

Organizadores:
Cristhian Magnus De Marco
Rafaella Zanatta Caon Kravetz

Diálogos sobre Direito e Justiça

Coletânea de artigos 2015



Editora Unoesc



UNOESC

Universidade do Oeste de Santa Catarina
Rua Getúlio Vargas, 2125 | Bairro Flor da Serra
89600-000 | Joaçaba | SC
www.unoesc.edu.br



Organizadores:
Cristhian Magnus De Marco
Rafaella Zanatta Caon Kravetz

Diálogos sobre Direito e Justiça

Coletânea de artigos 2015



Editora Unoesc

© 2015 Editora Unoesc

Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc

É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.
Fone: (55) (49) 3551-2000 - Fax: (55) (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação

Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Copidesques: Bianca Regina Paganini, Giovana Patrícia Bizinela, Gilvana Toniélo

Revisão eletrônica: Bianca Regina Paganini, Talita Varela

Projeto gráfico e capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F981c Fundação Universidade do Oeste de Santa Catarina.
Campus de Joaçaba
Coletânea de artigos 2015 / org. Crithian Magnus
De Marco, Rafaella Zanatta Caon Kravetz. – Joaçaba:
Editora Unoesc, 2015.
618 p. – (Série Diálogos sobre Direito e Justiça, v. 1)

ISBN: 978-85-8422-041-0 (volume 1)

Modo de acesso: World Wide Web

1. Direito. 2. Justiça. I. De Marco, Crithian Magnus.
II. Kravetz, Rafaella Zanatta Caon. III. Título. IV. Série

Doris 341

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores dos Campi

Campus de Chapecó

Ricardo Antônio De Marco

Campus São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D' Agostini

Campus Videira

Antonio Carlos de Souza

Campus Xanxerê

Genesio Téio

Pró-reitor de Graduação

Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria

Alciomar Antônio Marin

Conselho Editorial

Fábio Lazzarotti

Débora Diersmann Silva Pereira

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Glauber Wagner

Eliane Salete Filipim

Carlos Luiz Strapazzon

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Maria Rita Nogueira

Daniele Cristine Beuron

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO7

ARTIGOS GRADUAÇÃO9

A ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA EXPLANAÇÃO ACERCA DA SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA11

Sarah Christina Brugger, Magda Cristiane Detsch da Silva

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA INDETERMINAÇÃO TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA: PRAZO E APLICABILIDADE FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 198839

Karina Rover, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

A INTERVENÇÃO BIOÉTICA DIANTE DAS MANIPULAÇÕES GENÉTICAS EM HUMANOS: PRINCIPAIS PRESSUPOSTOS E SUA APLICABILIDADE NA PREVENÇÃO DE IDEAIS EUGÊNICOS71

Augusto Zagonel, Ricardo José Nodari

A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR: DEVER CIVIL DO ESTABELECIMENTO PELA GUARDA DE VEÍCULO DEIXADO EM SEU ESTACIONAMENTO91

Maria Júlia Souza, Jéssica Romeiro Mota

A PENHORA DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS) PARA QUITAR DÉBITOS DE PENSÃO ALIMENTÍCIA: CONFLITO DE PRINCÍPIOS121

Gustavo Martinelli Agripino, Jéssica Romeiro Mota

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA
OMISSÃO NA MANUTENÇÃO DAS VIAS PÚBLICAS.....157**
Jonathan Zang Martelli, Hesterston Humenhuk

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS:
PROCEDIMENTOS ADOTADOS PARA RESTITUIÇÃO
DO CRÉDITO PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E
POSSIBILIDADES DE DEFESA DO DEVEDOR.....183**
Marco Túlio Bittencourt Schneider, Roni Edson Fabro

**CARACTERIZAÇÃO DO DOLO NOS ATOS DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....207**
Deise Michele Mantovani, Jorge Eduardo Hoffmann

**DA PRISÃO EM FLAGRANTE POR CRIME DE FURTO:
UM BREVE ESTUDO SOBRE O VÍCIO EM CRACK COMO
POSSÍVEL FATO ENSEJADOR DO DELITO235**
Fabiano Marca, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

**DIREITO À VIDA *VERSUS* DIREITO À MANIFESTAÇÃO
CULTURAL INDÍGENA: UM DEBATE ENTRE O
CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O USO DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....265**
Samanta Vecchi, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

**DIREITO DO CONSUMIDOR: A RESPONSABILIDADE
CIVIL DOS FORNECEDORES POR DEFEITOS
NOS PRODUTOS ALIMENTÍCIOS À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 295**
João Ricardo Spagnol, Magda Cristiane Detsch da Silva

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INCIDÊNCIA NO
CRIME DE DESCAMINHO327**
Kerolen Tayane Marca Lourenço, Mauricio Eing

**PRISÃO PROCESSUAL E MEDIDAS CAUTELARES
DIVERSAS DA PRISÃO PREVISTAS NA LEI N. 12.403/11:
UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA PRISÃO
PREVENTIVA365**
Carolina da Costa, Mauricio Eing

SUICÍDIO ASSISTIDO: A NORMATIZAÇÃO DO SUICÍDIO ASSISTIDO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ALTERNATIVA À MORTE DIGNA399

Josiani Tessari, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

ARTIGOS PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*429

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DE JOHN RAWLS431

Rogério Gesta Leal, Fábio Biasi Pavão

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO BUSCA EFETIVA DA GARANTIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA451

Elizabete Geremias, Rose Maria dos Passos, Rodrigo Garcia Schwarz

A PREVIDÊNCIA SOCIAL E AS FALHAS NA LEGISLAÇÃO QUE IMPEDEM A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....467

Rosane Todescatt Nottar

A PREVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL A PARTIR DA VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COM COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA481

Jeison Francisco de Medeiros, Cristhian Magnus De Marco

DA DISTANÁSIA À EUTANÁSIA: REFLETINDO A DIGNIDADE DE VIVER E DE MORRER495

Riva Sobrado de Freitas, Daniela Zilio

ENTRE A VIDA E A MORTE: REVISITANDO A MORTE DIGNA EM PACIENTES TERMINAIS509

Janafina Reckziegel, Beatriz Diana Bauermann Coninck

**LIBERDADE E DEMOCRACIA NA TEORIA DA JUSTIÇA
DE JOHN RAWLS543**

Sabrina Favero

**POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE: A IMPLEMENTAÇÃO DO
PROGRAMA MAIS MÉDICOS A PARTIR DA TEORIA DE
AXEL HONETH559**

Juliana de Oliveira, Yuri Schneider

**IDENTIDADE E GÊNERO: O PAPEL DA MULHER
NA FORMAÇÃO DO LEITOR NO SÉCULO XX595**

Thaís Janaina Wenczenovicz, Lurdes Denise Crispim Moreira

APRESENTAÇÃO

A presente coletânea tem por objetivo principal continuar compartilhando com a comunidade os resultados das pesquisas que vêm sendo desenvolvidas no âmbito do Curso de Graduação em Direito da Unoesc – Joaçaba.

O colegiado dos professores do curso elegeu os melhores trabalhos apresentados no componente curricular de Trabalho de Curso no ano de 2015, para que fossem transformados em artigos científicos. A partir daí, com a efetiva integração de docentes e discentes na sistematização dos conteúdos e no aprimoramento metodológico dos textos, chegamos à organização de mais esse importante produto acadêmico.

Esta segunda experiência de publicação de artigos, em forma de coletânea, está enriquecida com uma seção de textos produzidos pelos mestrandos em Direito da Unoesc, individualmente ou em parceria com seus orientandos. Assim, este *e-book* ganhou fôlego, contando com 13 artigos produzidos no âmbito da graduação em Direito, mais 9 trabalhos provenientes da pós-graduação *stricto sensu* da Unoesc.

Com efeito, além de promover integração entre a graduação e a pós-graduação da Unoesc, as quase 600 páginas deste livro passam a representar uma consistente fonte de consulta para os futuros trabalhos.

Diversos ramos do direito estão contemplados nos textos deste livro. Normas, institutos e valores jurídicos são analisados criticamente, percebendo-se uma clara motivação para o *diálogo entre direito e justiça*. Tenham todos uma ótima leitura!

Cristhian Magnus De Marco

Rafaella Zanatta Caon Kravetz

ARTIGOS GRADUAÇÃO



A ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA EXPLANAÇÃO ACERCA DA SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Sarah Christina Brugger*
Magda Cristiane Detsch da Silva**

Resumo: A proposta com o presente trabalho foi relatar a evolução da arbitragem desde as primeiras civilizações até a atualidade, utilizando a pesquisa bibliográfica. A arbitragem surge com as primeiras organizações sociais, quando ocorre a necessidade de intervenção de um terceiro, estranho à controvérsia, para compor e resolver a discussão. Uma das primeiras sociedades a utilizar a arbitragem como método de solução de conflitos foi a Grécia. No decorrer dos séculos, espalhou-se por todos os continentes, inclusive tornando-se uma forma eficaz de solução de conflitos internacionais. No Brasil, a arbitragem tem como berço a própria legislação portuguesa, ainda no período colonial, e veio sendo prevista em praticamente todas as constituições, e em diversas leis esparsas. Foi com a Lei n. 9.307/96 que a arbitragem foi especificamente regulamentada no Brasil, passando, assim, a ter maior efetividade e até mesmo maior utilização. Recentemente, ocorreu uma nova reformulação do sistema arbitral brasileiro, buscando efetivar ainda mais o instituto da arbitragem. Pelo decorrer dos séculos, a arbitragem acompanhou o desenrolar da história, sendo um instrumento alternativo de solução de conflitos utilizado até a atualidade.

Palavras-chave: Arbitragem. Método de solução de conflitos. Evolução. Mundo. Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade, nas mais remotas organizações sociais, sempre existiram os mais diversos tipos de conflitos, como também se aplicavam distintas maneiras de solucioná-los. Inicialmente imperava a autotutela ou autodefesa, que era imposta para solucionar os conflitos por meio da lei do

* Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

** Mestre em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora do Curso de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; magda.dasilva@unoesc.edu.br

mais forte. Nesse sentido, Brasilino e Mangonaro (2007, p. 50) identificam que “Nos primórdios imperava a lei dos mais fortes, ou seja, a autodefesa (ou autotutela), tal prática era visivelmente inviável devido à desigualdade que tal maneira de solução de conflitos gerava [...]”

Durante tais períodos, os conflitos eram resolvidos muitas vezes pela própria força física, imperando o regime da vingança privada não regulamentada; não se verificava a existência de um terceiro para intermediar e pacificar as relações. Figurava uma verdadeira guerra entre as partes, em que vencia o mais forte, não havendo qualquer organização, muito menos a justiça da verdade, pois dominava o juízo da suposição. Da mesma forma, não se verificava a declaração ou a existência de qualquer Direito, conforme leciona Cretella Neto (2007, p. 2).

Com o passar do tempo, instaurou-se o medo do caos, tornando-se necessária a pacificação regrada, ou pelo menos intermediada, dos conflitos existentes na sociedade. Nessa faceta, Cahali (2013, p. 28-29) leciona que a solução dos conflitos passou a ser entregue a um terceiro:

Deixada de lado a imposição da vontade pela força (autotutela ou autodefesa – “lei do mais forte”), e afastado o entendimento (autocomposição), a solução do conflito é entregue ao terceiro por provocação do interessado, para harmonização das relações sociais intersubjetivas (heterocomposição).

Nesse contexto histórico emerge a figura do julgador, que conforme compreende Cahali (2013, p. 29), poderia estar inerente ao Poder Estatal e sua organização, na figura do Poder Judiciário, bem como poderia ser independente do Estado, ou seja, um árbitro indicado pelas partes, diretamente ou não.

Cumprе ressaltar que em tal momento histórico as organizações sociais eram controladas por poderes centrais despóticos e por diversas vezes não buscavam a justiça social. Diante de tais circunstâncias Cretella Neto (2007, p. 3) explana que “A desconfiança em relação a esse poder central e despótico levou os particulares a nomearem árbitros, pessoas que desfrutavam da confiança mútua das partes.”

Diante do exposto, verifica-se o surgimento da arbitragem como uma forma de solução de conflitos, pela qual um terceiro, estranho à lide, intervém,

impondo uma decisão obrigatória e colocando fim ao litígio, conforme relatam Brasilino e Mangonaro (2007, p. 50) em seus ensinamentos.

Assim, o objeto deste artigo é a explanação acerca da evolução histórica do instituto da arbitragem no decorrer dos séculos, tanto no Brasil quanto no plano internacional. De que forma ela foi sendo introduzida nos países, desde a antiguidade até a atualidade, bem como de que maneira ocorreu a evolução da arbitragem no direito brasileiro, desde o período colonial, passando pelo período republicano até o momento atual.

2 O SURGIMENTO DA ARBITRAGEM NO MUNDO

Em um contexto global, verifica-se que a arbitragem tem seu surgimento, aplicação e, ainda, pode-se dizer, ascensão nas primeiras sociedades organizadas, sendo utilizada expansivamente pelos gregos e romanos.

Ela ainda atravessa os séculos e mostra-se uma forma de solução de conflitos cabível aos burgos e às épocas negras da Idade Média, nunca deixando de ser utilizada. Transcende para a sociedade moderna mais em segundo plano, contudo, plenamente aplicável nos mais diversos ramos jurídicos.

