precedentes do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o Código Civil não teria revogado o artigo 121 §5e do ECA e, assim, haveria que ser levada em consideração "apenas a idade do menor ao tempo do fato, sendo irrelevante a circunstância de atingir, o adolescente, a maioria civil ou penal durante o seu cumprimento". Todavia, observa-se que os arestos do S.T.F., mencionados no Informativo nQ 345 do S.T.J., dizem respeito à extensão até os 21 anos de idade, apenas da medida socioeducativa de semiliberdade (1§ Turma: HC 97539/RJ, Rei. Min. Carlos Britto; HC 90129/RJ, Rei. Min. Ricardo Lewandowski;

10.03.2007; 2ª Turma: HC96355/RJ - Min. Celso de Mello, 19.05.2009; HC 96742, Rei. Min. Ellen Gracie) e, por consequência lógica, de

internação, cabendo a transcrição, quanto à matéria, do dito informe. Assim, não se pode cogitar de unidade de entendimentos entre aquelas Cortes, uma vez que a jurisprudência firmada pelo STJ, quanto à matéria, ampliou aquela adotada pelo Pretório Excelso, ao possibilitar a extensão até os 21 anos, da aplicação de quaisquer medidas socioeducativas, inobstante o STF ter se posicionado no sentido de que dita possibilidade referia-se apenas, repita-se, às medidas de internação e semiliberdade. Acompanhando o STF, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça é pacífica na compreensão de que, alcançada a maioria, há de ser extinta a medida socioeducativa de Liberdade Assistida, por ausência de previsão legal. Precedentes. Nos termos do art. 2- da Lei 8069/1990 (ECA), "Considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente a pessoa entre doze e dezoito anos de idade", prelecionando seu parágrafo único que "nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade", exceção está, não configurada no caso dos autos, pois se encontrando solto o adolescente nominado, caso venha a cometer novo ilícito, irá responder perante a Justiça Criminal Comum, eis que já considerado imputável.

5. Por fim, quanto às alegações de prequestionamento para fins de interposição eventual de recursos extraordinário ou especial arguidas pelo Ministério Público, as mesmas não merecem conhecimento e tampouco provimento, eis que não se vislumbra a incidência de quaisquer das hipóteses itemizadas no inciso III, letras "a", "b", "c" e "d" do art. 102 e inciso III, letras "a", "b" e "c" do art. 105 da C.R.F.B. e por consequência nenhuma contrariedade/negativa de vigência, nem demonstração de violação de normas constitucionais ou

infraconstitucionais, de caráter abstrato e geral.

6. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO, MANTENDO-SE, IN TOTUM, A SENTENÇA VERGASTADA."

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente sustenta a violação dos arts. 2º, parágrafo único, 104, parágrafo único, 118 e 121, § 5º, todos da Lei n. 8.069/90, ao argumento de que deve o recorrido cumprir as medidas socioeducativas impostas até a data em que

completar 21 anos de idade. Apresentadas as contrarrazões (fls. 264-273), o recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça. O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo provimento do recurso especial (fls. 295-301).

É o relatório. Decido.

O v. acórdão recorrido declarou extinta a medida socioeducativa aplicada ante a maioria do recorrido. Contudo, verifica-se que esse entendimento diverge da orientação pacificada neste eg. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a superveniência da maioria civil não impede o cumprimento de qualquer espécie de medida socioeducativa. Confirma-se, nesse sentido, julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LIBERDADE ASSISTIDA. SUPERVENIÊNCIA DA MAIORIDADE CIVIL. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. É pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as medidas socioeducativas aplicadas ao menor infrator com base no ECA, incluída a liberdade assistida, podem ser estendidas até que ele complete 21 (vinte e um) anos, sendo irrelevante a implementação da maioria civil ou penal no

decorrer de seu cumprimento (AgRg no REsp 1375556/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 10/12/2013).

2. Agravo regimental improvido" (AgInt no REsp 1.573.110/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 13/06/2017). "PENAL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DUPLICIDADE DE RECURSOS. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE E PRECLUSÃO CONSUMATIVA. NÃO CONHECIMENTO DO SEGUNDO RECURSO. ECA. MENOR DE IDADE À ÉPOCA DO FATO. SUPERVENIÊNCIA DA MAIORIDADE. IRRELEVÂNCIA. ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ECA. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A interposição de dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão inviabiliza o exame daquele que tenha sido protocolizado por último, em razão da ocorrência de preclusão consumativa e ante a aplicação do princípio da unirrecorribilidade das decisões.

2. A superveniência da maioridade penal do adolescente (18 anos) no curso do procedimento de apuração do ato infracional ou quanto submetido à medida socioeducativa não provoca a extinção do procedimento ou da medida, bem como não enseja a liberdade compulsória (HC 316.693/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES - Desembargador convocado do TRF, 5ª REGIÃO, QUINTA TURMA, DJe de 28.3.2016).

Agravo interno de fls. 218/223 desprovido e agravo interno de fls. 224/229 não conhecido" (AgInt no REsp 1.619.769/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 09/06/2017).

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal a quo em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, in verbis: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema." Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, dou provimento ao recurso especial para determinar o restabelecimento da medida socioeducativa imposta ao recorrido.

P. e I.

Brasília (DF), 1º de fevereiro de 2018.

Ministro Felix Fischer Relator. (STJ, 2018). 14

Por conseguinte, a extinção da medida, ocorrerá em caso de falecimento do adolescente; efetividade do cumprimento; aplicação de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado ou semiaberto, em execução provisória ou definitiva; pela condição de doença grave e etc.

Conclui-se que a finalidade da medida socioeducativa é de ressocializar o adolescente; incentivando a sua reparação do dano causado; e somente poderá ser

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso Especial. Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida. Maioridade.** Relator: Ministro Felix Fischer.

Beasilia, 01 de fev de 2018. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=EXECUC3O+DE+MEDIDAS+SOCIEDUCATIVAS&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13 de jan. 2018.

aplicada perante o juízo competente, além disso, o Ministério Público é o titular exclusivo da ação.

REFERÊNCIA

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. São Paulo: Cortez.

CERQUEIRA, Thales Tácito. **Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente: Teoria e Prática**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches; Lépore, Paulo Eduardo; Rossato, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Comentado artigo por artigo**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Liberati, Wilson Donizeti. **Adolescente e Ato Infracional: Medida Socioeducativa É Pena?**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Lépore, Paulo Eduardo; Rossato, Luciano Alves; Cunha, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

LOPES, Bruna de Brito. **O Adolescente Infrator e as Medidas Socioeducativas no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Bruna de Brito Lopes, 2011.

Machado, Costa (org.); LAMENZA, Francismar. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. São Paulo: Manole, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

Oliveira, Elson Gonçalves de. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Comentado**. Campinas: Servanda, 2011.

Ramidoff, Mario Luiz. **Sinase - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo: Comentários à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. São Paulo: Saraiva, 2012.

REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. **Maioridade Penal e a Polêmica acerca de sua**

Redução. Belo Horizonte: Ius, 2010.

Saraiva, João Batista da Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA

FÁBIO MAGALHÃES PINTO:

Defensor Público do Estado do Maranhão Graduado em Direito na Universidade Federal do Maranhão e Pós Graduado em Direito do Idoso pela Instituto Brasileiro de Formação - UNIBF

RESUMO: A Constituição Federal da República estabeleceu, entre os direitos fundamentais elencados em seu artigo 5º, o princípio da inafastabilidade do judiciário, segundo o qual, nenhuma lesão ou ameaça a direito seria excluída de apreciação por parte do poder judiciário. Entretanto, dada as condições socioeconômicas de grande parte de nossa população, fez-se necessário a criação da Defensoria Pública para que torná-lo efetivo, sendo essa Instituição a responsável por abrir as portas do Poder Judiciário às pessoas necessitadas. A princípio, entendia-se como tal apenas aqueles que não dispunham de dinheiro para pagar um advogado, entretanto, com a evolução da doutrina e jurisprudência, inclui-se nesse conceito todos aqueles que, por algum motivo, mesmo que transitório, estivessem em situação de vulnerabilidade. Nesse trabalho, é analisado como a Defensoria Pública do Estado do Maranhão regulamentou a matéria e a forma pela qual o referido conceito de vulnerabilidade contribui para o efetivo acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Defensoria Pública. Hipossuficiência. Vulnerabilidade.