2.1 A ASCENSÃO DA ARBITRAGEM NA GRÉCIA ANTIGA

O instituto da arbitragem como um meio de solução de controvérsias já era citado no direito grego para a solução dos mais diversos conflitos existentes na época. É cediço que a sociedade grega possuía uma organização diversificada, pela qual a arbitragem era plenamente cabível e integralmente eficaz.

A respeito da arbitragem na Grécia, Cahali (2013, p. 29) destaca:

Já insinuada a sua utilização entre os Deuses do Olimpo, na antiguidade, cerca de 3.000 anos antes de Cristo, a arbitragem é citada no direito grego tanto para a solução de

controvérsias entre cidades-estado (*ligas enfitônicas*),¹ como para conflitos privados.

Verifica-se que entre os gregos a arbitragem foi amplamente difundida e aplicada, buscando a paz social e uma efetiva solução das controvérsias. Nesse viés, Cretella Neto (2007, p. 3) assinala: “A arbitragem é mencionada, ainda, nos poemas de Homero (Ilíada, Canto XIII, vs. 486), onde o juiz-árbitro se denomina *Istor*, que significa ‘o que sabe’, ou ‘o sábio’.”

Ainda em se tratando do instituto arbitral acolhido pela Grécia, Cahali (2013, p. 30) demonstra em suas lições que tal instituto era bem organizado pela sociedade em questão, haja vista que “Os gregos tinham à sua disposição, então, os *diaitetai*, que eram os árbitros públicos para litígios privados.”

No que se refere à organização arbitral disposta pelos gregos, conforme ensinamentos de Soares (apud CAHALI, 2013, p. 30), os árbitros eram escolhidos pelas partes, que além dos próprios *diaitetai*, poderiam ser tanto o rei quanto um homem público, e por muitas vezes até mesmo as instituições religiosas da época eram instituídas como árbitros, como o Conselho Anfictiônico ou o Oráculo de Delfos, as quais eram popularmente conhecidas pela intervenção acerca das próprias guerras instituídas na época.

Na Grécia antiga havia a ausência de leis positivadas, assim, imperavam as regras atinentes aos costumes, moral e ética. Nesse viés, relata Gascez (apud PINTO, 2002, p. 20): “Na ausência de uma legislação positiva, cabia ao ancião-árbitro aplicar à controvérsia, não regras do direito expresso, mas, sim, o costume e os princípios da moral e da ética que predominavam à época.”

A arbitragem instituída na Grécia, conforme Carmona (apud CAHALI, 2013, p. 30), tinha uma característica interessante, que era a busca, primeiramente, pela conciliação. Caso esta não fosse possível, o árbitro pronunciaria uma sentença, solenizada por um juramento.

¹ As ligas enfitônicas eram tribunais constituídos de árbitros privados que possuíam a competência de dirimir conflitos entre as cidades gregas (FURTADO, 1995, p. 48).

Quando se trata da arbitragem, é de suma importância destacar como exemplo de sua aplicação o Tratado de Paz estabelecido entre Esparta e Atenas, no ano 445 a.C. (SILVA, 2006, p. 9). Tal Tratado continha, conforme Cretella Neto (2007, p. 4), “[...] cláusula compromissória expressa, remetendo as partes à via arbitral, no caso do surgimento de litígios futuros.”

Ainda referente ao Tratado em questão, Pinto (2002, p. 20) coloca que:

[...] as duas maiores potências militares e econômicas gregas, antagônicas entre si, as cidades de Esparta e Atenas, firmaram um tratado com cláusula compromissória, demonstrando desde aqueles tempos a importância da arbitragem na resolução dos conflitos de interesses.

Verifica-se que a arbitragem foi de suma importância para a organização social grega na antiguidade, haja vista sua intensa diversidade cultural, política e religiosa; com um processo histórico-político evolutivo muito específico desenvolveu-se na região dos Balcãs, pois a Grécia era organizada sem um poder central e dividida em Polis totalmente independentes entre si, e com apenas uma mesma origem (PINTO, 2002, p. 13).

2.2 A ASCENSÃO DA ARBITRAGEM NA CIVILIZAÇÃO ROMANA DA ANTIGUIDADE

Na antiga Roma a arbitragem também teve seu papel exercido, pacificando os mais distintos conflitos contratuais existentes na época, em que pese não ter sido tão amplamente aproveitada como na Grécia. A propósito, Figueiredo Júnior (apud CAHALI, 2013, p. 30) menciona que:

Considerada um procedimento de base contratual e tratada como um ato de natureza pactícia, nas várias fases do direito romano; as partes tinham a liberalidade de assinar um compromisso em que estipulavam o respeito à decisão dos árbitros e, nos contratos, podiam instituir cláusulas compromissórias.

No que se refere à organização do instituto da arbitragem em Roma, esta se assemelha aos *diaitetai* gregos. Em Roma, nas palavras de Cahali (2013, p.

30), havia “Uma lista de ‘cidadãos idôneos’ que compunham o *judicium privatum*,² e as partes faziam a indicação do escolhido, não se reconhecendo a este o direito de recusa da atribuição.”

O Império Romano atingiu proporções imensas e conquistou um vasto território, e nesse período a arbitragem teve sua contribuição; nesse sentido relata Pinto (2002, p. 20):

O instituto da arbitragem ganha força com o processo de expansão territorial do Império Romano. O confronto entre o sistema jurídico romano e os dos povos conquistados, principalmente daqueles cuja base do direito era consuetudinária, viriam reforçar a arbitragem como recurso ágil e eficiente na resolução dos conflitos de interesses em todos os níveis, principalmente entre o Estado e depois entre os indivíduos, dentro de um império bastante heterogêneo, composto por cidadãos, estrangeiros (bárbaros), escravos, etc., que relacionavam-se entre si, mormente através de uma intensa atividade comercial.

A arbitragem foi aplicada aos contratos romanos em todo o período do Império, considerando a grande extensão territorial que este atingiu, facilitando a dissolução das controvérsias instauradas.

2.2.1 A arbitragem após as Invasões Bárbaras e o seu desenvolvimento no Império Romano do Oriente

Com as Invasões Bárbaras na Europa, o Império Romano entrou em decadência, contudo, a arbitragem permaneceu em ascensão. Cretella Neto (2007, p. 4) destaca a importância da arbitragem nesse período, “As invasões bárbaras, na Europa, trouxeram consigo a solução privada de litígios, pois as populações nativas preferiam resolver as desavenças segundo suas próprias leis e costumes [...]”

É cediço que, após as Invasões Bárbaras, o Império Romano do Ocidente entrou em colapso e restou desestruturado o poder central, não estando mais este

² Conforme Silva (2005, p. 13), “Lista de cidadãos na qual o interessado poderia escolher alguém que merecesse sua confiança.” Ainda sobre o *Judicium Privatum*, Pinto (2002, p. 21) leciona que: “[...] os romanos criaram uma lista de nomes de cidadãos considerados idôneos – *iudicium privatum* – que atuavam como árbitros, extrajudicialmente, na resolução dos conflitos jurídicos entre os cidadãos do Império.”

hábil a resolver por si só os conflitos existentes no território que anteriormente dominavam. Nesse período de transição, a arbitragem ganhou força, considerando-se a intensa diversidade de culturas, como leciona Pinto (2002, p. 22):

O advento das invasões bárbaras ao Império Romano do Ocidente também teve suas conseqüências na arbitragem, valorizando e incentivando seu uso, na medida em que se constituía em excelente desvio aos desconhecidos e compulsórios procedimentos jurídicos dos povos invasores, optando pela arbitragem, na qual era possível a escolha das regras legais conhecidas e aceitas por todas as partes.

Em tempos de Invasões Bárbaras e da manutenção somente do poder central no Império Romano do Oriente, ocorre a expansão da arbitragem para os mais diversos ramos das controvérsias, atingindo até mesmo litígios familiares, conforme se denota das lições de Soares (apud CAHALI, 2013, p. 31): “Em várias partes da Europa Medieval, decretos locais atribuíam aos bispos o conhecimento de causas que versassem sobre conflitos entre parentes em matéria de partilha ou de tutela [...]”

No período em que Justiniano foi Imperador, este aperfeiçoa a arbitragem obrigando o cumprimento do laudo arbitral, sob pena da interferência de magistrado na execução daquele, conforme destaca Pinto (2002, p. 22-23): “Com base no direito consuetudinário, Justiniano aperfeiçoa o instituto da arbitragem obrigando a cumprirem o laudo arbitral sob pena de, não o fazendo – fossem ambas ou apenas uma delas – serem compelidos por um magistrado, através de um procedimento jurídico real [...]”

Tal atitude tida pelo Imperador Justiniano tinha por objetivo evitar a não adoção do laudo arbitral, delegando-se a função de executá-lo ao magistrado (SILVA, 2005, p. 15).

Verifica-se que a arbitragem teve grande importância para a civilização romana na antiguidade, considerando-se a grande expansão territorial que teve e, assim, atingindo as mais diversas culturas. Ainda, mostrou-se relevante com as Invasões Bárbaras, surgindo a jurisdição privada para resolver os litígios desses povos com grandes diferenças entre si.

2.3 O DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM NA EUROPA MEDIEVAL

É na Idade Média que as trocas comerciais se intensificam, assim, além de sua aplicação na esfera familiar, a arbitragem passou a ser frequentemente utilizada pelas associações de comerciantes. No que se refere à arbitragem na época Medieval, Cretella Neto (2007, p. 5) esclarece:

Na Europa, a arbitragem ressurgiu na Idade Média, no século XII, contendo os Repertórios consuetudinários de regras expressas e minuciosas sobre o compromisso arbitral, aplicável também às controvérsias familiares.

Com o surgimento dos burgos medievais, que promoviam feiras e também das cidades portuárias, passa a ser frequente o uso da arbitragem, tanto pelas Guildas (associações de comerciantes), estabelecidas a partir do século XIV, como pelos primeiros tribunais marítimos.

Cahali (2013, p. 31) afirma que a arbitragem se desenvolveu de forma mais intensificada na Idade Média, pois a estrutura jurisdicional do Estado encontrava-se em descrédito observando-se a precariedade e a inadequação do sistema normativo do período.

Nesse sentido, Sodré (apud CAHALI, 2013, p. 31) destaca as cinco principais causas que justificam a ampla utilização da arbitragem na Idade Média: “[...] i) ausência de leis, ou sua excessiva dureza e incivilidade; ii) falta de garantias jurisdicionais; iii) variedade de ordenamentos; iv) fraqueza dos Estados; e v) conflitos entre Estado e Igreja.”

Nesse mesmo sentido, para Soares (apud CAHALI, 2013, p. 31), foram três as razões do sucesso da arbitragem no período Medieval: “[...] i) a reiterada prática arbitral no seio da Igreja; ii) as arbitragens intermunicipais, como forma de escapar à jurisdição do Sacro-Império Romano Germânico; e iii) a estrutura social estanque e hierarquizada.”

Apesar do grande desenvolvimento da arbitragem no período medieval, destaca-se que nesse momento histórico, considerando-se o domínio da Igreja nas decisões, a imparcialidade não era respeitada, conforme leciona Silva (2005, p. 15):

[...] a proliferação do domínio religioso, há o apogeu da arbitragem, com um inconveniente: a imparcialidade não era observada. Os papas serviam como árbitros em questão que envolvessem, principalmente, reinados e impérios, e outorgavam também aos bispos e cardeais o direito de arbitrar.

Cumprе salientar que, na Idade Média, a própria configuração da sociedade, em feudos, voltava-se para a necessidade da utilização da arbitragem para a solução dos conflitos existentes. Como coloca Pinto (2002, p. 23):

A característica fragmentação política do feudalismo, com seus inúmeros pequenos Estados – feudos – e com infinitos ordenamentos jurídicos, representava um entrave para a resolução dos litígios, que, por sua própria natureza, necessitavam de agilidade na sua solução, impulsionavam a utilização do sistema arbitral, com base nos costumes da época, e como forma de resolução das lides.

Diante disso, independentemente de quantas foram as razões principais da larga utilização e do sucesso da arbitragem na Idade Média, verifica-se que esta cumpriu o seu papel em uma civilização com a organização estatal em descrédito, sem a possibilidade de aparelhamento jurisdicional digno.

2.4 A APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NA SOCIEDADE MODERNA ATÉ A ATUALIDADE NO OCIDENTE

Com o passar do tempo, surgiu a necessidade de o Estado se reestruturar e ordenar sistemas eficazes de solução de litígios, organizando sua função jurisdicional; por tal motivo, chamou para si a responsabilidade de apreciar os litígios, não deixando a sociedade à mercê da própria organização.

No que se refere ao Estado Moderno, Muniz (2006, p. 24) leciona:

Com o surgimento do Estado moderno e a concentração do poder dentro deste, ligada à noção de soberania, da qual decorria que a lei e a ordem seriam impostas dentro do território pelo próprio poder dominante sem intermédio ou superiores ao poder estatal vigente, a lei passa a ter um caráter territorial, com maiores restrições a sua aplicação, e passam a surgir peculiaridades que vão diferenciar a ordem jurídica

de uma e de outra sociedade política, perdendo a lei muitas de suas características comuns.

Diante de tal ascensão do Poder Estatal e sua organização, Cahali (2013, p. 31) aponta:

Na sociedade moderna, fortalecidos os Estados, e reorganizados os sistemas jurídicos, naturalmente o Poder Judiciário avocou o respeito e autoridade para a solução das controvérsias. Porém, mesmo assim, mantendo-se a tradição, a arbitragem foi prestigiada, tanto com previsão legal em diversos ordenamentos, como também na sua continuada utilização, com maior ou menor intensidade, em função de inúmeras circunstâncias político-sociais.

Analisando-se a reestruturação dos Estados e, ainda, a organização do Poder Judiciário, ocorre um retrocesso na utilização da arbitragem, como observa Muniz (2006, p. 24), inicialmente em relação ao Estado, e em seguida aos particulares. Isso se deve basicamente pela promulgação dos Códigos de Processo Civil, que passaram a restringir a autonomia da vontade em relação ao processo. Todavia, permaneceu sendo utilizada nos usos e costumes ao lado da jurisdição estatal, face sua rapidez, facilidade e baixo custo.

Outro motivo para a redução da utilização da arbitragem se deve à alteração das normas atinentes à arbitragem no Século XV, que abriram a possibilidade de apelação da sentença arbitral, o que até então não era cogitado, conforme relata Cretella Neto (2007, p. 6), retirando, assim, a característica da brevidade no julgamento.

Contudo, a alteração das normas tornando as decisões arbitrais recorríveis foi infrutífera, sendo tal equívoco logo sanado, satisfazendo os interesses da sociedade. Assim, complementa Cretella Neto (2007, p. 6):

Em favor de seu ressurgimento, assumindo, agora, novas feições, concorreram a insatisfação dos juizes senhoriais e também a da maioria dos cidadãos, descontentes com a forma despótica da aplicação da lei pelos meios estatais. As novas *Ordonnances*, de 1510, de 1535 e de 1560 vieram reforçar o papel da arbitragem. O contínuo desenvolvimento do comércio, que permitiu a expansão do número de sociedades comerciais, foi objeto da *Ordonnance* de 1673, que instituiu a arbitragem para a resolução de litígios entre os sócios, sen-

do suas disposições reproduzidas nos códigos comerciais da Bélgica e da França.

A partir da Revolução Francesa de 1789, as associações comerciais perdem as configurações que possuíam, passando a formar monopólios, o que posteriormente foi extinto, perdendo o espaço que a arbitragem possuía nesse ramo na época do início de suas organizações (CRETELLA NETO, 2007, p. 7).

No entanto, na Europa, a organização estatal passou a acolher de forma entusiasmada a arbitragem, buscando contrabalançar os abusos praticados pela justiça monárquica, tornando o juízo arbitral obrigatório, praticamente um substituto do Poder Judiciário (CRETELLA NETO, 2007, p. 7). Tendo em vista a contrariedade ao verdadeiro espírito da arbitragem, logo, o equívoco de torná-la obrigatória foi sanado, abolindo a lei que o possibilitou (CRETELLA NETO, 2007, p. 7).

No que se refere à aplicação da arbitragem no direito francês, segundo os ensinamentos de Cretella Neto (2007, p. 7-8), o Código de Processo Civil Francês, de 1806, limitou a sua aplicação ao exigir formalismos para sua utilização, desestimulando o seu uso.

A partir do final do Século XVIII, com a criação de organizações internacionais e da assinatura de tratados, a solução de litígios por meio da arbitragem passa a ser utilizada de maneira eficaz para a manutenção da paz e das relações entre os Estados (MUNIZ, 2006, p. 25).

Ainda, conforme leciona Cahali (2013, p. 31), um exemplo da utilização da arbitragem no Direito Internacional Público é o Tratado de Tordesilhas, isso ainda no Século XVI, “[...] que, segundo historiadores, teve a linha traçada por arbitragem, embora utilizada a meação como instrumento de pacificação entre Portugal e Espanha, para se chegar à assinatura da convenção.”

Não obstante, a aplicação da arbitragem como forma eficaz de solução dos conflitos existentes não parou por aí. Esta se espalhou pelos demais continentes com o passar do tempo, conforme relata Cretella Neto (2007, p. 8), sendo adotada pela Bélgica em 1876 e disseminando-se pela Europa e América, especialmente nos Estados Unidos.

Observando-se a sua farta utilização para o arbitramento de controvérsias internacionais, buscou-se prezar pela segurança das decisões, conforme Cahali (2013, p. 32):

E, no caminho traçado pela globalização da economia, a maneira eficaz para tornar seguras as relações comerciais internacionais foi depositar confiança da arbitragem, como já há muito faziam países europeus nas suas relações continentais. Basta notar a edição, pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, em 1985, de uma lei modelo para oferecer uma referência aos Estados na reforma e modernização de suas normas sobre arbitragem comercial, cujas regras representam consenso mundial sobre os mais importantes pontos da disciplina arbitral. Esta proposta é conhecida como *Lei Modelo Uncitral* e tem sido utilizada como padrão para a elaboração de diversas legislações nacionais sobre arbitragem.

Tendo em vista o sucesso da arbitragem na solução de conflitos no Direito Internacional e da confiança que já se depositava no instituto, internamente este passou a ser utilizado também nas relações de consumo, por exemplo, e em determinadas situações temáticas. “Como leis específicas na Espanha (Real Decreto 636, de 03.05.1993), na Argentina (art. 59 da Lei 24.240/1993 e Decreto n. 276) e outros países que adotam um sistema próprio de arbitragem de consumo.” (CAHALI, 2013, p. 32).

Cumpre destaque também a Associação Americana de Arbitragem,³ nos Estados Unidos, a qual é mencionada por Garcez (apud JOBIM; MACHADO, 2008, p. 225):

A prática da arbitragem se expandiu invulgarmente nos Estados Unidos graças ao trabalho que desenvolve naquele país a American Arbitration Association – AAA –, que conta com um grupo de mais de 57.000 árbitros e 35 sedes físicas que oferecem a logística adequada para o desenvolvimento dos procedimentos arbitrais em todos os estados norte-americanos. [...] é uma instituição privada, sem fins lucrativos, que oferece serviços ao público na administração de arbitragens, em que têm sido predominantes aos casos laborais

³ American Arbitration Association (AAA) (JOBIM; MACHADO, 2008, p. 225).

e de responsabilidade civil, além das disputas em questões internacionais de natureza comercial.

Atualmente, a arbitragem é utilizada tanto no âmbito público quando no privado, buscando sempre a solução rápida e eficaz do conflito e a manutenção do equilíbrio (MUNIZ, 2006, p. 25-26).

No decorrer dos séculos, desde o início de sua instauração entre as sociedades, a arbitragem vem sendo um mecanismo eficiente, que sem dúvida traz o equilíbrio para as relações jurídicas em diferentes esferas.

3 O SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

No Brasil, diferentemente do que ocorre no mundo, não existem vestígios na doutrina que exemplificam a arbitragem como um instituto utilizado antes da existência de um poder centralizado ou de uma organização jurisdicional. Nesse sentido, Jobim e Machado (2008, p. 229) lecionam que “A doutrina brasileira identifica a presença da arbitragem em nosso sistema jurídico desde a época em que o País estava submetido à colonização portuguesa.”

A arbitragem, no Brasil, apesar de sempre prevista no ordenamento jurídico, desde a primeira formulação legislativa de abrangência nacional até a Constituição Federal vigente, não tem sido utilizada com frequência (CRETILLA NETO, 2007, p. 11).

Conforme Cretella Neto (2007, p. 10), no ordenamento jurídico brasileiro sempre coexistiram dois mecanismos principais de solução de conflitos, o Jurisdicional, ou seja, Estatal, e o de origem particular, a arbitragem.

Nem sempre a arbitragem foi valorizada ou utilizada da maneira mais proveitosa no Brasil. Por vezes, era considerada letra morta, em razão de sua pouquíssima utilização antes da promulgação da Lei n. 9.307/96, conforme expõe Silva (2005, p. 27):

[...] apesar de sua previsão desde as primeiras manifestações da ordenação jurídica do país, a arbitragem nunca teve papel relevante no sistema jurídico brasileiro. Ela era considerada letra morta por sua pouca ou nenhuma aplicação. Isso se devia também à grande dificuldade e incerteza quanto à sua aplicação e à insegurança e inexpressiva valorização.

Diferentemente do que ocorreu e ocorre em escalas mundiais, no território brasileiro, tal instituto passa despercebido, em meio a inúmeras ações judiciais existentes. Somente com a Lei n. 9.307/96, a arbitragem passou a ser viável, começando a ter maior utilização prática, eficaz e de forma moderna, haja vista que se eliminou a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral e, ainda, impondo força obrigatória para a cláusula compromissória (PINTO, 2002, p. 31).

Para Cretella Neto (2007, p. 21):

Cumpra, agora, buscar a recuperação do tempo perdido, o que só se fará mediante o estudo e a divulgação da arbitragem, conferindo às partes a certeza de que seus direitos não serão vulnerados – antes, restarão mais celeremente assegurados – se e quando submeterem litígios ao juízo arbitral, permitindo, a partir de agora, ter a convicção de que o Brasil começa a ser incluído no rol de nações juridicamente mais evoluídas e economicamente desenvolvidas, que se utilizam da arbitragem há décadas, com grandes vantagens para todos.

Nesse sentido, para que tal situação se concretize, é necessária a criação de instituições e mecanismos, sem a interferência estatal, que sejam capazes de agilizar a solução de tais conflitos, os quais, em âmbito do Poder Judiciário, poderiam levar anos para ser solucionados (MACIEL, 1997, p. 3).

3.1 A ARBITRAGEM NO BRASIL DURANTE O PERÍODO COLONIAL E NA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL

No Brasil, a arbitragem é instituto que se mostra presente desde o Século XVII, ainda no período Colonial, com as Ordenações Filipinas⁴ de Portugal.

⁴ Conforme Nascimento (apud SILVA, 2005, p. 20): “As Ordenações Filipinas, que se constituíram da compilação das Ordenações Manuelinas e de leis extravagantes editadas após promulgação destas Orde-

Nesse período, o território brasileiro ainda se submetia às normas portuguesas, apesar disso, tal norma continuou a vigorar mesmo após a independência brasileira. Esta foi a primeira manifestação da arbitragem no Brasil, que era tratada em seu Título XVI, Livro 3, denominado *Dos Juizes Árbitros* e no Título XVII do mesmo livro que os regulamentava (SILVA, 2005, p. 20).

No ambiente genuinamente brasileiro, pode-se afirmar que a primeira manifestação legislativa referente à arbitragem foi na Constituição do Império de 22 de março de 1824, a qual, em seu artigo 160, estabelecia que as partes poderiam nomear árbitros como juizes para solucionar litígios civis, sendo essa decisão executada sem recurso, desde que assim convencionassem (JOBIM; MACHADO, 2008, p. 229).

É de simples percepção que a Constituição Imperial apresentava texto legal muito evoluído para o seu tempo (VILELA, 2004, p. 47), fazendo, desde o início da organização jurídica brasileira, menção a alternativas para a solução de conflitos na esfera privada.

3.2 DAS PREVISÕES CONSTITUCIONAIS DA ARBITRAGEM NO BRASIL REPÚBLICA

A primeira Constituição Republicana brasileira, promulgada em 1891, não fez menção específica em seu texto legal ao instituto da arbitragem. Nas palavras de Silva (2005, p. 20): “A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil promulgada em 24 de fevereiro de 1891 foi a única Constituição brasileira a não fazer, de nenhuma forma, referência ao instituto.” Contudo, tal Constituição certamente não deixou de incentivar a arbitragem como uma prática útil para a solução de conflitos com outros Estados soberanos (JOBIM; MACHADO, 2008, p. 229).

nações. As Ordenações Manuelinas, por sua vez, foram resultantes do somatório das leis previstas nas Ordenações Afonsinas e das leis extravagantes promulgadas até a instituição das Ordenações Filipinas, em 1603. As Ordenações Afonsinas, por sua vez, foram uma compilação de leis esparsas promulgadas desde Afonso II, das resoluções das cortes desde Afonso IV e das concordatas de D. Dinis, D. Pedro e D. João, com influência do direito canônico, da Lei das Sete Partidas, dos costumes e dos usos.”

Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 voltou a prever a arbitragem em seu texto legal, bem como determinou a competência da União para legislar acerca de tal instituto, conforme menciona Santos (2001, p. 19): “A Constituição de 1934 estabeleceu, entre as competências privativas da União (art. 5º, XIX),⁵ a de legislar sobre ‘normas fundamentais da arbitragem comercial’.”

No que se refere à Constituição de 1937, esta não traz em seu texto de forma clara a arbitragem, tal instituto está somente previsto de forma implícita, conforme relata Silva (2005, p. 21): “A Constituição dos Estados Unidos do Brasil decretada a 10 de novembro de 1937, embora de maneira implícita, também faz referência ao instituto, como se pode constatar na redação do art. 18, *caput* e incisos *d* e *g*.” Nesse sentido, estabelecia o artigo em questão:

Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

[...]

d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral;

[...]

g) processo judicial ou extrajudicial. (BRASIL, 1937).

Atinente à Constituição de 1946, há a menção do instituto arbitral em seu artigo 4º, referindo-se à arbitragem internacional:

Art. 4º - O Brasil só recorrerá à guerra, se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado. (SILVA, 2005, p. 21).