ABSTRACT: The Federal Constitution of the Republic, among the fundamental rights listed in its article 5º, the principle of the inescapability of the judiciary, according to which, no damage or threat to rights would be excluded from consideration by the judiciary. However, given the socioeconomic conditions of a large part of our population, it was necessary to create the Public Defender in order to make it effective, and this Institution is responsible for opening the doors of the Judiciary to needy people. At first, it was understood as such only those who did not have the money to pay a lawyer, however, with the evolution of doctrine and jurisprudence, this concept includes all those who, for some reason, even if transitory, were in a situation of vulnerability. In this work, it is analyzed how the Public Defender of the State of Maranhão regulated the matter and how the qualifier of the concept of vulnerability contributes to the effective access to justice.

Keywords: Access to justice. Public Defense. Poverty. Vulnerability.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Dos requisitos formais para ter acesso aos serviços da defensoria pública no Estado do Maranhão. 3 Da flexibilização dos requisitos de renda

para ter assistência jurídica gratuita. 4 Dos casos de dispensa de averiguação da renda. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Entre os diversos direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º XXXV foi assegurado que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Referido princípio é conhecido como princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que significa que os cidadãos possuem o direito de recorrer ao Poder Judiciário para tentar preservar algum direito que entendem ter sido violado ou que esteja na iminência de sofrer alguma lesão.

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob o auspícios do Estado. (CAPELLETTI; GARTH, 1994, p. 8)

Os casos mais comuns em que as pessoas buscam a Justiça são nos casos em que a lesão já ocorreu, entre as ações mais comuns estão as cobranças de dívidas, pensões alimentícias, reintegrações de posse ações decorrentes das relações de consumo ou de vizinhança.

Entretanto, como dito acima, a Constituição também assegura, de igual forma, o direito de não terem lesados seus direitos, podendo recorrer ao Judiciário de forma preventiva, não sendo necessário esperar que a lesão e/ou prejuízo ocorra.

Como exemplo, podemos mencionar as ações com o objetivo de impugnar determinadas cláusulas nos concursos públicos que são prejudiciais aos candidatos inscritos ou a parcela deles, a ação de interdito proibitório, em que a posse da pessoa se encontra ameaçada, as ações que visam tutelar o direito à saúde, etc.

Ocorre que, salvo algumas exceções previstas em lei, para ingressar com alguma medida judicial, faz-se necessário recorrer a um profissional devidamente habilitado para tanto, no caso, um advogado.

Preocupada com o fato de que grande parte da população brasileira não pode arcar com a contratação de um advogado, o Constituinte elencou, também entre os direitos fundamentais, o direito à prestação da “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” art. 5º, LXXIV.

Nesse contexto, a Constituição, em seu art. 134, estabeleceu que prestação jurídica às pessoas hipossuficientes seria prestada pela Defensoria Pública:

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

Conforme podemos extrair da leitura do dispositivo legal acima transcrito, esse direito é assegurado apenas aos que comprovarem a insuficiência de recursos, assim, esse artigo se propõe a analisar quais os requisitos necessários para que os cidadãos possam pleitear que a Defensoria Pública atue em seu favor.

2 DOS REQUISITOS FORMAIS PARA TER ACESSO AOS SERVIÇOS DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DO MARANHÃO

Diferentemente do Sistema Único de Saúde, que é universal, ou seja, qualquer pessoa, ter acesso aos seus serviços, a Defensoria Pública é destinada apenas àqueles que não possam arcar com as despesas dos honorários contratuais de um advogado.

Ocorre que a Constituição Federal, ao estabelecer que apenas as pessoas necessitadas podem ser atendidas pela Defensoria Pública, não estabeleceu quais critérios deveriam ser observados na averiguação da situação socioeconômica das pessoas, deixando tal função a cargo das legislações infraconstitucionais.

A Lei Complementar Federal 80/94, que prescreve normas gerais para a organização das Defensorias Públicas Estaduais, trata a matéria apenas de modo genérico, vejamos:

Art. 106. A Defensoria Pública do Estado prestará assistência jurídica aos necessitados, em todos os graus de jurisdição e instâncias administrativas do Estado.

Parágrafo único. À Defensoria Pública do Estado caberá interpor recursos aos Tribunais Superiores, quando cabíveis.

A disciplina da matéria, no Estado do Maranhão, ficou sob a responsabilidade da Lei Complementar Estadual nº 19 de 11 de janeiro de 1994.

Art. 1º – A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº. 169/2014)

§ 1º Considera-se necessitado, para os fins deste artigo, o brasileiro ou estrangeiro, residente ou em trânsito, no Estado, cuja ineficiência de recursos, comprovadamente, não lhe permita pagar as custas processuais e os honorários advocatícios sem prejuízo do sustento pessoal e de sua família.

§ 2º Valerá como comprovação, para os efeitos do parágrafo anterior, a prova de uma das seguintes condições:

- a) ter renda pessoal inferior a três salários mínimos mensais, ou;
- b) pertencer a entidade familiar, cuja média da renda per capita, mensal, não ultrapasse a metade do valor referido na alínea anterior.

§ 3º - As provas, a que se refere o parágrafo anterior, podem ser instituídas por declaração do interessado, subscrita por duas pessoas idôneas.

O primeiro requisito apontado pela lei é que a pessoa interessada não pode ter uma renda superior a 03 (três) salários-mínimos, nesse caso, leva-se em conta apenas a renda individual.

No caso de pessoas que possuem família, leva-se em consideração a renda per capita, ou seja, a soma da renda de todos os integrantes da entidade familiar dividida pelo número de membros dessa, nessa hipótese, o valor não pode exceder a importância de um salário-mínimo e meio.

Caso a pessoa esteja desempregada, seja autônoma ou que trabalhe sem carteira assinada, basta que assine uma declaração, fornecida pela própria Defensoria Pública, de que não possui condições financeiras de constituir um advogado sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Importante frisar que os interessados devem observar que tal declaração, necessariamente, tem que ser verdadeira, pois, caso seja constatado que o declarante

faltou com a verdade, o Defensor responsável pelo caso pode, após prévia outiva do assistido, informar nos autos que a Instituição não mais atuará em seu favor.

Além do mais, a pessoa que prestou declaração falsa e com isso se utilizou indevidamente dos serviços da Defensoria Pública, ficam sujeitas à sanções de natureza cíveis e criminais, conforme expressamente previsto no art. 55 da lei sob análise:

Art. 55 – A utilização da assistência Jurídica da Defensoria Pública por quem não seja efetivamente necessitado implicará em sua condenação ao pagamento do décuplo das custas processuais e multa de até 50 (cinquenta) salários-mínimos, além das sanções penais cabíveis

3 DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS REQUISITOS DE RENDA PARA TER ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA

O primeiro ponto que merece ser destacado é que o critério da renda pode ser flexibilizado em determinadas situações, pois a vida cotidiana nos mostra que, mesmo possuindo uma renda suficiente para não ser considerada hipossuficiente, nem sempre ela pode pagar um advogado.

Assim, em 25 de julho de 2014, o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Maranhão editou a Resolução nº 06 que, entre outros temas, trata da flexibilização ora sob análise.

Art. 1º Considera-se necessitado, para os fins deste artigo, o brasileiro ou estrangeiro, residente ou em trânsito, no Estado, cuja ineficiência de recursos, comprovadamente, não lhe permita pagar as despesas do serviço de assistência jurídica, as custas processuais e os honorários advocatícios sem prejuízo do sustento pessoal e de sua família

(...)

§ 3º Deduzem-se da renda familiar mensal:

I - os rendimentos decorrentes de programas oficiais de transferência de renda;

II - os rendimentos decorrentes de benefícios assistenciais e previdenciários mínimos pagos a idoso ou deficiente;

III - os gastos com valores pagos a título de alimentos;

IV - gastos extraordinários com saúde decorrentes de moléstias graves ou crônicas.

V - outros gastos extraordinários e essenciais.

Pela leitura do dispositivo podemos constatar que são excluídos dos cálculos da renda dos usuários do serviço da Defensoria Pública os rendimentos advindos de programas sociais, como o bolsa família e outros programas assistenciais, os decorrentes dos benefícios de prestação continuada (LOAS), os valores pagos a título de pensão alimentícia e os gastos com saúde que ultrapassam a normalidade.

4 DOS CASOS DE DISPENSA DE AVERIGUAÇÃO DA RENDA

Por fim, e não menos importante, estão os casos em que, apesar de a pessoa interessada ou que teve algum direito lesado, possuir uma renda acima do previsto em lei, a Defensoria Pública pode atuar em seu favor.

A moderna doutrina e jurisprudência, no intuito de melhor garantir o acesso à justiça, entendeu acertadamente, que o termo “necessitados” previsto na Constituição Federal não deve ser interpretado de forma restritiva, baseando-se apenas na renda, mas que deve incluir aqueles que, mesmo que de modo transitório, estejam em situação de vulnerabilidade.

Como exemplo, mas sem a intenção de elencar todos os casos possíveis, temos as situações de violência doméstica, contra menores, abusos e violência contra idosos e demais casos em que envolvam algum conflito familiar.

Nesses casos, constatamos que, embora a vítima da violência não seja pobre, ela se encontra numa situação de fragilidade e que, normalmente, não consegue ter a disponibilidade do valor financeiro necessário para contratar um advogado.

No caso dos menores e demais incapazes, essa impossibilidade é ainda mais evidente, haja vista que, via de regra, não podem movimentar contas bancárias.

Também há os casos em que a urgência impede a contratação de um advogado, como nos casos de negativa de tratamento pelo plano de saúde, solicitação de tratamentos de urgência perante o Sistema Único de Saúde, etc.

As situações são bastante numerosas e merecem uma análise em concreto de cada caso.

Não obstante, a fim de lançar um pouco mais de luz sobre o tema, a Defensoria Pública do Estado do Maranhão regulamentou a matéria da seguinte forma:

Art. 4º. Deverá ser prestada assistência jurídica em favor da pessoa natural quando for constatado que, independentemente da condição econômica, há hipossuficiência jurídica, isto é, quando não for possível o acesso à justiça sem a prestação da assistência jurídica gratuita caso em que a atuação se restringirá a providências, administrativas e judiciais, relativas essa condição especial.

§ 1º São presumidos necessitados juridicamente, entre outros:

I — Mulheres em situação de violência doméstica;

II — Crianças e adolescentes em situação de risco;

III — Usuários de drogas;

IV - Idoso em situação de violência doméstica;

V _ Vítimas de tortura e de racismo;

§ 2º O disposto neste artigo não dispensa a avaliação posterior da condição de necessitado.

Importante frisar que, nesses casos, a atuação de Defensoria Pública ocorrerá apenas enquanto durar a situação de vulnerabilidade, que, caso cessada, o usuário do serviço público deverá constituir um advogado.

5 CONCLUSÃO

A Constituição garantiu, como direito fundamental, o acesso à justiça, entretanto, como, via de regra o exercício desse direito depende do dispêndio de um valor financeiro do qual boa parcela da população não dispõe, estabeleceu que, aos necessitados, esse serviço seria prestado pela Defensoria Pública.

Como a Carta Magna não fixou os critérios para que uma pessoa fosse considerada necessitada, esse conceito coube às legislações ordinárias, Lei Federal, no caso da Defensoria Pública da União, e Leis Estaduais, no caso das Defensorias Públicas Estaduais, sendo que, nesses casos, o limite de renda pode variar conforme o Estado da Federação.

Felizmente, a doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido de dar uma interpretação mais ampla para o termo “necessitados”, considerando não apenas aqueles hipossuficientes, ou seja, pobres na forma da lei mas todos aqueles que, por algum motivo, encontram-se em situação de vulnerabilidade, independente de sua situação socioeconômica.

Assim, vê-se que tal interpretação ampliativa vai ao encontro do princípio buscado pela Constituição Federal, que é o efetivo acesso à justiça de todos aqueles que dela necessitam.

BIBLIOGRAFIA:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria pública – Fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO. **Resolução nº 006 CSDPEMA, de 25 de julho de 2014**. Dispõe sobre a condição especial de necessitado da pessoa física e da pessoa jurídica para fins de prestação do serviço público essencial de assistência jurídica. Disponível em: <<https://defensoria.ma.def.br/SAGAP/conselho/documentos/legislacao/UkVTT0xVx8NPIE66IDAwni1DU0RQRU1BLCBkZSAyNSBkZSBqdWxobyBkZSAyMDE0IC0gSGlwb3NzdWZpY2nqbMnpYS5wZGZfMjMwNjIwMTUxNjMxMTg=.pdf>> Acesso em: mai. 2021

_____. **Lei Complementar nº 19, de 11 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a organização e funcionamento da Defensoria Pública do Estado e dá providências correlatas. São Luís, MA: Governo do Estado do Maranhão, 1994. Disponível em <<https://defensoria.ma.def.br/dpema/documentos/87f7328338022bb515c813fab937c27dx.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2021.

_____. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em 10 ago. 2021.

VIDEOCONFERÊNCIA COMO RECURSO PARA A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E SUA COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

ANNA BEATRIZ ALBUQUERQUE RIBEIRO:
Bacharela em Direito, Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Legale e Advogada.

ANDRÉ LIMA CERQUEIRA¹⁵

(orientador)

RESUMO: Devido ao surgimento do vírus COVID-19, o recurso de videoconferência passou a ser utilizado em larga escala pelo Poder Judiciário brasileiro, principalmente em audiências na seara criminal. Dessa forma, considerando a importância da audiência de instrução e julgamento, em consonância com os princípios que regem o processo penal, examinou-se a realização do referido ato através do sistema de videoconferência, observando as audiências realizadas no mês de outubro/2020 na 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrolina-PE, para então determinar qual o grau de compatibilidade desse sistema com nosso ordenamento jurídico e seu devido acatamento à garantia do devido processo legal e seus corolários: ampla defesa, contraditório e publicidade. Constatou-se que apesar das vantagens exprimidas por essa ferramenta tecnológica, a sua aplicação na audiência de instrução e julgamento, limitada pelos recursos das unidades judiciárias e pelas partes, não obedece às garantias fundamentais conferidas ao réu e mostra-se incompatível com o sistema processual penal brasileiro.

Palavras-chave: Processo Penal. Audiências por videoconferências. Garantias penais e processuais.

ABSTRACT: Due to the emergence of the COVID-19 virus, the videoconference resource began to be used on a large scale by the Brazilian Judiciary, mainly in hearings in the criminal area. Thus, considering the importance of the investigation and judgment hearing, in line with the principles that govern the criminal procedure, the performance of said act through the videoconference system was examined, observing the hearings held in October/2020 on the 2nd Criminal Court of the District of Petrolina-PE, to then determine the degree of compatibility of this system with our legal system and its due compliance with the guarantee of due process of law and its corollaries: broad defense, adversary proceedings and publicity. It was found that despite the advantages expressed by this

¹⁵ Defensor Público do Estado da Bahia. Mestrando em Direito. Professor da Faculdade de Petrolina – FACAPE. E-mail: andre.cerqueira@prof.facape.br.

technological tool, its application in the investigation and judgment hearing, limited by the resources of the judicial units and the parties, does not comply with the fundamental guarantees given to the defendant and proves to be incompatible with the procedural system Brazilian criminal law.

Keywords: Criminal proceedings. Video conference hearings. Criminal and procedural guarantees.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Referencial Teórico; 1.1. Inserção da Videoconferência no Processo Penal; 1.2. Definição de Videoconferência; 1.3. Extensão da Videoconferência no Processo Penal; 1.4. Garantias Penais e Processuais; 2. Materiais e Métodos; 3. Resultados e Discussão; 4. Considerações Finais; 5. Referências.

INTRODUÇÃO

O recurso de videoconferência já integra o sistema processual brasileiro, mas na seara processual penal ele é revestido de caráter excepcional, sendo exclusivo para as situações em que o réu preso por alguma circunstância não puder se deslocar até a unidade judiciária em que ocorrerá algum ato que demande a sua presença, ou mesmo em situações em que o ofendido se sinta coagido pelo réu ou que as testemunhas residam em outra jurisdição.

Com o surgimento do vírus COVID-19 e, conseqüentemente, a pandemia decorrente dele, servidores públicos, advogados, agentes penitenciários e réus tiveram que seguir um protocolo de segurança que exige o distanciamento social. Dessa forma, caracterizado o cenário incomum, o recurso de videoconferência foi utilizado em larga escala, mormente na realização de audiências de instrução e julgamento de réus presos, considerados processos de prioridade nesse período.

Tendo em conta a relevância da lisura do procedimento criminal, em especial para a concretização das garantias penais conferidas ao réu, realizou-se uma investigação sobre o modo como as audiências de instrução e julgamento estão sendo realizadas através do sistema de videoconferência, com enfoque no interrogatório do réu preso.

O objetivo é analisar qual o grau de compatibilidade da videoconferência com as garantias previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso foi realizado um estudo do Código de Processo Penal e da doutrina pertinente para alcançar a forma pela qual deve ser realizada a audiência de instrução e julgamento através dessa tecnologia.

Desse modo, através de uma pesquisa aplicada e descritiva, empregando a observação direta extensiva e optando pelo uso de um formulário de compatibilidade, analisou-se as oito audiências ocorridas na 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrolina-PE durante o mês de outubro de 2020, possibilitando observar o desempenho da

videoconferência no nosso regramento penal, bem como se o referido procedimento respeita as garantias do réu, evidenciando seu grau de conformidade.