⁵ Art 5º - Compete privativamente à União: [...] XIX - legislar sobre: [...] c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo;

Da mesma forma, a Constituição de 1967 previa a arbitragem como método de solução de conflitos somente na esfera internacional, conforme Silva (2005, p. 22). Tal previsão encontrava-se descrita no art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967: “Art. 7º - Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe.” (BRASIL, 1967).

Assim, foi somente na Constituição Federal de 1988 que a arbitragem no Brasil passou a ter um maior regramento e previsão constitucional, até mesmo como princípio fundamental para a solução pacífica dos litígios. Neste viés, destacam-se lições de Jobim e Machado (2008, p. 230):

A atual CF, de 05/10/88, referiu-se sobre a arbitragem no art. 4º, § 9º, VII, bem como no art. 114, § 1º. Salienta-se, contudo, que a Carta de 1988, em seu preâmbulo, faz, em nível de princípio fundamental, homenagem à solução de conflitos por meio de arbitragem, no pregar a forma pacífica de serem resolvidos, quer na ordem interna, quer na ordem internacional.

Uma das inovações trazidas na atual Constituição Federal foi a possibilidade do uso da arbitragem para a solução de litígios trabalhistas, abrindo a possibilidade de eleger árbitros, caso frustradas as negociações coletivas (SILVA, 2005, p. 22). Outra questão relevante atinente à Constituição Federal vigente é a previsão da arbitragem obrigatória aos litígios desportivos, os quais se submetem obrigatoriamente à jurisdição privada primeiramente (MORAIS apud SILVA, 2005, p. 22).

Nesse sentido, destaca-se o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem in-

terna e internacional, com a *solução pacífica das controvérsias*, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Da mesma forma, outros artigos da Constituição Federal de 1988 regulamentam o instituto da arbitragem, entre eles o 4º, VII, que trata da arbitragem nas relações internacionais, o artigo 114, que dispõe acerca das questões trabalhistas, bem como o 217, que trata da justiça desportiva.

Desse modo, pode-se perceber que a arbitragem foi incluída no Texto Constitucional como forma de solução pacífica de conflitos, contudo, por decorrer de décadas, esta não foi aplicada da devida forma, haja vista a falta de valorização do instituto, diferentemente do que ocorreu em esfera mundial.

3.3 DAS PREVISÕES INFRACONSTITUCIONAIS DA ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme relata Silva (2005, p. 22) [...] “as Constituições não foram as únicas manifestações positivas do instituto da arbitragem, já que outros regulamentos e leis também dispuseram sobre a matéria.”

A primeira legislação infraconstitucional que veio a regular a arbitragem foi o Código Comercial, datado de 25 de junho de 1850, ainda no Brasil Império, o qual estabeleceu norma imperativa sobre a arbitragem envolvendo sócios de companhias e sociedades comerciais (SANTOS, 2001, p. 20).

Ainda atinente à arbitragem obrigatória prevista no Código Comercial Brasileiro, Santos (2001, p. 20) relata que no caso de reclamação de sócio, a decisão partiria obrigatoriamente de árbitros.

Na contramão da arbitragem obrigatória instituída pelo Código Comercial de 1850, foi aprovado, no mesmo ano, o Decreto n. 737, pelo qual se diferenciou a arbitragem obrigatória da facultativa. Neste viés, leciona Santos (2001, p. 20-21):

O Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, estabeleceu “A Ordem do Juízo no Processo Comercial”; seus arts. 411 a 475 referem-se ao “Juízo Arbitral”. O art. 411 diz que “O juízo arbitral ou é voluntário ou necessário”; seu § 1º menciona que é voluntário, o juízo arbitral, “quando é instituído por compromisso das partes” e “pode ser judicial ou extrajudicial”.

O “juízo arbitral” necessário aparece, no Decreto, relacionado com os arts. 245, 294, 348, 739 (revogado), 783 e 846 (revogado) do Código Comercial de 1850. Pelo art. 457 desse Decreto, os árbitros deviam julgar “de fato e de direito, conforme a Legislação Comercial” [...]

Ainda atinente às características da arbitragem no Código Comercial de 1850, Martins (apud JOBIM; MACHADO, 2008, p. 230) relata:

[...] o Código Comercial traz em seu bojo a figura do juízo arbitral e, seguindo a tendência já delineada no passado, prescreve-o de modo obrigatório às questões (i) resultantes de contratos de locação mercantil, (ii) suscitadas pelos sócios, entre si, ou com relação à sociedade, inclusive quanto à liquidação ou partilha, (iii) de direito marítimo, no que toca a pagamento de saldos e sobre avarias, repartição ou rateio das avarias grossas e (vi) relacionadas à quebra [...]

Após grandes críticas, considerando-se a descaracterização da arbitragem ao torná-la obrigatória, em 1866 foi revogada a obrigatoriedade da arbitragem, por meio da Lei n. 1.350, de 14 de setembro do referido ano, prevalecendo a autonomia das partes como fundamento da arbitragem, bem como autorizando os árbitros a julgar por equidade, independentemente das regras e formalidade do direito, conforme destaca Santos (2001, p. 21).

A arbitragem também foi prevista no Código Civil Brasileiro de 1916, conforme menciona Silva (2005, p. 24): “O Civil, de 1º de janeiro de 1916, por sua vez, mesmo reduzindo a arbitragem a ‘mero compromisso’, regulava tal instituto nos seus arts. 1.037 a 1.048. Esses dispositivos estiveram em vigor desde a ordenação jurídica brasileira até a promulgação da Lei n. 9.307/96.”

Nesse sentido, verifica-se que o texto do Código Civil de 1916 determinava que o compromisso necessitaria ser avençado por escrito, e o laudo arbitral

deveria ser homologado perante o Poder Judiciário, o que evidentemente não contribuía para o avanço na utilização da arbitragem.

No que se refere ao Direito Comercial, atualmente, poucas normas tratam expressamente da arbitragem, podendo-se exemplificar a Lei das Sociedades Anônimas, Lei n. 6.404/76, que dispõe sobre o assunto em seu artigo 129, § 2^o (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 33).

Cumprе ressaltar, ainda, que a arbitragem também esteve presente no Código de Processo Civil de 1973, este até o momento em vigor, bem como o seu anterior, tratando de tal instituto nos arts 1.072 a 1.102, e arts 1.031 a 1.046, respectivamente, conforme relata Silva (2005, p. 24).

Contudo, apesar da previsão do Código de Processo Civil de 1973, a arbitragem no Brasil não teve maior utilização, pelo contrário, tal instituto era pouquíssimo usado, mostrando-se extremamente inviável, conforme ressalta Figueira Júnior (1999, p. 97), para quem a arbitragem:

[...] era muito pior que os mecanismos oferecidos pelo Poder Judiciário à solução dos conflitos, a ponto de influenciar (negativamente) o espírito dos jurisdicionados que, em quase absoluta unanimidade, “optavam” pela justiça estadual, sobretudo porque, mesmo se optassem pelo juízo privado, não conseguiriam escapar da carcomida máquina estatizante, à medida que, em último termo, necessitariam da homologação judicial do laudo arbitral.

Tal situação se observava, haja vista a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral, o que não possibilitava a completa extrajudicialidade da arbitragem, pois ao final, independentemente do entendido, seria necessário recorrer ao judiciário para homologar o acordado. Tal situação somente se altera com a promulgação da Lei n. 9.307/96.

⁶ Art. 129. As deliberações da assembléia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco. [...] § 2º No caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa, a assembléia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se permanecer o empate e os acionistas não concordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia (BRASIL, 1976).

A Lei n. 9.307/1996, a primeira a dispor exclusivamente sobre a arbitragem no Brasil, cria novo espaço no ordenamento jurídico, mostrando-se um divisor de águas para o instituto arbitral brasileiro, neste sentido, Silva (2005, p. 27) relata:

A arbitragem, no Brasil, que antes era relegada a poucos artigos no Código de Processo Civil os quais não tinham nenhuma aplicação efetiva, passa a vislumbrar um novo espaço no ordenamento jurídico do país a partir da promulgação da Lei n. 9.307/96, que se torna o marco da instituição no Brasil. Com o advento da nova Lei, é despertado o interesse por um instituto antigo e amplamente difundido por várias civilizações desde os mais remotos tempos. Até então, a arbitragem não tinha obtido um lugar de destaque como se vinha pedindo há algum tempo, pois se fazia necessário ao sistema jurídico brasileiro acompanhar a evolução já conferida a esse instituto por outros países.

Tal norma colocou o Brasil na vanguarda em matéria de arbitragem, o que se pleiteava desde os anos 1980, quando foram encaminhados para discussão três anteprojetos que tratavam da utilização da arbitragem, que restaram arquivados, conforme coloca Silva (2005, p. 28).

Assim, após três tentativas frustradas de anteprojetos legislativos acerca da arbitragem, em 1991, foi organizada uma comissão de juristas para que se criasse um novo anteprojeto, que veio a ter sucesso, conforme relata Silva (2005, p. 28-29):

Em novembro de 1991, por iniciativa do Instituto Liberar de Pernambuco, sob a coordenação de Petronio R. G. Muniz, surge a *Operação Arbiter*,⁷ com o fim de formalizar-se novo anteprojeto que pudesse preencher os anseios da sociedade civil para a revitalização da arbitragem. E, enfim, surte algum êxito. Com a comissão relatora [...] obteve-se um novo estudo, que aproveitou as pesquisas relevantes feitas nos projetos anteriores e tornou-se hábil a preencher as exigências da sociedade moderna.

⁷ Conforme Carmona (2006, p. 27), a Operação Arbiter foi: Lançada com o intuito de fazer discutir o instituto abandonado, elaborando anteprojeto de lei que, unindo a experiência prática aos conhecimentos científicos, pudesse preencher os anseios daqueles que precisam de um meio alternativo eficaz e célere para a solução de controvérsias.

O anteprojeto em questão valorizou o princípio da autonomia da vontade, tornando a arbitragem exclusivamente facultativa, assim, fortalecendo o referido instituto. Da mesma forma, tratou de maneira conjunta a cláusula e o compromisso arbitral, os quais receberam a denominação de convenção de arbitragem, facilitando a compreensão da matéria, e por fim ainda equiparou o laudo arbitral à sentença, superando-se, assim, o problema da homologação da decisão arbitral (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 101).

Assim, originou-se o projeto de lei que deu origem à Lei da Arbitragem até hoje vigente, a qual possibilitou o avanço do instituto no Brasil, como destaca Figueira Júnior (1999, p. 101): “Assim, encampado e de iniciativa do então Senador Marco Maciel, originou-se o Projeto de Lei [...] terminando por transformar no novo e tão esperado microssistema da arbitragem, materializado na Lei 9.307, de 23.09.1996.”

Apesar de inovadora e bem-sucedida, a Lei n. 9.307/96 não se mostrou perfeita, necessitando alterações. Encontra-se em trâmite no Senado Federal, atualmente, o projeto de lei que busca alterar o referido texto legal. Destaca-se a ementa do Projeto de Lei do Senado n. 406 de 2013:

Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem.

Tal projeto legislativo busca ampliar a aplicação da arbitragem, bem como pretende estabelecer a interrupção da prescrição pela utilização da arbitragem. Ainda, trata da recém criada Carta Arbitral, bem como busca incentivar a utilização da arbitragem. Cumpre destacar que o referido projeto de lei foi aprovado em 05 de maio de 2015 e seguirá para sanção presidencial. Nesse sentido, destaca-se Torres (2015):

A iniciativa de reformar a legislação foi do presidente do Senado, Renan Calheiros, que em 2013 instituiu uma comissão especial de juristas para elaborar um anteprojeto. A comissão, presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Luis Felipe Salomão, entregou a sugestão de texto em outubro de 2013. No início do ano seguinte, a matéria foi para a Câmara, tendo voltado para o Senado no último mês de março.

Da mesma forma, sobre o recente projeto de lei aprovado pelo Senado, Torres (2015) ressalta que o campo da aplicação da arbitragem foi ampliado, bem como o instituto foi modernizado para se tornar mais acessível e, com isso, colaborar para a redução do número de processos judiciais.

Recentemente, houve a sanção do novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, trazendo um aporte de medidas atinentes à arbitragem, buscando torná-la mais palpável e aplicável nos mais diversos ramos. Referente à arbitragem mencionada nessa nova Lei, o entendimento doutrinário ainda se encontra em construção, então, até o momento, não se busca esgotar o assunto, mas relatar as inovações trazidas ao instituto com a nova legislação. Uma dessas inovações é a confirmação e o reconhecimento da arbitragem como um Instituto Jurisdicional, conforme relata Souza (2014):

[...] o novo CPC confirma a Arbitragem como um Instituto Jurisdicional reconhecido, garantindo o direito das partes a optarem pela Jurisdição Arbitral, neste momento inclui-se no princípio da inafastabilidade de jurisdição [...] sem dúvidas, estas mudanças trarão muitos benefícios para as partes que optarem pela Convenção de Arbitragem.