1. REFERENCIAL TEÓRICO

1.1. Inserção da Videoconferência no Processo Penal

O sistema de videoconferência passou a ser utilizado em atos processuais por diversos países do mundo em meados de 1980. No Brasil, o primeiro interrogatório realizado através de videoconferência ocorreu em 1996 (SOUZA, 2020), entretanto, essa ferramenta ganhou protagonismo, com intenso debate, após a promulgação da Lei Estadual nº 11.819 de 5 de janeiro de 2005 (São Paulo).

A Lei Estadual nº 11.819/05 (São Paulo) em seu artigo 1º descrevia da seguinte forma: “Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais”. Após a realização de vários interrogatórios através de videoconferência no Estado de São Paulo, alcançou os Tribunais Superiores a discussão quanto à constitucionalidade da lei paulista.

No julgamento do HC 76.046/SP, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se no sentido de que a estipulação do sistema de videoconferência para interrogatório do réu não seria ofensiva às garantias constitucionais do réu. Lado outro, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do HC nº 90900/SP, deferiu o remédio constitucional em favor de paciente cujo interrogatório fora realizado por videoconferência no estabelecimento prisional em que recolhido, sem que o magistrado fundamentasse a escolha desse sistema (LIMA, 2018, pg. 693).

No que diz respeito ao emprego da tecnologia de videoconferência, com a substituição da presença das partes por sua transmissão em áudio e vídeo, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela impossibilidade da aplicação desse método, conforme explana Renato Brasileiro de Lima:

Entendeu-se que, em termos de garantia individual, o virtual não valeria como se real ou atual fosse, haja vista que a expressão “perante” não contemplaria a possibilidade de que o interrogatório fosse realizado on-line. Afastaram-se, ademais, as invocações de celeridade, redução dos custos e segurança referidas pelos favoráveis à adoção desse sistema. Considerou-se, pois, que o interrogatório por meio de teleconferência viola a publicidade dos atos processuais e que o prejuízo advindo de sua ocorrência seria intuitivo, embora de demonstração impossível (2018, pg. 693).

O Supremo Tribunal Federal, por fim, reconheceu a inconstitucionalidade formal da Lei Estadual nº 11.819/05 (São Paulo) por infringir competência privativa da União de legislar acerca de matéria processual penal, prevista no art. 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil (LIMA, 2018, pg. 694).

Meses antes do julgamento do HC nº 90900/SP, foi promulgada a Lei nº 11.690 de 9 de junho de 2008, que primeiro introduziu a videoconferência no Código de Processo Penal, alterando a redação do art. 217, dispondo a videoconferência como alternativa para inquirição do ofendido e de testemunhas em caso de humilhação, temor ou sério constrangimento ocasionado pelo réu. Todavia, foi apenas em 2009 que o referido sistema passou a integrar o diploma processual de forma mais ampla, com a promulgação da Lei nº 11.900 de 8 de janeiro de 2009, que regulamentou o interrogatório do réu através da referida tecnologia, bem como a oitiva de testemunha residente em território de outra jurisdição.

1.2. Definição de Videoconferência

A videoconferência é a comunicação entre duas ou mais pessoas, que estejam em locais diversos, utilizando-se de mecanismos de som e imagem, a exemplo de monitores, permitindo a interação em tempo real, como se estivessem no mesmo local (SOUZA, 2020).

A Lei Estadual nº 11.819/05 (São Paulo) não trouxe o conceito de videoconferência, tampouco determinou quais seriam as ferramentas necessárias para sua efetivação. O mesmo ocorreu com a Lei nº 11.690/08. O parágrafo segundo do art. 185 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 11.900/09, caracterizou a videoconferência como “recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”, entretanto, também deixou de precisar qual o aparato tecnológico necessário para sua realização.

Quanto à ausência de regulamentação acerca dos meios e ferramentas indispensáveis ou minimamente necessários para a realização de atos processuais através do sistema de videoconferência, Lima desenvolveu três premissas básicas:

- 1) a transmissão audiovisual bidirecional (two-way), de molde a permitir a efetiva interação entre o acusado (ou a testemunha remota) e os demais participantes do depoimento; 2) um padrão de qualidade e clareza na transmissão do sinal que permita a perfeita audição e visualização recíproca entre todos os participantes do ato processual, além da continuidade da transmissão durante todo o ato processual; 3) a plena visualização por parte das pessoas situadas na sala de audiências de todos os recantos do recinto onde o acusado ou a testemunha remota se encontram, a fim de evitar a presença de

peças estranhas, que estejam orientando ou coagindo tal testemunha (2018, pg. 694).

Dessa forma, deixando a legislação de precisar o procedimento que deve ser seguido quando da realização de atos processuais pelo sistema tecnológico da videoconferência, depreende-se que os participantes devem compreender e visualizar uns aos outros, de forma a permitir a fluidez do ato como se presencialmente fosse.

1.3. Extensão da Videoconferência no Processo Penal

A Lei nº 11.900/09 foi uma resposta legislativa à polêmica que incidiu sobre a Lei Estadual nº 11.819/05 (LIMA, 2018, pg. 694). A norma alterou o art. 185 do Código de Processo Penal, introduzindo nove parágrafos, fazendo constar então no diploma processual a possibilidade de efetuação do interrogatório do réu preso através do recurso de videoconferência.

Contudo, a Lei nº 11.900/09 conferiu condição de excepcionalidade à referida tecnologia, consoante o parágrafo segundo do art. 185 do Código de Processo Penal:

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

Dentre as finalidades previstas na norma está a de prevenir risco à segurança pública, consoante inciso I do §2º do art. 185 do Código de Processo Penal; viabilizar a participação do réu no ato processual diante de relevante dificuldade de seu comparecimento, conforme texto do inciso II do §2º do art. 185 do Código de Processo Penal; impedir a influência do réu no depoimento de testemunha ou vítima, desde que este não possa ser colhido por videoconferência, nos termos do inciso III do §2º do art. 185 do referido código; e responder à gravíssima questão de ordem pública, de acordo com o inciso IV da mencionada norma.

Verifica-se que o texto de lei apresenta hipóteses abrangentes, onde a análise do juiz no caso concreto é que determinará a sua incidência, denotando elevada discricionariedade ao magistrado (LOPES JR., 2016).

A videoconferência não abarcou apenas o interrogatório do réu, como também todos os demais atos processuais que dependam da participação deste, a exemplo da acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, inquirição de testemunhas ou declaração

do ofendido, consoante art. 185, §8º, do Código de Processo Penal (SOUZA, 2020 apud CAPEZ, 2012, pg. 425).

Como mencionado anteriormente, o art. 217 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, prevê a videoconferência como alternativa para inquirição do ofendido e de testemunhas em caso de humilhação, temor ou sério constrangimento ocasionado pelo réu, evitando prejuízo à verdade do depoimento. É também medida excepcional, devendo o juiz suscitar as razões para tanto (LOPES JR., 2016).

Seguindo a ordem do Código de Processo Penal, a última disposição acerca da utilização do recurso de videoconferência é o art. 222, §3º do diploma processual, também incluído pela Lei nº 11.900/2009. De acordo com a norma, a oitiva de testemunha que residir fora da jurisdição do magistrado poderá ser realizada por meio de videoconferência, permitida a presença do defensor e podendo ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento (BRASIL, 1941).

Apesar da excepcionalidade conferida ao sistema de videoconferência, tempo depois a pandemia do vírus COVID-19 forçou os tribunais de todo o mundo a adotarem o mencionado recurso como principal meio de impulsionamento de processos e atos urgentes, considerando o longo período em que se exigiu a aplicação do distanciamento social, obrigando servidores públicos e advogados a atuarem de dentro de suas casas.

O Conselho Nacional de Justiça, mediante Resolução nº 329 de 30 de julho de 2020, estabeleceu critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020.

De acordo com o art. 3º, *caput*, do referido ato, “a realização de audiências por meio de videoconferência em processos criminais e de execução penal é medida voltada à continuidade da prestação jurisdicional, condicionada à decisão fundamentada do magistrado” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). O art. 4º, *caput*, ainda menciona que: “As audiências e atos processuais realizados por videoconferência deverão observar os princípios constitucionais inerentes ao devido processo legal e a garantia do direito das partes” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Observa-se que a Resolução nº 329/2020 reforçou a necessidade de cumprimento das garantias conferidas ao réu, não permitindo que o cenário mundial atípico legitimasse

16 A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. Fonte: <https://www.paho.org/pt/covid19>.

insurgências às disposições legais que norteiam a audiência de instrução e julgamento e demais atos processuais.

1.4. Garantias Penais e Processuais

O interrogatório do réu é meio de defesa, devendo, em regra, ser realizado pessoalmente com o juiz. A utilização do recurso da videoconferência de forma injustificada é causa de nulidade (TÁVORA, 2017, pg. 689).

A introdução da tecnologia em estudo no sistema processual penal foi fundamentada na necessidade de segurança, economia e celeridade. O grande objetivo seria a redução de custos nos transportes de presos, com a consequente garantia da ordem e segurança pública.

Nesse sentido, não haveria prejuízo ao réu, uma vez que estaria interligado com o juiz da audiência em tempo real (SCHAEDLER e ADAMS, 2011). A videoconferência possibilitaria a razoável duração do processo e a eficiência processual teria valor comparado à ampla defesa (SCHAEDLER e ADAMS, 2011 apud FIOREZE, 2009, pg. 127).

Lado contrário, aqueles que criticam a inserção da videoconferência como meio para a realização do interrogatório do réu afirmam tratar-se de uma questão de segurança pública. Tal disposição legal alteraria as regras do processo que garantem o direito de defesa e afrontaria o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a publicidade (RANGEL, 2015, pg. 644).

O devido processo legal vem elencado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). É a garantia a qualquer cidadão da tramitação legal e regular de seu processo, em respeito aos seus direitos. Todas as outras garantias são corolários do devido processo legal, pois a efetivação dele é premissa para concretude das demais (RANGEL, 2015, pg. 68).

O contraditório e a ampla defesa estão explicitamente dispostos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “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” (BRASIL, 1988). O contraditório é a possibilidade de ambas as partes do processo fiscalizarem e discutirem sobre os atos e fatos da causa (LIMA, 2018).

A ampla defesa está diretamente ligada ao contraditório e por ele se manifesta. Por essa garantia admite-se que o acusado seja formalmente tratado de forma diversa em relação à acusação, delineando o viés material do princípio da igualdade. Deve abranger o direito à defesa técnica (processual ou específica – garante a presença de um defensor em

todos os atos) e à autodefesa (material ou genérica – exercida pelo próprio acusado) (LIMA, 2018).

A publicidade dos atos é a regra, podendo ser restrita em casos específicos, conforme se depreende do art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (BRASIL, 1988). Essa garantia consagra o sistema acusatório e permite que os atos sofram fiscalização externa e torne o procedimento transparente (RANGEL, 2015).

O parágrafo primeiro do art. 185 do Código de Processo Penal determina que o interrogatório do réu preso será realizado em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, garantida a segurança do juiz, parquet, auxiliares, a presença de defensor e a publicidade do ato (BRASIL, 1941). De imediato, é conferido ao réu em seu interrogatório a presença de um defensor, em seguida é conferida publicidade ao ato.

A presença do defensor é garantida mais de uma vez no art. 185 do Código de Processo Penal: o réu possui direito à entrevista prévia e reservada com seu defensor (§5º); é garantida a presença de ao menos dois defensores, um presente na sala de audiência e o outro junto ao réu no estabelecimento prisional (§5º); é garantido acesso a canais telefônicos reservados para a comunicação entre os defensores e entre estes e o preso (§5º).

Outra extensão do direito à defesa é a possibilidade de o réu acompanhar, através da videoconferência, todos os demais atos da audiência de instrução e julgamento e não apenas seu interrogatório, bem como o acompanhamento de defensor durante todos eles (art. 185, §4º, §8º e §9º do Código de Processo Penal). Observa-se à primeira vista que o dispositivo legal, alterado pela Lei nº 11.900/2009, buscou imprimir em sua redação as garantias conferidas ao réu.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

A pesquisa em questão acompanhou toda a pauta de audiências realizadas no mês de outubro do ano de 2020 na 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrolina-PE. Como método de procedimento foi utilizado o estatístico, já no que diz respeito à coleta de dados foi utilizada a observação direta extensiva, empregando-se um formulário de compatibilidade elaborado consoante as disposições do Código de Processo Penal acerca do rito da audiência de instrução e julgamento.

A análise das audiências objeto desse estudo seguiu a ordem imposta no art. 400, *caput*, do Código de Processo Penal. Como primeiro ato temos a tomada de declarações do ofendido, cujo rito está previsto no art. 201 do diploma processual penal. Em seguida

temos a inquirição das testemunhas, prevista nos arts. 202 ao 225 do Código de Processo Penal. O formulário de compatibilidade destacou os arts. 204 e 210 do Código de Processo Penal, que dizem respectivamente à oralidade do depoimento e a incomunicabilidade das testemunhas (BRASIL, 1941).

O formulário de compatibilidade pontuou também o interrogatório do réu, que é o último ato da instrução, previsto nos arts. 185 a 196 do diploma processual penal, com destaque para os arts. 185 e 191, que tratam do interrogatório através de videoconferência e o interrogatório em separado, havendo mais de um acusado, nessa ordem. Como último ponto de análise temos o desempenho da tecnologia que compõe o sistema de videoconferência, como os recursos de áudio e imagem, além da atuação do Poder Judiciário no fornecimento dos meios necessários para a realização do ato processual.

Para a realização das audiências de instrução e julgamento objeto desse estudo, a unidade judiciária utilizou a plataforma *WEBEX*, fruto de acordo de cooperação técnica celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e a empresa Cisco Brasil Ltda para propiciar ao sistema de justiça uma plataforma emergencial de videoconferência para atos processuais¹⁷.

Os resultados foram demonstrados por meio de gráficos produzidos através do programa EXCEL, seguidos da análise e interpretação pertinentes. Ressalta-se que os resultados aqui apresentados dizem respeito exclusivamente às audiências de instrução e julgamento realizadas na 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrolina-PE durante o referido período.

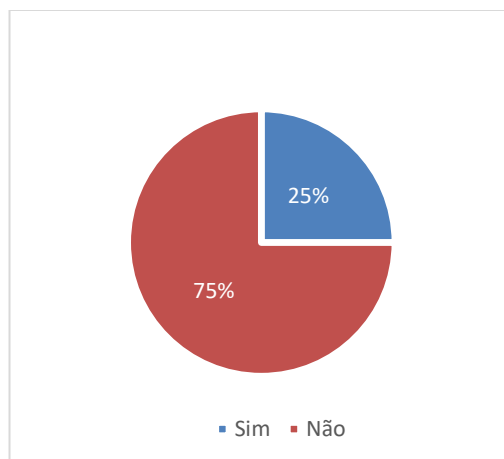
3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Durante o mês de outubro de 2020 estavam previstas em pauta a realização de 9 (nove) audiências de instrução e julgamento, das quais 8 (oito) efetivamente ocorreram. Todas as audiências seguiram a ordem prevista no art. 400, *caput*, do Código de Processo Penal.

Quanto à presença do ofendido, o art. 201, *caput*, do diploma processual penal prevê que: "Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações" (BRASIL, 1941). A participação do ofendido nas audiências de instrução e julgamento objeto da pesquisa está demonstrado no Gráfico 1:

17 Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional/>.

Gráfico 1: Porcentagem de audiências de instrução e julgamento realizadas na 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrolina-PE durante o mês de outubro/2020 em que houve participação do ofendido.

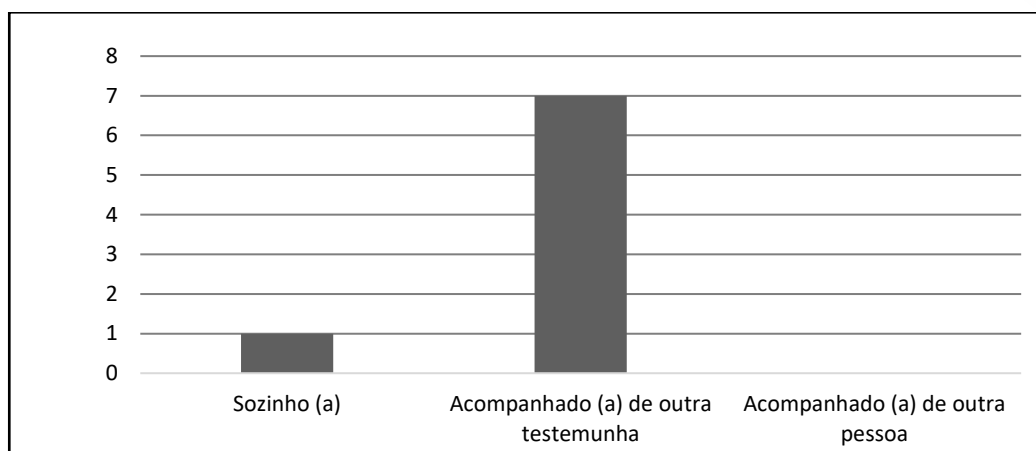


Fonte: Dados da pesquisa.