Com o novo Código de Processo Civil, ocorre a comunicação entre o Juízo Arbitral e o Juízo Estatal mediante a Carta Arbitral, conforme assinala Souza (2014):

[...] comunicação entre Juízo Arbitral e Juízo Estatal, através da Carta Arbitral, que permitirá ao Árbitro se comunicar com o Juiz Estatal, para concessão de pedidos Liminares, Cautelares e Antecipações de tutelas, bem como, requerer à autoridade judiciária que conduza testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem, an-

tes eram impossibilitadas de ser concedidas, vistas o Juízo Arbitral não ter poder coercivo, com a Carta Arbitral, que serve de ponte de comunicação e cooperação entre Juízo Arbitral e Juízo Estatal, esta ferramenta será muito útil para execuções de sentenças e sua antecipações de tutelas, dando credibilidade e legitimidade às decisões Arbitrais.

O novo Código de Processo Civil trouxe diversos artigos acerca da arbitragem, buscando, assim, facilitar sua aplicação e descongestionar o Judiciário, para que haja uma solução mais célere dos conflitos. Por não ser o objetivo principal neste trabalho, estes não serão abordados.

Apesar da farta previsão legal da arbitragem, tanto constitucionalmente como na forma de leis esparsas, esta não foi amplamente utilizada até a promulgação da Lei n. 9.307/96, momento este que pode ser considerado um divisor de águas para a aplicação do instituto em questão no solo brasileiro.

Atualmente, os juristas buscam maior aplicação de métodos alternativos na solução de conflitos, isso se deve à antiga tradição brasileira de recorrer ao judiciário para a resolução da lide, e, assim, congestionar e estagnar o Poder Judiciário estatizado. Uma dessas manifestações em prol da mediação, da conciliação e da própria arbitragem é a aprovação recente da Lei n. 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, que além de tornar mais célere o judiciário, busca privatizar a solução de lides, de forma pacífica, abrindo maior espaço para a arbitragem na atualidade brasileira.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verifica-se que a arbitragem se desenvolveu e evoluiu com a sociedade, atendendo aos anseios dos seus utilizadores, desde a sua instituição. Observa-se que, em uma esfera mundial, a arbitragem possui grande utilização para a pacificação de conflitos privados e públicos, bem como internos ou internacionais, já estando sedimentada e podendo ser considerada um instituto de sucesso.

Já no Brasil, apesar de sua fraca utilização, a arbitragem vem se tornando muito importante para o desafogamento do Judiciário, bem como uma alternativa célere para a solução de litígios privados que remontam tal urgência. Atualmente, verifica-se que o referido instituto está sendo mais bem aplicado e possui maior acessibilidade, podendo ser muito bem aproveitado a partir de sua regulamentação.

Portanto, entende-se que a arbitragem é um método alternativo ao Judiciário para a solução de conflitos, que vem sendo aplicado desde as sociedades mais antigas até as mais contemporâneas, pois promove a solução do conflito de forma célere e efetiva, tornando-se assim, muito eficaz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1967. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Presidente, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Presidente, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Imperador, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BRASIL. *Decreto n. 737*, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. *Lei n. 556*, de 25 de junho de 1850. Institui o Código Comercial. 1850. Parte revogada pela Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 23 de mai. 2015.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404compilada.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues; MANGONARO, Junio César. A arbitragem como mecanismo para solução dos litígios empresariais. *Unopar Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 8, p. 49-54, mar. 2007.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, 427 p.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei n. 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FURTADO, Paulo. *Juízo Arbitral*. Salvador: Nova Alvorada Edições, 1995.

JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quatier Latin, 2008.

MACIEL, Marco. *Arbitragem e avanço institucional*: Inclui a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/201155/arbitragemeavanco.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

PINTO, Luiz Roberto Nogueira. *Arbitragem: A Alternativa Premente para Descongestionar o Poder Judiciário*. São Paulo: Arte & Ciência, 2002.

SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e poder judiciário: mudança cultural*. São Paulo: LTr, 2001.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado PLS 406 de 2013*. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem. 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641>. Acesso em: 25 maio 2015.

SILVA, Adriana S. *Acesso à Justiça e Arbitragem: Um caminho para a crise do Judiciário*. Narueri: Manole, 2006.

SOUZA, Sérgio Oliveira de. Confira como ficará a Arbitragem no Novo CPC: Regulamentação de Procedimentos Arbitrais no Novo Código do Processo Civil. *Jusbrasil*, 2014. Disponível em: <<http://sergiooliveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/116475616/confira-como-ficara-a-arbitragem-no-novo-cpc>>. Acesso em: 23 maio 2015.

TORRES, Tércio Ribas. Lei da Arbitragem é aprovada e segue para sanção. *Senado Federal*, 05 maio 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/05/05/lei-da-arbitragem-e-aprovada-e-segue-para-sancao>>. Acesso em: 23 de maio 2015.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA INDETERMINAÇÃO TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA: PRAZO E APLICABILIDADE FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Karina Rover*
Rafaella Zanatta Caon Kravetz**

Resumo: Com o presente trabalho, teve-se por objetivo principal avaliar o instituto da medida de segurança previsto no Capítulo VII, Título VI, artigo 97 e seguintes do Código Penal vigente, tendo como foco a discussão em torno de sua indeterminação temporal frente à vedação de penas de caráter perpétuo positivada no artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, da atual Constituição Federal. A questão se decide por duas maneiras, ou seja, primeiramente analisa-se a não delimitação temporal das medidas de segurança pelo viés de que estas possuem finalidade distinta das penas e, por isso, não estão abrangidas pelas penas de caráter perpétuo. De outra banda, verifica-se o entendimento de que as medidas de segurança estão inseridas no gênero sanção penal, aplicando-se a mesma limitação condizente com as penas. Para a elaboração deste trabalho utilizou-se o método dedutivo e a comparação de pesquisa bibliográfica por meio de códigos, doutrinas, artigos e julgados de tribunais. Para tanto, depreende-se que a medida de segurança deve se limitar ao lapso temporal previsto no artigo 75 do Código Penal atual, o qual prevê o prazo máximo de 30 anos para seu cumprimento, sob a condição de afronta à Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Medida de segurança. Caráter perpétuo. Indeterminação temporal. Inconstitucionalidade. Constituição Federal.

1 INTRODUÇÃO

A existência das medidas de segurança pode ser identificada desde os tempos mais remotos, com a presença de algumas penas de caráter preventivo. Foi por volta do século XIX que tais medidas surgiram nos moldes aplicados

* Graduanda do Curso de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

** Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Criminal pelo Centro Universitário de Curitiba; rafaella.caon@unoesc.edu.br

atualmente, uma vez que as penas impostas à época restavam ineficientes para a contenção e repressão ao crime, sendo que, até então, aos infratores comuns e aos inimputáveis aplicavam-se as mesmas penas. Nesse contexto, as medidas de segurança surgem, originariamente, como uma forma alternativa de contenção de novos delitos cometidos pelos agentes inimputáveis portadores de periculosidade, objetivando a prevenção social.

No Brasil, as medidas de segurança surgiram no Código Penal expressamente apenas no ano 1940. Com isso, nele fora adotado o sistema do duplo-binário, no qual o juiz tinha a faculdade de aplicar a pena e a medida de segurança concomitantemente, porém, tal sistema perdurou apenas até a reforma penal de 1984, pois, a partir disso, aplicou-se o sistema vicariante, que permitia apenas a aplicação da pena ou da medida de segurança isoladamente.

No entanto, tais medidas de segurança são aplicadas aos inimputáveis perigosos que cometem um ilícito penal, tendo como objetivo evitar que o agente pratique novo injusto e receba tratamento apropriado. Porém, há divergência doutrinária quanto à natureza de tais medidas, uma vez que alguns doutrinadores sustentam seu caráter terapêutico, e outros apoiam que as medidas de segurança são sanções penais. Diante disso, sendo essas medidas uma sanção, estariam submetidas às mesmas consequências das penas, já que uma sanção compreende a vedação de penas de caráter perpétuo expressas no texto constitucional, visto que o Código Penal não limitou a duração máxima para seu cumprimento.

Nesse íterim, a problemática abarca a indeterminação temporal das medidas de segurança e a proibição de penas de caráter perpétuo pela Constituição Federal, indagando se tais medidas, que perduram por tempo indeterminado de acordo com o previsto no Código Penal atual, afrontam o disposto na Carta Magna, que veda o caráter perpétuo das punições.

Com isso, com o presente trabalho teve-se como objetivo a exposição das medidas de segurança e suas peculiaridades, tendo por mister a discussão que abrange a inconstitucionalidade ou não da falta de limitação temporal.

Dessa forma, abordar-se-á sucintamente o instituto da pena e suas peculiaridades, destacando-se sua incursão histórica, bem como suas espécies. Outrossim, será apresentado o contexto histórico da medida de segurança, explanando doutrinariamente tanto seu surgimento em outros códigos quanto sua origem no ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, será abordada a medida de segurança como forma de punição, trazendo seus principais conceitos, pressupostos para aplicação e espécies. Estas serão individualizadas e explanadas, para que seja possível a compreensão de cada instituto. Por fim, será trazida à baila a forma de execução da medida de segurança no processo penal brasileiro.

Em um último momento se tratará da relação entre a Constituição Federal e o Código Penal, abordando a discussão em torno da (in) constitucionalidade do caráter perpétuo das penas frente à falta de limitação temporal da medida de segurança. Por fim, será abrangida a discussão doutrinária acerca do tema objeto deste estudo, bem como haverá uma análise sobre a divergência jurisprudencial presente nos tribunais.

2 DOS INSTITUTOS DA PENA: CONCEITOS, DIFERENCIAÇÃO JURÍDICA E PECULIARIDADES

Os acontecimentos aos quais um povo atribui o conceito de crimes, por meio de sua consciência jurídica, são os que ameaçam os próprios fundamentos da organização social. Em consequência, Ribeiro (1998, p. 8) assegura que o Estado cumpre a sua função essencial de garantir a segurança e as dignas condições de convivência social. A condenação que pesa sobre esses acontecimentos exterioriza-se por meio da norma penal que os determina e impõe a proibição de serem praticados. Com isso, a sanção surge para reforçar a aplicabilidade dessa norma (OLIVEIRA, 1995, p. 23).

A referida sanção é um instituto jurídico denominado pena. Segundo Gonçalves (2013, p. 187), esta surge como consequência da execução de um fato tido como típico, ilícito e culpável.

No mesmo sentido, importante destacar as palavras de Bruno (1976, p. 43):

A pena, com o seu conteúdo aflitivo, consiste na privação de um bem jurídico imposta ao condenado. Esse bem de que se priva o criminoso em retribuição ao mal que praticou tem sido, no quadro histórico das medidas penais, a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra ou o patrimônio.

Assim, a pena se torna o meio pelo qual o Estado busca promover a defesa social contra o abuso a bens jurídicos fundamentais, positivada como crime, atuando psicologicamente sobre a sociedade.

Dito isso, pela acepção de Nunes (2012, p. 34), atualmente, grande parte da doutrina penalista nacional e internacional alude que são três as finalidades da pena: repressão à ação delituosa, recuperação do delinquente e prevenção à criminalidade.

2.1 MUDANÇAS DA PENA DURANTE A HISTÓRIA DO DIREITO

É cediço que a criminalidade e a pena, desde os tempos remotos, sempre existiram, porém, Bruno (2009, p. 9) ensina que até meados do século XVIII o caráter retributivo da pena prevalecia, sem haver preocupação em se empregar uma pena justa. Por isso, as penas eram totalmente carentes de humanidade e cruéis, bem como não existia algum tipo de limitador imposto ao aplicador da pena.

Destarte, segundo Tristão (2008, p. 2), a doutrina classifica a evolução da pena em quatro períodos: primitivo, humanitário, científico e da nova defesa social. Ainda, o primeiro subdivide-se nos períodos da vingança privada, da vingança divina e da vingança pública.

Diante do que aponta Tristão (2008, p. 3), o período da vingança privada caracteriza-se pela denominação “vingança de sangue”, em que a lei do mais forte é a válida. De outra banda, no período da vingança divina, Tristão (2008, p.

4) afirma que “[...] as penas eram empregadas com extrema crueldade. Além disso, eram aplicadas em nome de um ente sobrenatural e tinham como finalidade purificar a alma maculada do criminoso.” Por fim, o período da vingança pública passa a existir no momento em que o Estado, ou o soberano, assume o posto de aplicador da pena, retirando, assim, essa prerrogativa dos particulares (BRUNO, 2009, p. 10).

Na concepção de Gonçalves (2012, p. 131), o período humanitário, o qual originou a primeira Escola Penal, no século XVIII, teve seu início na Revolução Francesa, com a afamada obra *Dos delitos e das penas*. Não obstante, ainda nos entendimentos de Gonçalves (2012, p. 131), o período científico foi caracterizado pelo emprego do método dedutivo, uma vez que a análise do jurista devia partir do direito positivo em vigor, para, então, passar às questões jurídico-penais.

Após a Segunda Guerra Mundial nasce o período atual, denominado Nova Defesa Social, o qual, de acordo com Tristão (2008, p. 6), “[...] surgiu com a revolta que dominava a sociedade contra o fascismo do pós-guerra. Esse movimento prega a extinção gradativa do direito penal e do sistema penitenciário, defendendo a prisão apenas para os criminosos irrecuperáveis.”

2.1.1 Espécies de pena

A partir do ano 1984, foi introduzido no Brasil, de acordo com os ensinamentos de Nunes (2012, p. 35), o atual modelo de finalidade da pena, a qual segue tendo como função a repressão ao crime, além disso, essa repressão pode ser realizada pela aplicação de penalizações diversas, ou seja, pela imposição de penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e penas de multa.