Verifica-se que a participação do ofendido configura minoria na totalidade das audiências estudadas. Em razão da pandemia do vírus COVID-19, o art. 201, §4º do Código de Processo Penal restou prejudicado: "Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido" (BRASIL, 1941). Os ofendidos prestaram depoimento de espaço compreendido como sua residência, mas não era possível visualizar o ambiente durante a prestação do depoimento.

Seguindo a ordem imposta pelo art. 400, *caput*, do Código de Processo Penal, passa-se à inquirição das testemunhas. Todas as testemunhas prestaram seu depoimento de forma inteiramente oral, conforme dispõe art. 204, *caput*, do diploma processual penal: "O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito" (BRASIL, 1941). Contudo, a maioria das testemunhas estava acompanhada de outra testemunha, como é possível observar no Gráfico 2:

Gráfico 2: Quantitativo de audiências de instrução e julgamento realizadas na 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrolina-PE durante o mês de outubro/2020 conforme disposição das testemunhas.



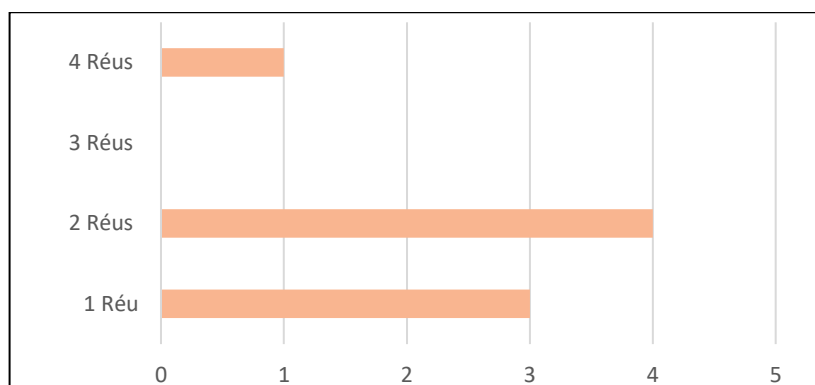
Fonte: Dados da pesquisa.

As testemunhas acompanhadas de outras testemunhas, situação presente em 7 (sete) das 8 (oito) audiências analisadas na pesquisa, corresponde à policiais que realizaram algum ato durante a fase pré-processual, desde a abordagem do réu até o inquérito policial. Os agentes policiais aguardavam para depor no mesmo ambiente, permanecendo sozinhos apenas no momento de prestar declarações. Da mesma forma, estivesse a testemunha acompanhada ou não, em nenhuma das audiências era possível visualizar o ambiente durante o depoimento.

Percebe-se que foi violada a incomunicabilidade das testemunhas, prevista no art. 210 do Código de Processo Penal: “As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho” (BRASIL, 1941).

Nas audiências de instrução e julgamento realizadas durante o mês de outubro de 2020 na 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrolina-PE não foi suscitado esclarecimentos dos peritos, acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas. Como último ato, foi realizado o interrogatório dos réus. Ao todo participaram 15 (quinze) réus, distribuídos por audiência na forma do Gráfico 3:

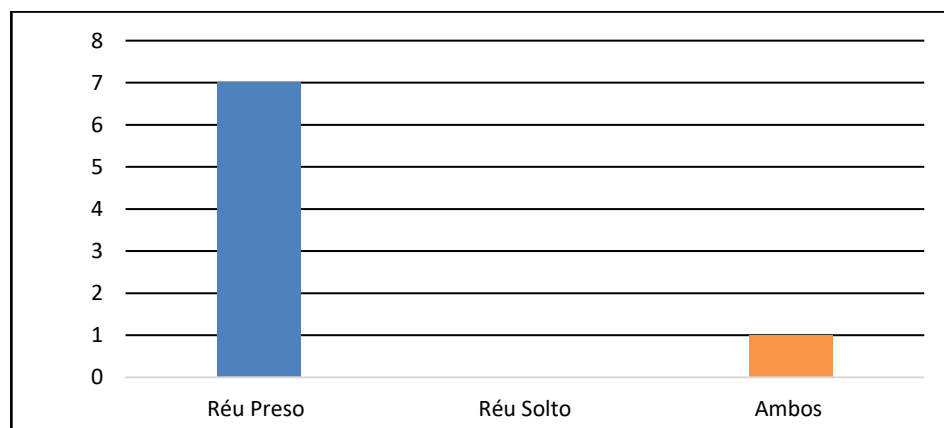
Gráfico 3: Distribuição do número de réus pela quantidade de audiências de instrução e julgamento realizadas durante o mês de outubro/2020 na 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrolina-PE.



Fonte: Dados da Pesquisa.

Observa-se que na maioria das audiências de instrução e julgamento o processo contava com 2 (dois) réus. Considerando o período de pandemia, a unidade judiciária priorizou as audiências realizadas com réu preso, conforme se depreende do Gráfico 4:

Gráfico 4: Quantitativo de réus presos e soltos que participaram das audiências de instrução e julgamento realizadas durante o mês de outubro/2020 na 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrolina-PE.



Fonte: Dados da pesquisa.

Como visto, a totalidade das audiências contava com a participação de réu preso, apenas em uma audiência de instrução e julgamento participou também réu solto.

Atendendo à Resolução nº 329/2020 que enquadrava a pandemia pelo vírus COVID-19 como gravíssima questão de ordem pública, todos os interrogatórios de réu preso têm sua excepcionalidade fundamentada no art. 185, §2º, IV, do Código de Processo Penal, permitindo assim sua realização através de videoconferência.

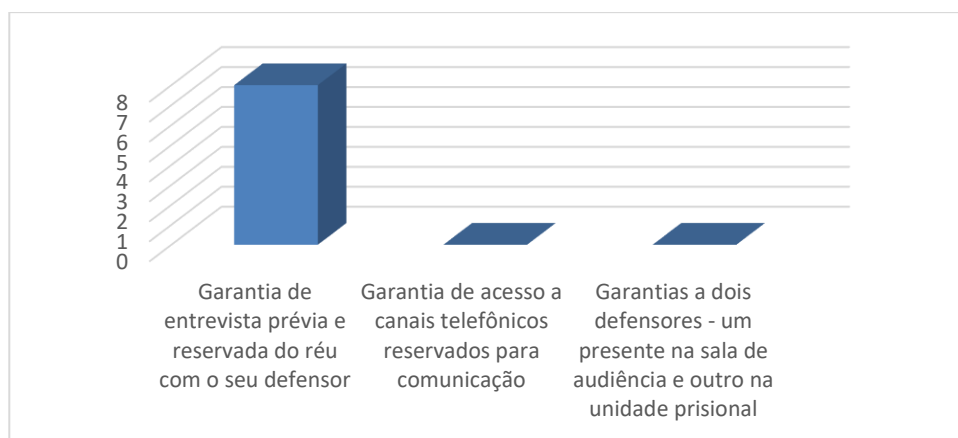
Todos os réus presos que participaram das audiências por videoconferência encontravam-se em sala própria no estabelecimento prisional, em cumprimento ao art.

185, §1º, do Código de Processo Penal: “O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato” (BRASIL, 1941). Da mesma forma, todos os réus foram qualificados e interrogados na presença de seu defensor, constituído ou nomeado, em consonância com o art. 185, *caput*, do Código de Processo Penal.

Nas audiências em que participavam mais de um réu preso, no momento do interrogatório um deles era retirado da sala para que então o outro pudesse ser interrogado, obedecendo o art. 191 do Código de Processo Penal: “Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente”. Assim como nos atos anteriores, em nenhuma das audiências era possível visualizar o ambiente em que se encontrava o réu preso.

Quanto às demais garantias do réu, previstas no art. 185, §5º, do Código de Processo Penal, observar Gráfico 5:

Gráfico 5: Quantitativo de audiências de instrução e julgamento realizadas na 2ª Vara Criminal de Petrolina-PE durante o mês de outubro/2020 com observância ao art. 185, §5º, Código de Processo Penal.



Fonte: Dados da pesquisa.