2.1.1.1 Penas privativas de liberdade

Nas palavras de Bruno (2009, p. 30), as penas privativas de liberdade são o meio pelo qual o Direito Penal moderno busca desempenhar suas verda-

deiras funções, ou seja, a prevenção imediata pelo afastamento do criminoso do convívio social e a prevenção em longo prazo, que é buscada pelo processo de reajustamento do delinquente às normas da sociedade de Direito. Tais penas são regulamentadas pelos artigos 33 a 42 do atual Código Penal, sendo divididas em reclusão e detenção conforme determinação do tipo penal.

2.1.1.1.1 *Regimes fechado, semiaberto e aberto*

Conforme os ditames do artigo 34 do Código Penal e do autor Nucci (2007, p. 392), o condenado que for inserido no regime fechado será sujeitado, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para que a execução seja individualizada. Ainda, depreende-se dos incisos do mesmo diploma legal que o condenado deve trabalhar durante o período diurno e ficar recolhido durante a noite. Ademais, também em consonância com o que leciona Nucci (2007, p. 397), o regime semiaberto deve ser cumprido em colônia penal agrícola ou industrial, ou estabelecimento similar, e o preso fica subordinado ao trabalho durante o período diurno, podendo frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de ensino médio ou superior. Por fim, conforme o artigo 36 do Código Penal, o regime aberto está pautado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, visto que este, durante o repouso noturno, deve recolher-se à Casa do Albergado – ou estabelecimento análogo – sem, contudo, possuir o caráter rigoroso de uma prisão.

2.1.1.2 Penas restritivas de direitos

A Lei n. 7.209/84 destacou o sistema de penas alternativas anteriormente não previstas, permitindo ao julgador um leque de possibilidades na aplicação das sanções. Diante disso, a pena privativa de liberdade passou a não mais atender aos anseios da ressocialização, visto que a tendência era buscar substitutivos penais para tal sanção. Nesse sentido, há uma tendência de restri-

ção às penas privativas de liberdade aos casos de nítida necessidade (MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 271).

No mesmo sentido, ensina Dotti (apud MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 271):

Diante do reconhecimento universal da crise das penas institucionais, os projetos e códigos dos anos 70 vêm consagrando a previsão de outras sanções que, embora possam recortar a liberdade do condenado, não o afastam da comunidade e, conseqüentemente, de participar do processo de desenvolvimento da sociedade. A prisão é reservada para as espécies mais graves de ilicitude [...]

Assim, as legislações e projetos legislativos passaram a reforçar certos substitutivos penais à pena privativa de liberdade. No Brasil, a Lei n. 9.714/98 ampliou no Código Penal de 1940 as penas alternativas de forma geral, as quais foram denominadas penas restritivas de direitos (MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 271).

As espécies das aludidas penas estão elencadas no rol do artigo 43 do Código Penal, quais sejam: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

2.1.1.3 Penas pecuniárias

Quanto ao conceito da pena em comento, Nucci (2007, p. 425) afirma que “É uma sanção penal consistente no pagamento de uma determinada quantia em pecúnia, previamente fixada em lei, destinada ao Fundo Penitenciário.” Assim, no direito brasileiro, a referida pena pecuniária assume a forma de multa. Tal pena tem o escopo de evitar a influência degradante do meio prisional e preservar, tanto quanto possível, a comunicação do condenado com o seu meio social (BRUNO, 1976, p. 81).

2.2 CONTEXTO HISTÓRICO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

As medidas de segurança têm forte caráter de prevenção, por isso, de acordo com os ditames de Levorin (2003, p. 164), “[...] desde os tempos mais remotos, pudemos identificar algumas penas com caráter de prevenção. Esta preventividade – presente nessas penas – talvez seja o identificador dos primeiros rudimentos da medida de segurança.”

Todavia, de acordo com os preceitos de Ribeiro (1998, p. 12), o Código Penal francês de 1810 previa para os menores, de 13 a 18 anos, que obrassem sem discernimento medidas educativas, e impunha a segregação indefinida dos vagabundos após ter cumprido a pena que lhes fosse imposta.

Entretanto, em 1885, ainda na França, foi estabelecido o que se denominou *pena complementar* para os multirreincidentes. Tal pena incidia em uma medida de caráter preventivo, objetivando o afastamento indeterminado dos delinquentes incorrigíveis (RIBEIRO, 1998, p. 12).

Ainda conforme o que leciona Ribeiro (1998, p. 12), o Código Penal italiano de 1889, incorporou disposições de prevenção mediata, sendo típicas de medidas de segurança. Diante disso, Levorin (2003, p. 172) destaca que foi com o projeto do Código Penal suíço, de Carlos Stoos, em 1893, que houve uma exata colocação do problema das medidas de segurança, todavia, apenas com o Código Penal italiano de 1930 o capítulo das medidas de segurança encontrou plena concretização.

2.2.1 Breve histórico da medida de segurança no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, o Código Criminal do Império, em seu artigo 12, apontava que os loucos que houvessem cometido crimes careceriam de ser recolhidos às casas destinadas a eles, ou então, deveriam ser disponibilizados às respectivas famílias, conforme parecesse mais apropriado ao juiz criminal (RIBEIRO, 1998, p. 12).

Por sua vez, o Código Penal de 1890, em seus artigos 29 e 30, previa disposições apontadas por Ribeiro (1998, p. 12, grifo do autor):

Os indivíduos isentos de culpabilidade em virtude de “afecção mental” deveriam ser entregues às suas famílias ou então recolhidos a hospitais de alienados, se o seu estado mental assim o exigisse “para a segurança do público”; já os maiores de 9 e menores de 14 anos, que houvessem “obrado com discernimento”, seriam recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais.

Também segundo Ribeiro (1998, p. 13), nota-se uma severa mudança a partir da sanção do Código Penal de 1940 quanto à forma de aplicação das medidas de segurança. Assim, o referido código possuía um sistema análogo ao do Código Italiano de 1930, que previa a possibilidade de verificação pessoal da periculosidade do condenado pelo juiz, além de diferentes categorias de sujeitos presumidamente perigosos, e igualmente, antevia diversas espécies de medidas de segurança (pessoais ou patrimoniais).

No entanto, com a promulgação da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, a Parte Geral do Código Penal de 1940 sofreu nítidas alterações, visto que reformulou alguns aspectos da medida de segurança. Nesse liame, Levorin (2003, p. 174) salienta que tal reforma extinguiu a medida de segurança para o imputável e estabeleceu o sistema vicariante para os semi-imputáveis, aduz, também, que houve a previsão de duas espécies de medidas de segurança, quais sejam: a detentiva e a restritiva.

2.3 SISTEMAS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Para Ribeiro (1998, p. 24), sob o dualismo penal, em que concorrem penas e medidas de segurança, diferenciam-se o sistema rigidamente dualista, ou sistema do duplo binário, e o sistema vicariante.

Para tanto, seguindo os ensinamentos de Nucci (2007, p. 549), no sistema do duplo binário o juiz tinha a faculdade de aplicar pena e medida de segu-

rança, ou seja, quando o réu cometia crime grave e violento, estando presente sua perigosidade, aplicava-se a pena *mais* a medida de segurança.

Ribeiro (1988, p. 29) frisa que, ao ser introduzido na legislação penal, em 1940, o inovador sistema rigidamente dualista consagrou uma importante conquista no âmbito criminal, no entanto, tal sistema perdurou até a entrada em vigor da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, a qual reformou a parte geral vigente até então e adotou o sistema vicariante.

Por isso, fazendo referência ao sistema vicariante atualmente adotado pelo Código Penal, Nucci (2007, p. 550) esclarece que “[...] o juiz somente pode aplicar pena ou medida de segurança. Caso o réu seja considerado imputável à época do crime, receberá pena; se for inimputável, caberá medida de segurança.”

3 MEDIDA DE SEGURANÇA COMO FORMA DE PUNIÇÃO

O progresso mais recente do Direito Penal transformou intensamente o sistema clássico, uma vez que a preocupação com as questões da delinquência e sua consequente irredutibilidade pelos meios habituais foi se intensificando.

Diante disso, o novo Direito Penal deparou-se com o conflito entre duas realidades, ou seja, a realidade na qual a sociedade deve defender a sua ordem e estabilidade e o agente criminalmente perigoso que lhe opõe a ameaça de novas infrações (BRUNO, 2009, p. 4). Como consequência, a pena sofreu modificações que derivaram desse movimento renovador, adaptando-se aos novos anseios de se tornar retributiva, enfraquecendo sua exigência de atribuição e aflição.

Não obstante, essas modificações não satisfizeram os anseios do Novo Direito Penal, considerando-se que os conservadores ainda exigiam que a pena fosse retributiva e aflitiva, motivo suficiente para dificultar o movimento no sentido de ressocialização do criminoso (BRUNO, 2009, p. 5). Assim, se a sanção penal manteria os seus apoios tradicionais, era necessário criar uma medida de outro gênero para os novos fins.

Como reflexo, surgiram as medidas de segurança, que completariam e substituiriam a pena, não para punir o crime cometido, mas para preveni-lo. Portanto, ainda no entendimento de Bruno (2009, p. 6), essas medidas se tornaram impostas nas legislações como uma resposta às necessidades práticas do combate à delinquência.

Destarte, as medidas de segurança estão plenamente positivadas no Capítulo VII, Título VI, artigos 96 a 99 do Código Penal Brasileiro. Tais medidas visam atribuir tratamento especial ao semi-imputável ou inimputável que cometeu infração penal, evidenciando, com isso, sua periculosidade, com o objetivo de evitar a prática de novas ações ilícitas.

Nesse sentido, cumpre ressaltar as palavras do professor Ponte (apud TRISTÃO, 2008, p. 457) quanto ao inimputável e ao semi-imputável:

O Código Penal brasileiro não traz um conceito positivo de imputabilidade, mas fornece as hipóteses em que esta não é verificada. Partindo do princípio de que só é imputável o indivíduo que tem capacidade de entender e querer, nosso diploma legal funda a responsabilidade no elemento subjetivo da vontade consciente, exigindo, para tanto, que o agente revele certo grau de desenvolvimento mental, maturidade, normalidade psíquica, entendimento ético-jurídico e faculdade de autodeterminação. Faltando um desses requisitos, total ou parcialmente, o agente poderá ser considerado, dependendo da hipótese, inimputável ou semi-imputável.

No mesmo viés, referindo-se aos inimputáveis, o artigo 26 do Código Penal ensina que o agente que ao tempo da ação ou omissão era inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato é isento de pena.

No entanto, no entendimento de Gonçalves (2012), aos semi-imputáveis não considerados perigosos é imputada a pena e àqueles cuja periculosidade tenha sido pericialmente demonstrada, assim necessitando de tratamento, é cominada medida de segurança. Imperioso destacar que, de acordo com o parágrafo único do mesmo diploma legal citado, aos semi-imputáveis poderá ser cominada a pena, desde que seja reduzida de um a dois terços, ou a medida de segurança, sujeitando-se ao caso concreto.

Ademais, destaca-se que as medidas de segurança surgem em resposta às agressões aos princípios da dignidade da pessoa humana e da legalidade, bem como na ocasião em que é frustrado o conceito de ressocialização da pena. Na mesma banda, Ribeiro (1998, p. 32) realça que as medidas de segurança são “[...] verdadeiras sanções penais, pois participam da natureza da pena, tendo, porém, existência em função da perigosidade do agente.”

Por derradeiro, acerca do assunto em tela, Levorin (2003, p. 164) comenta que “Diante da constatação da ineficiência da pena desenvolveu-se a medida de segurança como sendo outra forma de sanção a ser aplicada, visando um restabelecimento e recuperação daquele que infringiu a norma penal.” Assim, resta claro que o surgimento de tais medidas – objetivando a prevenção social – ocorreu como forma alternativa de contenção de novas práticas criminosas cometidas por agentes perigosos.

3.1 PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Para a aplicação da medida de segurança, Mirabete e Fabbrini (2007, p. 376) trazem à baila dois pressupostos: a prática de fato previsto como crime e a periculosidade do agente. Diante disso, a periculosidade, que é presumida pela inimputabilidade ou reconhecida pelo juiz nos casos de semi-imputabilidade, não é o bastante, pois é imperativo e imprescindível que o sujeito ativo tenha cometido um fato típico punível (MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 377).

Por conseguinte, ressaltando o pressuposto da periculosidade, imperioso faz-se destacar o que dita Noronha (2001, p. 316):

Não basta a prática de fato previsto como crime: é mister que, conjuntamente, haja periculosidade do autor. Reconhece-se esta quando a personalidade do agente e sua vida anteata, aliadas aos motivos e circunstâncias do fato, mostram a probabilidade de tornar ou vir a delinquir. Não se trata de possibilidade de vir a cometer delito, mas da probabilidade demonstrada por quem vive em estado perigoso, estado subjetivo de criminalidade latente.

Portanto, pode-se concluir que para a aplicação da medida de segurança é imprescindível que o agente tenha praticado fato típico e antijurídico, juntamente com o pressuposto da periculosidade, o qual não se limita apenas ao reconhecimento da possibilidade de voltar a delinquir, mas, sim, ao estado subjetivo de criminalidade oculto.

3.2 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Imprescindível mencionar, primeiramente, o doutrinado por Busato e Huapaya (2007, p. 218), ao ressaltar que, em razão do princípio da legalidade no âmbito das medidas de segurança, é expressamente proibido que se imponha a um inimputável ou semi-imputável uma medida de segurança não prevista como tal na legislação penal, considerando que o aludido princípio veda a aplicação por analogia de tais medidas.

Por conseguinte, pelos ditames de Mirabete e Fabbrini (2007, p. 377), após serem reconhecidos os pressupostos das medidas de segurança, estas são aplicadas pelo juiz que decidir o processo de conhecimento.

Na mesma linha de pensamento, deve-se citar a jurisdicionalidade da aplicação das medidas de segurança, destacada por Busato e Huapaya (2007, p. 219):

Deriva desta garantia que ninguém pode ser submetido ao peso de uma medida de segurança, senão em virtude de um processo de uma sentença que o determine. Este processo ou sentença deve emanar de um juiz ou Tribunal competente, os quais serão os chamados a aplicá-la segundo os marcos estabelecidos legalmente.

Ademais, quanto ao momento de imposição da medida de segurança, Bruno (2009, p. 214) salienta que “É na sentença de condenação ou absolvição que o juiz imporá a medida. O momento em que se julga a responsabilidade pelo crime, para imposição da pena, é simultaneamente o momento do juízo da perigosidade [...]” Assim, resta claro que a execução da medida de segurança ocorrerá posteriormente à sentença transitada em julgado.

3.3 ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

A reforma penal de 1984, como leciona Noronha (2001, p. 317), proporcionou profunda inovação quanto à situação anterior, em relação às medidas de segurança, posto que sua aplicação aos imputáveis foi extinta, subsistindo os inimputáveis e os semi-imputáveis.

Quanto a isso, imperioso mencionar que anteriormente à tal reforma, as medidas de segurança distinguiam-se em pessoais e patrimoniais. Assim, as medidas pessoais eram subdivididas em detentivas ou não detentivas. A primeira compreendia a internação em manicômio judiciário, a internação em casa de custódia e tratamento e a internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional. Tais medidas eram executadas em estabelecimentos especiais. Já as não detentivas previam a medida de liberdade vigiada, a proibição de frequentar determinados lugares e o exílio local (BRUNO, 2009, p. 226-238).

Ainda conforme Bruno (2009, p. 239), no sistema atual do código penal, as medidas de segurança patrimoniais foram abolidas, restando apenas duas espécies que, segundo Noronha (2001, p. 317), são a “[...] detentiva e a restritiva. A primeira consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, enquanto a segunda resulta de tratamento ambulatorial.”

3.3.1 Internação em hospital de custódia

Pelos ensinamentos de Mirabete e Fabbrini (2007, p. 381), a medida de internação representa, a rigor, a incorporação de medidas de segurança previstas na legislação precedente: internação em manicômio judiciário e internação em casa de custódia e tratamento.

Diante disso, imperioso mencionar o que doutrina Oliveira (1995, p. 51):

A internação, ou medida de segurança detentiva, consiste no encaminhamento do indivíduo a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Na falta de tais estabelecimentos, será

encaminhado a outro estabelecimento adequado ao cumprimento da segurança [...]

Nesse ínterim, tratando-se dos objetivos e funções dos hospitais de custódia, imprescindíveis são as palavras de Nunes (2012, p. 121):

Esses hospitais – mistos de prisão e de estabelecimento de saúde – têm a missão de detectar a doença mental, mas também a de tratar o doente, significando dizer que eles elaboram laudos psiquiátricos para apurar a existência, ou não, da doença mental, mas têm o condão de realizar com eficácia o tratamento psiquiátrico adequado [...]

Ademais, o agente internado deve ser submetido a exames psiquiátricos, criminológicos e de personalidade, obrigatoriamente.

Por sua vez, tratando-se do local da internação, Capez (2011, p. 470) leciona que, quando não houver vaga no estabelecimento adequado, a internação pode ocorrer em hospital comum ou particular, porém, jamais em cadeia pública.

De outra banda, Gonçalves (2012, p. 510) frisa que se o crime for apenado com reclusão, a medida de segurança imposta deve ser a de internação, tratando-se quanto do réu inimputável quanto do semi-imputável, desde que seja constatada sua periculosidade.

Por fim, Araújo (2007, p. 1) destaca o caráter residual da medida de internamento, uma vez que, não demonstrada a sua necessidade – decorrente da periculosidade do inimputável – justifica-se a adoção do tratamento ambulatorial.

3.3.2 Tratamento ambulatorial

O tratamento ambulatorial, espécie de medida restritiva, consiste na necessidade de apresentação regular para consultas pessoais com psiquiatras e equipe multidisciplinar, sendo aplicada aos crimes apenados com detenção, seja o réu inimputável seja semi-imputável (GONÇALVES, 2012, p. 510).

Ensina Capez (2011, p. 470), que tal medida será por prazo indeterminado, até que se constate a cessação da periculosidade por meio de perícia médica.

Diante disso, de acordo com o parágrafo 1º do Código Penal, o prazo mínimo tem variação entre um e três anos. Tal constatação pode ocorrer a qualquer momento, até mesmo antes do prazo mínimo, se o juiz da execução determinar.

Ainda conforme Capez (2011, p. 470), o critério para fixar o prazo mínimo ocorrerá conforme o grau de perturbação mental do acusado, bem como de acordo com a gravidade do delito cometido.

Por fim, na perspectiva de Oliveira (1995, p. 52), há a possibilidade de conversão do tratamento ambulatorial em internação se tal providência for necessária para fins de recuperação.

3.4 EXECUÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

A partir da reforma da Parte Geral do Código Penal no ano 1984, a medida de segurança perdeu seu caráter de pena acessória para constituir uma medida de prevenção ao crime no que diz respeito ao doente mental, pois os inimputáveis não sofrem penalidade, uma vez que não compreendem o caráter ilícito da sua conduta (NUNES, 2012, p. 201).

Quando o acusado de um fato ilícito apresenta sintomas de anomalias mentais, compete ao juiz da causa instaurar o respectivo incidente de insanidade mental, submetendo-o a exame médico, e cabe ao psiquiatra confeccionar o laudo circunstanciado sobre as condições mentais do infrator. Portanto, é o médico psiquiatra o responsável por definir a capacidade mental do acusado, uma vez que é por meio de seu parecer que o juiz decide a questão no âmbito do processo criminal (NUNES, 2012, p. 166).

Neste íterim, Bruno (2009, p. 215) doutrina que a medida de segurança, quando substitui a pena por motivos de inimputabilidade do agente, funcionará sozinha e a sua execução terá início desde que a sentença absolutória passe em julgado.

Por conseguinte, Nucci (2007, p. 552, grifo do autor), doutrina que a sentença que possibilita a aplicação da medida de segurança “[...] denomina-se *absolu-*

tória imprópria, tendo em vista que, a despeito de considerar que o réu não cometeu delito, logo, não é criminoso, merece uma sanção penal (medida de segurança).”

Do mesmo modo, Lima (2011, p. 259) ilustra que quando há hipótese do inimputável submetido à internação ou tratamento ambulatorial, tal medida de segurança somente será imposta ao final do processo, por meio de sentença absolutória imprópria. Portanto, no que diz respeito à tal sentença, Avena (2012, p. 1069) ensina que “Entende-se por absolvição imprópria aquela que, reconhecendo a inimputabilidade do acusado em virtude de doença mental ao tempo do fato, impõe a ele medida de segurança [...]”

Ademais, Nucci (2008, p. 1049) cita que as medidas de segurança devem ser cumpridas por meio das modalidades de internação ou tratamento ambulatorial. Porém, tal cumprimento depende da expedição de respectiva guia, a qual ocorrerá assim que se concretizar o trânsito em julgado. A expedição de tal guia de internamento compete ao juiz sentenciante, conforme disposto no artigo 171 da Lei de Execução Penal.

Por sua vez, a medida de segurança imposta ao inimputável possui prazo mínimo de um a três anos, porém, seu prazo máximo não é determinado, devendo ser regulado pela cessação de periculosidade. Tal situação decorre da enfermidade que acomete o agente, uma vez que não é possível preestabelecer sua cura (NUCCI, 2008, p. 1049).

Quanto a uma das principais finalidades da execução da medida de segurança, Cia (apud NUNES, 2012, p. 202) frisa que:

O tratamento da doença mental do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial é uma das finalidades principais da execução da medida de segurança. Assim, tal tarefa deve ser levada a sério, com todo o aparato e recursos necessários à sua realização.

Ademais, imperioso trazer à baila que a revogação da medida de segurança apenas pode ocorrer quando sobrestada a periculosidade do agente, visto que é comum se converter a medida de internamento em tratamento ambulatorial, mediante decisão do juiz da execução. Tal possibilidade depende do compor-

tamento mental do internado, bem como da autorização do médico psiquiatra (NUNES, 2012, p. 167).

Por fim, em relação à extinção de tais medidas, Oliveira (1995, p. 54) doutrina que “Quando o agente desinternado ou liberado não praticar fato indicativo de persistência da periculosidade, pelo período de um ano, ficará extinta a medida de segurança, em caráter definitivo.” Diante disso, Nunes (2012, p. 167) ainda acrescenta que, além da cessação da periculosidade, tal medida revoga-se também pela morte do agente, desde que seja comprovada por documento hábil.

4 EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO PENAL

Tratando-se da presença da matéria penal nas Constituições contemporâneas, Luisi (2003, p. 13) ensina que esta se faz por meio de princípios especificamente penais, ou seja, de princípios constitucionais influentes em matéria penal e princípios de direito penal constitucional. Os primeiros fazem referência ao aspecto de conteúdo das incriminações ao ponto de fazer com que o direito penal seja um poderoso instrumento de tutela de bens de relevância social. Os segundos são tipicamente penais, sendo divididos em princípios implícitos e explícitos, estando aqueles estão contidos nas normas constitucionais e estes pronunciados de maneira expressa e evidente na atual Constituição Federal (LUIZI, 2003, p. 13).

Nessa mesma banda, Luisi (2003, p. 178) ainda destaca que os princípios penais se fazem presentes nas Constituições do Brasil – tendo início pela Constituição de março de 1824 – porém, foi com a promulgação da Carta Magna de 1988 que houve avanço em relação à matéria criminal.

Nesse ínterim, o autor ainda frisa que, relativamente à pena, estão expressamente previstos no texto Constitucional vigente os princípios da legalidade, da pessoalidade da pena, da individualização da pena e da humanização. Já os

princípios implícitos existentes são o da necessidade e proporcionalidade e o da função ressocializadora da sanção penal.

Como consequência, faz-se imprescindível destacar alguns desses princípios, visto que o princípio da legalidade, pelos ensinamentos de Ferrajoli (apud FLORENCE, 2013, p. 1) “[...] é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que, ao ser punível somente o que está proibido na Lei, nada do que a lei não proíbe é punível, senão que é livre ou está permitido.” Na mesma banda, para que tal princípio seja respeitado, Levorin (2003, p. 72) doutrina que:

[...] é inevitável a existência de lei que determine expressamente a atuação estatal, delimitando o campo de incidência na liberdade individual. Nesse sentido, a ausência de lei que não determine o limite de intervenção de atuação estatal na esfera individual na liberdade do homem fere os princípios constitucionais da legalidade.

Ainda, cumpre destacar o princípio da humanização, o qual está presente na cominação, aplicação e execução da pena. Para tanto, na Constituição Federal de 1988, tratando-se do aspecto cominatório, tal princípio se evidencia no inciso XLVII do artigo 5º, ao proibir as penas de morte (com exceção dos casos de guerra), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimentos e cruéis (LUISI, 2003, p. 182).

Por conseguinte, evidencia-se a existência de relação entre a Constituição Federal e o Código Penal atuais, sendo nítida a sua ligação desde a Constituição de 1824. Tal ligação se fortaleceu por meio da importância dos aludidos princípios, bem como com a promulgação da Carta Magna de 1988, pois abrangeu de forma superlativa a matéria criminal.

4.1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO CARÁTER PERPÉTUO FRENTE À INDETERMINAÇÃO TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA

É cediço que a medida de segurança é uma sanção penal imposta pelo Estado, cuja finalidade é preventiva, ou seja, possui o intuito de evitar que o autor de um fato típico e antijurídico, que tenha demonstrado periculosidade, torne a delinquir novamente (CAPEZ, 2011, p. 467).

No entanto, quanto ao prazo de imposição das medidas de segurança, o parágrafo 1º do artigo 97 do Código Penal versa que a internação ou o tratamento ambulatorial será por tempo indeterminado, persistindo enquanto não for constatada a cessação da periculosidade mediante perícia médica.

Como visto, o legislador se ateve a quantificar apenas o prazo mínimo de aplicação das medidas de segurança. Contudo, em relação ao prazo máximo, Alves (2010, p. 3) ensina que:

[...] tem-se que a medida de segurança perdura por tempo indeterminado, ou seja, persiste até que se demonstre através de laudo médico a cessação da periculosidade. Assim, deduz-se que enquanto não finalizada a periculosidade, o recolhimento do indivíduo deve permanecer.

No mesmo norte, referindo-se às características do atual Código Penal, Ribeiro (1998, p. 48) doutrina que existe “[...] determinação de prazos mínimos e indeterminação de prazos máximos de duração para as medidas de segurança, que deverão perdurar enquanto subsistir a perigosidade social do agente [...]”