O parágrafo 5º do art. 185 do Código de Processo Penal dispõe acerca da comunicação do réu e de seu defensor, legal ou constituído:

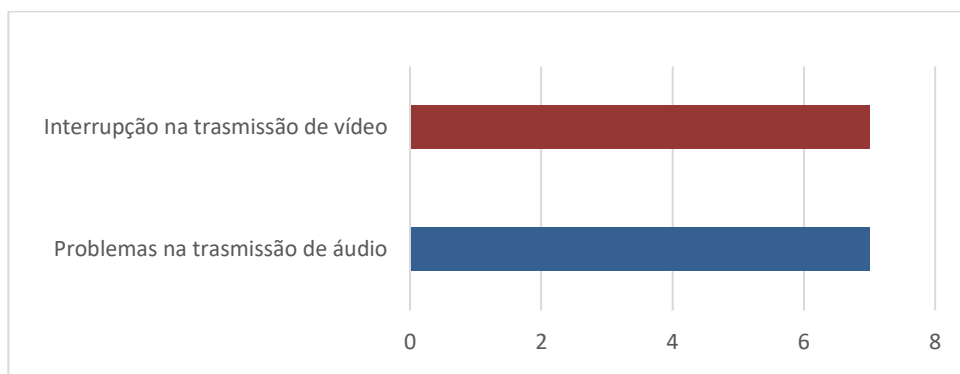
Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que

esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso (BRASIL, 1941).

Verifica-se que em todas as audiências foi garantido ao réu o direito à entrevista prévia e reservada com o seu defensor. Lado outro, em nenhuma das audiências houve a garantia de acesso à canais telefônicos reservados, tampouco existiam dois defensores acompanhando o réu. Destaca-se que igualmente o único defensor (legal ou constituído) que acompanhava o processo estava junto ao réu na unidade prisional.

Conforme mencionado em tópico anterior, as audiências objeto desse estudo foram realizadas através da plataforma *WEBEX*, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça. O desempenho do sistema de videoconferência, composto da transmissão de áudio e vídeo, pode ser observado no Gráfico 6:

Gráfico 6: Quantitativo de audiências de instrução e julgamento realizadas na 2ª Vara Criminal de Petrolina-PE durante o mês de outubro/2020 que apresentaram problemas na transmissão de áudio ou interrupção na transmissão de vídeo.



Fonte: Dados da pesquisa.

Percebe-se que pelo menos 7 (sete) das 8 (oito) audiências de instrução e julgamento realizadas através do recurso de videoconferência apresentaram problemas na transmissão de áudio ou interrupção na transmissão de vídeo. Isso é resultado da forma como os participantes do ato acessam a plataforma *WEBEX*: através de aparelhos de celular ou computadores particulares. Logo, os participantes dependem da disposição da internet do local onde se encontram, bem como da capacidade do aparelho de transmitir áudio e imagem nas condições necessárias para sua distribuição.

Salienta-se que restou mitigada a publicidade conferida ao ato pelo parágrafo primeiro do art. 185 do Código de Processo Penal, uma vez que para acompanhar a audiência é necessário contato prévio com a unidade judiciária para fornecimento do *link* de acesso à plataforma *WEBEX*.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa trouxe uma análise da compatibilidade do sistema de videoconferência com o sistema processual penal, em especial as garantias penais e processuais conferidas ao réu. O referido recurso tecnológico, quando introduzido no diploma processual penal levantou forte discussão, com posicionamentos favoráveis e contrários à sua utilização na praxe forense.

Entre os pontos favoráveis na utilização da videoconferência está a celeridade processual e a segurança pública. Já os que sustentam posicionamentos contrários apontam violação ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório e à publicidade dos atos processuais.

Em primeira análise, o art. 185 do Código de Processo Penal, que dispõe acerca do interrogatório do réu e que possui maior tratamento quanto à utilização do recurso de videoconferência, imprimiu as principais garantias outorgadas ao réu.

Contudo, ao longo da pesquisa, que compreendeu a análise da pauta de audiências de outubro/2020 da 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrolina-PE, verificou-se que na rotina das unidades judiciárias as disposições legais são suprimidas. Nenhuma das audiências estudadas contava com a presença de dois defensores, ou mesmo houve o emprego de canais telefônicos reservados para o réu realizar seus apontamentos.

Nota-se que foram graves os prejuízos sofridos pelo réu. Não apenas isso, os demais participantes da audiência de instrução e julgamento, inclusive servidores públicos e advogados, também sofreram com os percalços das falhas tecnológicas, pois nem todos dispunham de aparelhos modernos e compatíveis.

Sendo assim, em que pese as vantagens da introdução do sistema de videoconferência no processo penal brasileiro, não se pode transigir com os direitos do réu. Logo, para conciliar o emprego do sistema de videoconferência com as garantias do acusado, é preciso que a tecnologia seja igual para todos e respeite as disposições constitucionais.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Brasília: Diário Oficial da União, 8 jun. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm#:~:text=Altera%20dispositivos%20do%20Decreto%2DLei,Art. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009**. Brasília: Diário Oficial da União, 8 jan. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11900.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RESOLUÇÃO nº 329, de 30 de julho de 2020**. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, (...) [S. I.], 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/relacoes-institucionais/arquivos/resolucao-no-329-cnj.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

ESCRITÓRIO DA OPAS E DA OMS NO BRASIL. Folha informativa COVID-19. *In: Folha informativa COVID-19*. [S. I.], 9 out. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 11 out. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**/ Renato Brasileiro de Lima -6. Ed. ver., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. 1.872 p.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. 1. Processo penal – Brasil I. Título. CDU-343.1(81)

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal** / Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

SÃO PAULO. **Lei nº 11.819, de 5 de janeiro de 2005**. Palácio dos Bandeirantes, 5 jan. 2005. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei-11819-05.01.2005.html>. Acesso em: 12 out. 2020.

SCHAEDLER, Suzana Carline; ADAMS, Aline. **INTERROGATÓRIO DO RÉU POR VIDEOCONFERÊNCIA: BREVES APONTAMENTOS**. Congresso Internacional de Ciências Criminais, [S. I.], ano 2011, n. 2, p. 116-132. Disponível em: https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/edicao2/Suzana_Aline.pdf. Acesso em: 2 nov. 2020.

SOUZA, Marcelo Aparecido de. **Interrogatório online: generalidades e conflito de princípios** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 09 nov 2020. Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54121/interrogatorio-online-generalidades-e-conflito-de-principios>. Acesso em: 09 nov 2020.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal/** Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12. ed. rev. e atu<~L- Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. 1.840p.

O LUCRO REAL E O FISCO.

ANA CAROLINA LESSI MATARÉSIO:
Graduanda pela Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

RESUMO: O presente artigo visa elucidar o assunto abordado no Livro "O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica"¹⁸, conceituando as percepções que se referem ao Lucro Real sobrepondo ao Lucro Presumido e Arbitrado em face do Direito Tributário. Ademais, esses critérios subjetivos supracitados são estipulados pelo legislador brasileiro e possuem formas de cálculo que majoram o imposto recolhido pelo contribuinte. Além disso, a presença de afinidade entre o Lucro Contábil e o Lucro Tributário são temas que englobam grande movimentações financeiras, sejam elas descritas como receitas ou despesas do agente passivo da relação.

PALAVRAS CHAVES: Lucro Real, Presumido, Arbitrado, Direito Tributário, Cálculo, Imposto, Contábil.

ABSTRACT: This article aims to elucidate the issue addressed in the book "The Myth of Taxable Income in the Transition from Legal Availability to Economic Availability", conceptualizing the perceptions that refer to the overlapping of Taxable Income to Presumed Income and to Arbitrated Income in the light of Law Tax. In addition, these subjective criteria mentioned above are stipulated by the Brazilian legislator and have calculation methods that increase the tax collected by the taxpayer. In addition, the presence of affinity between Accounting Profit and Tax Profit are themes that cover large financial transactions, whether they are described as revenues or expenses of the passive agent in the relationship.

KEY WORD: Real Profit, Presumed, Arbitrated, Law Tax, calculation, tax, accounting.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breve Análise sobre o Lucro Real. 2. Embasamento Normativo. 3. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O conceito de Lucro economicamente falando é todo "ganho auferido durante uma operação comercial ou no exercício de uma atividade econômica." Quando nos referimos ao "Lucro Real" estamos falando sobre a apuração de capital que é contabilizado

¹⁸ SCHOUERI, L. E. *O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica*. São Paulo: Dialética, 2010.

para incidência do Imposto de Renda (IR) pela pessoa jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) da pessoa jurídica.

A Constituição Federal, em seu artigo 153, inciso III, concedeu a União competência exclusiva para fixar o imposto sobre a renda e proventos de quaisquer naturezas. Neste seguimento, o imposto é cobrado sobre o acréscimo patrimonial do contribuinte, seja este por meio de trabalho, investimentos (operações financeiras, bens etc.) ou do conjunto de ambos os fatores.

Dessa forma, o Código Nacional Tributário regulamenta a base de cálculo para auferir o valor devido pelo contribuinte ao ente competente. O artigo 44 do Código informa que “a base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis”¹⁹.

Nesse interim, o “Lucro Presumido” e o “Lucro Arbitrado” são sistemáticas que também são adotadas para apuração. Assim, a forma presumida visa obter valor global da receita auferida pela pessoa jurídica e por outro lado, a forma arbitrada é o valor estipulado pelo fisco sobre o percentual da receita auferida pela empresa.

Além disso, o “Lucro Real” possui grande afinidade com o “Lucro Contábil” e o “Lucro Tributário”, que fazem parte da sistematização de arrecadação do nosso ordenamento jurídico. O primeiro engloba todas as movimentações financeiras, ou seja, é o resultado financeiro abrangendo as receitas e despesas da empresa. Já o “Lucro Tributário” são as receitas dedutíveis e as não isentas pelo ente.

Contudo, as formas de apuração do Lucro previstas no ordenamento jurídica, são intituladas como “verdadeiras” aos olhos da legislação. Assim, o que vale elucidar neste artigo é a mera aplicabilidade da modalidade de Lucro Real na realização do cálculo para obtenção do imposto.

1. BREVE ANÁLISE SOBRE O LUCRO REAL

De início, há de se consignar a ardilosa percepção de que o termo “Lucro Real” se sobrepõe aos demais – Lucro Presumido e Lucro Arbitrado – no que tange a veracidade das formas de cálculo que majoram o imposto. Isto pois, nas três modalidades de recolhimento do imposto há a incidência de critérios subjetivos estipulados pelo legislador tributário.

Retroagindo aos demais conceitos correlatos, deve ser reconhecida a similaridade e a confusão frequente entre os conceitos contábeis e tributários. Quanto ao assunto em

¹⁹ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 19/11/2021.

tela, é nítida a afinidade entre os conceitos “Lucro Contábil” e “Lucro Tributário”, sendo o primeiro mais amplo, englobando a generalidade das movimentações financeiras – receitas e despesas - e o segundo, a compatibilização do já levantado por aquele, com a adaptação à legislação tributária, que alcança as receitas dedutíveis e as não isentas.

Pois bem, para a caracterização do Lucro, seja ele Real, Arbitrado ou Presumido, há de se atingir a tão polêmica figura da “renda”, conceituada de diversas formas no ordenamento jurídico brasileiro e no de tantos outros países. Assim, a renda nada mais é o conglomerado de capital obtido pela pessoa – física ou jurídica – através do trabalho, aplicação de capital entre outros.

Desse modo, o Lucro Real é um sistema de tributação brasileiro utilizado para calcular a incidência do IRPJ e CSLL das empresas, tendo como base para cálculo o lucro verdadeiro obtido pelo contribuinte, ou seja, a dedução das despesas perante a receita conforme previsto em lei.

Além disso, o legislador especificou quais as categorias que são obrigadas a se enquadrarem perante a sistematização de Lucro Real, tais como: (i) as empresas que englobam o mercado financeiro (bancos, instituições financeiras, cooperativas de crédito, empresas de seguro privado, entidades de previdência aberta e sociedades de crédito imobiliário); (ii) empresas que obtêm lucro, rendimentos ou ganhos de capital oriundos de fora do país; (iii) empresas que exploram as atividades de compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring); (iv) empresas que têm benefícios fiscais em relação à redução ou isenção de impostos. Além disso, qualquer empresa com receita bruta acima de R\$78 milhões deve, obrigatoriamente, adotar o Lucro Real como regime de tributação²⁰.

2. EMBASAMENTO NORMATIVO

Considerando o primeiro dispositivo legal supracitado, a Carta Magna delega à lei infraconstitucional a delimitação e fixação de alíquotas, bases de cálculo, as figuras dos contribuintes na cobrança de cada imposto específico, bem como depreciação, amortização e todas as demais especificidades da cobrança a serem realizadas pelo Fisco. Ocorre que, a despeito dos 250 artigos trazidos pela CF/88, nenhum deles conceitua o termo renda.

Nesta linha, incumbe pensar que foi destinado à Lei Complementar a caracterização de tal figura. Todavia, o que ocorre é a omissão de todo e qualquer dispositivo legal do ordenamento jurídico brasileiro quanto à figura da renda, levando

²⁰ NUBANK. Lucro Real: o que é e como funciona? Disponível em: <https://blog.nubank.com.br/lucro-real/>. Acesso em: 22/11/2021.

doutrinadores diversos a entenderem de formas similares, mas, também, muitas vezes opostas.

Explicitada a ausência de embasamento legal ao conceito principal do referido imposto, foram criadas duas figuras para melhor compreensão de tal figura, sendo elas: (i) a renda-produto e a (ii) renda-acrécimo patrimonial, tendo estrita relação com os incisos I e II, do artigo 43 do Código Tributário Nacional, respectivamente. Quanto ao conceito de cada uma, a primeira se resume às concretizações/realizações de fatos rentáveis, e a segunda, ao auferimento de renda levando em consideração dois períodos temporais distintos.

Adiante, com a incidência dos referidos conceitos expostos acima, encontra-se a possibilidade de ocorrência de três situações, sendo elas: (i) momentos em que a renda-produto configura acréscimo patrimonial à personalidade jurídica/física, sendo a recíproca verdadeira, quais sejam (ii) situações em que o acréscimo patrimonial decorre da renda-produto (maioria exponencial dos casos de auferimento de renda) e; (iii) a renda produto que não gera acréscimo patrimonial, sendo em ocasiões como, por exemplo, a remessa à um não-residente (neste caso, não há como se comparar dois períodos contábeis do sujeito em questão, gerando apenas a figura da realização – renda-produto). Portanto, resta consignar que não é necessário que o inciso II, do artigo 43, do Código Tributário Nacional, tenha relação exclusiva com o inciso I.

Dando prosseguimento ao assunto em tela, deparar-se-á com a figura da disponibilidade, podendo esta ser desmembrada em (i) jurídica e (ii) econômica. A disponibilidade jurídica diz respeito aos rendimentos adquiridos e passíveis de transformação, de tangibilidade, de mutação para dinheiro. Já a disponibilidade econômica é regida por conceitos que não atingem a legislação, sendo composta por elementos subjetivos, como, por exemplo, o usufruto de determinada propriedade registrada em nome de terceiros.

3.CONCLUSÃO

O que importa ao Fisco, neste cenário, é que ambas as possibilidades de disponibilidade encontram respaldo para a arrecadação do imposto. Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro se vale da disponibilidade jurídica para a maioria expressiva das situações, como, por exemplo, o litígio. Todavia, é notável o desejo de abranger a disponibilidade econômica nas mesmas situações, em virtude da sua amplitude de incidência, podendo cobrir, conseqüentemente, mais fatos geradores que, por sua vez, expandem a arrecadação do imposto.

Por enquanto, a incidência brasileira é na disponibilidade jurídica que faz existir o dever de contribuir com o Estado-Arrecadador, levando a recíproca a ser verdadeira: sem disponibilidade, não há que se falar em contribuir com o pagamento de impostos.

A origem da arrecadação de impostos se transporta ao entendimento de que, se o sujeito consegue financeiramente dispor do seu patrimônio para prover bem-estar em benefício próprio e aos seus próximos, também é passível de contribuir com o provimento do Estado.

O constituinte levou a crer que, se determinado sujeito possui possibilidade de prover em benefício próprio, através de seu auferimento de renda – seja produto ou acréscimo patrimonial – também pode e deve contribuir com o Estado-Arrecadador.

Além disso, a sistematização de arrecadação pelo Lucro Real é claramente vantajosa ao contribuinte, tendo em vista que, através desse regime pode-se auferir um pagamento mais justo, há a possibilidade de reaproveitamento de créditos como PIS e COFINS e por último, a compensação de prejuízos fiscais.

Por fim, o que se leva da somatória de entendimentos de todos estes conceitos é que a arrecadação do Lucro Real de determinada personalidade jurídica não possui mais ou menos veracidade do que as outras formas de calcular o lucro, quais sejam arbitrárias ou presumidas. A hermenêutica do adjetivo “real” nesta expressão, não o sobrepõe perante as outras possibilidades de recolhimento, sendo todas, indiscutivelmente, resultado dos costumes e crenças estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, não sendo exatos e precisos em nenhuma das modalidades trazidas à baila.

BIBLIOGRAFIA

SCHOUERI, Luís Eduardo. *O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica*. São Paulo: Dialética, 2010.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 19/11/2021.

NUBANK. *Lucro Real: o que é e como funciona?*. Disponível em: <https://blog.nubank.com.br/lucro-real/>. Acesso em: 22/11/2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22/11/2021.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 22/11/2021.