Além do mais, Nucci (2008, p. 1049), da mesma forma, enfatiza que o prazo máximo das medidas de segurança é indeterminado, já que tal situação é consequência natural da enfermidade do agente, cuja cura não pode ter limitação preestabelecida, posto que, diferentemente da pena, o objetivo de tais medidas é promover a recuperação do infrator.

De outra banda, Levorin (2003, p. 207) ressalta que a duração indeterminada da aplicação das medidas de segurança fere o princípio da legalidade,

uma vez que não estabelece um limite para a intervenção estatal. Todavia, por tais medidas não possuírem determinação temporal, o preceito constitucional que veda a existência de penas de caráter perpétuo disposto no artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, resta claramente violado:

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: [...] XLVII - não haverá penas: [...] b) de caráter perpétuo; [...]

Ademais, tratando-se do impedimento constitucional das penas de caráter perpétuo, Luisi (2003, p. 252) destaca sua inserção no título dos direitos e garantias individuais, uma vez que é no *caput* do mesmo diploma legal supracitado onde estão elencados os direitos e deveres individuais e coletivos, quais sejam: a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

No mesmo sentido, criticando a não determinação do prazo máximo das medidas de segurança, Costa (apud LEVORIN, 2003, p. 210, grifo do autor) leciona que:

[...] deveria haver um *limite temporal* de um fato previsto na lei como ilícito penal por motivos de *proporcionalidade e segurança jurídica*. A lei brasileira não adotou tal estratégia, mas advirto da exigência de uma interpretação constitucional nos limites, como já foi dito, de sua duração máxima. Já é o momento do absolvido não sofrer a imposição de uma *pena perpétua!* [...]

Ainda, em relação à possibilidade de aplicar tais medidas até o falecimento do agente infrator, imprescindível enfatizar o que leciona Greco (apud ALVES, 2010, p. 3):

Esse raciocínio levou parte da doutrina a afirmar que o prazo de duração das medidas de segurança não pode ser completamente indeterminado, sob pena de ofender o princípio constitucional que veda a prisão perpétua, principalmente

tratando-se de medida de segurança detentiva, ou seja, aquela cumprida em regime de internação [...]

Por sua vez, criticando fortemente a prisão perpétua, Bruno (apud LUISI, 2003, p. 253) frisa que:

A prisão perpétua é uma pena de segurança. A sociedade defende-se, afastando definitivamente do seu seio o homem que gravemente delinqüiu. Mas é uma pena cruel e injusta. Priva o condenado não só da liberdade, mas da esperança da liberdade, que poderia encorajá-lo e tornar-lhe suportável a servidão penal.

Dessa forma, cumpre destacar que Zaffaroni e Pierangeli (apud ALVES, 2010, p. 3) apoiam que não é aceitável, à luz do texto constitucional e a título de tratamento, que se institua a possibilidade de privação de liberdade perpétua como forma de repressão penal. Também salientam que, se a legislação não estabelece limite máximo de cumprimento, a obrigação de fazê-lo incumbe ao intérprete.

De outra banda, afrontando o entendimento de que não há limitação temporal de tais medidas, o atual Código Penal, em seu artigo 75, traz à baila que o cumprimento das penas privativas de liberdade não pode exceder a 30 anos.

Nesse sentido, Mirabete e Fabbrini (2007, p. 379) esclarecem que, com base nos princípios da legalidade, da proporcionalidade, da igualdade, da humanidade e da intervenção mínima, tem-se pregado o limite máximo de duração das medidas de segurança, posto que, de acordo com tais princípios, aos semi-imputáveis a duração máxima é a da pena substituída pela medida de segurança, e aos inimputáveis é a da pena máxima cominada ao crime.

Por conseguinte, quanto à determinação do cumprimento de tais medidas, Nunes (2012, p. 221-222) esclarece que:

O tempo de cumprimento da medida de segurança não poderá superar a data do reconhecimento do fim da periculosidade do agente, bem como, independentemente da cessação da periculosidade, não poderá ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao crime praticado, nem poderá ser superior a 30 anos.

Diante do exposto, entende-se que o limite máximo de duração de tais medidas para os semi-imputáveis é a da pena substituída pela medida de segurança e, para os inimputáveis, a da pena máxima cominada ao crime. Ambos os casos não poderão exceder o tempo de cumprimento máximo de 30 anos referente às penas privativas de liberdade.

4.2 ANÁLISE DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Conforme ilustrado na seção anterior, a atual Constituição Federal veda expressamente as penas de caráter perpétuo. De outra banda, o Código Penal vigente restringiu o cumprimento da pena privativa de liberdade em 30 anos.

Para tanto, o mesmo Código supracitado frisa que as medidas de segurança terão prazo indeterminado de duração, persistindo enquanto não cessar a periculosidade do agente infrator submetido à medida de segurança de tratamento ambulatorial e internação em hospital de custódia.

Diante dessa controvérsia, nesta seção será analisado o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal relativos à (in) constitucionalidade da não determinação do prazo máximo de duração das medidas de segurança.

Inicialmente, oportuno trazer à baila a ementa do *Habeas Corpus* n.º 70.497 – SP, publicado no Diário Oficial da União em 03 de dezembro de 2007, de relatoria do Ministro Carlos Fernando Mathias:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. RÉU DECLARADO INIMPUTÁVEL. PRAZO INDETERMINADO DE INTERNAÇÃO. PERMANÊNCIA DA PERICULOSIDADE DO AGENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. 1. A medida de segurança de internação, a teor do disposto no art. 97, § 1.º, do Código Penal, não está sujeita a prazos predeterminados, porém, à cessação da periculosidade do réu declarado inimputável. 2. É validamente motivada a decisão judicial que prorroga, por mais um ano, a medida de segurança imposta ao sentenciado, com fundamento no exame médico-pericial realizado no paciente, o qual atesta a necessidade da manutenção da medida. Precedentes do STJ.

3. Ordem denegada. (HC 70.497/SP, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (BRASIL, 2007, grifo nosso).

Depreende-se da ementa colacionada anteriormente que o fundamentado utilizado no julgamento de tal *Habeas Corpus* não delimita o prazo máximo para o cumprimento da medida de segurança, restringindo-se apenas à cessação da periculosidade do agente. Corroborando o entendimento jurisprudencial mencionado, Busato e Huapaya (2007, p. 217) acrescentam que “A periculosidade nunca pode converter-se em limite máximo, traduzido na ideia de que enquanto persista a periculosidade se deve continuar aplicando a medida.”

No entanto, importante destacar que o entendimento supracitado encontra-se obsoleto, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça posiciona-se de modo diverso atualmente, como é o caso do julgamento do Recurso Especial n. 964.247 – DF, publicado no Diário Oficial da União em 23 de março de 2012, cuja relatora é a Ministra Laurita Vaz:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INIMPUTÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. PRETENSÃO MINISTERIAL DE AFASTAR A LIMITAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE. *LIMITE DE DURAÇÃO: PENA MÁXIMA ABSTRATAMENTE COMINADA AO DELITO E PRAZO DE 30 ANOS PREVISTO NO ART. 75 DO CÓDIGO PENAL*. RECURSO DESPROVIDO. 1. *Nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 97, § 1.º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia e da razoabilidade. Assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado à pena máxima abstratamente cominada ao delito perpetrado ou ao limite de 30 (trinta) anos estabelecido no art. 75 do Código Penal, caso o máximo da pena cominada seja superior a este período.* 2. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar a controvérsia, manifestou-se no sentido de que a medida de segurança deve obedecer a garantia constitucional que veda as penas de caráter perpétuo, nos termos do art. 5.º, XLVII, alínea b, da Constituição da República, aplicando, por analogia, o limite temporal de 30 (trinta) anos previsto no art. 75 do Código Penal. 3. Recurso especial desprovido. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Nesse ínterim, nota-se que o fundamento utilizado é baseado nos imprescindíveis princípios da isonomia e razoabilidade, os quais servem de complemento para a aplicação da norma criada pelo legislador. Ressalta-se, da mesma forma, o limite de aplicação da pena contido no artigo 75 do Código Penal vigente, uma vez que, de acordo com Delmanto (2010, p. 326), tal limitação respeita a vedação constitucional da prisão perpétua e tem como objetivos a esperança de liberdade e a aceitação da disciplina do condenado.

Por derradeiro, imperioso enfatizar a redação da Súmula n. 527, publicada em 18 de maio de 2015, do Superior Tribunal de Justiça, quanto à limitação temporal de tal medida, a qual alude que “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.”

Assim, atualmente, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em relação ao tempo de cumprimento da medida de segurança não mais versa acerca de sua indeterminação temporal, mas se limita à pena máxima abstratamente cominada ao delito ou ao período de 30 anos, caso o máximo da pena cominada seja superior a esse lapso temporal.

Por sua vez, em relação à limitação temporal das medidas de segurança, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 90.360 – RS, publicado em 23 de outubro de 2009, do qual foi relator o ministro Ricardo Lewandowski assim decidiu:

PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. *MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA MEDIDA, TODAVIA, NOS TERMOS DO ART. 75 DO CP.* PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/01. WRIT CONCEDIDO EM PARTE. I - Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal). II - *Esta Corte, todavia, já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Precedente.* III - Laudo psicológico que, no entanto,

reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio. IV - Ordem concedida em parte para extinguir a medida de segurança, determinando-se a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/01, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente. (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Nesse diapasão, Delmanto (2010, p. 365) comenta que se deve dar interpretação teleológica e sistemática ao preceito de indeterminação temporal das medidas de segurança, atendo-se ao limite máximo de 30 anos fixado pelo legislador ordinário, considerando a regra constitucional que veda a prisão perpétua.

Ainda, colhe-se da ementa do *Habeas Corpus* n. 107.432 – RS, também de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowsk, porém, publicado em 09 de junho de 2011, *in verbis*:

PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/2001. WRIT CONCEDIDO EM PARTE. I – *Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos.* Na espécie, entretanto, tal prazo não foi alcançado. II – Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal). III – Laudo psicológico que reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio. IV – Ordem concedida em parte para determinar a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/2001, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente. (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Portanto, conforme os julgados colacionados anteriormente, nitidamente observa-se que o entendimento consolidado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal é de que o prazo máximo de duração das medidas de segurança é o

positivado no artigo 75 do Código Penal, ou seja, 30 anos. Diante disso, Levorin (2003, p. 211) acrescenta que:

A jurisprudência nacional está atenta para a necessidade de estabelecer uma limitação máxima da duração da medida de segurança. Os princípios da legalidade, da intervenção mínima e de humanidade têm levado a limitação máxima da duração da medida de segurança, sendo que tal limitação não acarreta prejuízo social, pois o agente permanece sob tratamento, ou internado, enquanto não constatada pericialmente a cessação da periculosidade.

Por todo o exposto, vislumbra-se que da mesma forma que o imputável pode estar privado da sua liberdade de locomoção pelo período máximo de 30 anos, também limita-se o prazo para cumprimento da medida de segurança do inimputável pelo mesmo lapso temporal, em virtude da vedação constitucional de penas de caráter perpétuo.

5 CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa, buscou-se examinar o debate que gira em torno da indeterminação temporal das medidas de segurança, prevalecendo a discussão referente à inconstitucionalidade ou não da carência de limitação temporal de tais medidas frente à vedação constitucional de penas de caráter perpétuo.

Como consequência da pesquisa, constatou-se a existência de duas correntes no referido debate. Uma defende a constitucionalidade da não determinação temporal das medidas de segurança, e, em contraponto, a outra corrente critica a indeterminação temporal de tais medidas.

A primeira corrente entende que a indeterminação temporal das medidas de segurança está intimamente ligada à cessação de periculosidade do agente, assim, enquanto não for constatado, por meio de laudo psiquiátrico, o término do estado perigoso do infrator, tais medidas podem perdurar por tempo não delimitado. Ainda, defendem que, de modo diverso da pena, o escopo das medidas de segurança é o de promover a recuperação do transgressor, uma vez que essas me-

didadas não são uma espécie de sanção penal, mas, sim, um remédio para o infrator. Portanto, para esta corrente, a falta de limite temporal não é óbice para o texto constitucional que veda as penas de caráter perpétuo.

Já a segunda corrente pugna pela inconstitucionalidade da indeterminação temporal das medidas de segurança com o fundamento de que tais medidas figuram como espécie ao lado da pena, sendo inseridas no gênero sanção penal. Por esse motivo, como a Carta Magna proíbe penas de caráter perpétuo, as medidas de segurança necessitam de uma limitação. Diante disso, defende que o tempo de cumprimento de tais medidas não poderá ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao crime praticado, bem como não poderá ser superior a 30 anos.

Por fim, vislumbra-se que há entendimento firmado nos tribunais de que as medidas de segurança carecem de limitação temporal, uma vez que ninguém pode ser submetido à custódia do Estado por tempo não determinado – seja o condenado inimputável ou não –, pois afronta claramente o texto constitucional que veda as penas de caráter perpétuo. Portanto, prevalece o juízo de que as medidas de segurança, assim como as penas, limitam-se ao tempo máximo de 30 anos para seu cumprimento.

REFERÊNCIAS

ALVES, Márcio Fortuna. A constitucionalidade ou não da indeterminação temporal da medida de segurança. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2721, 13 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18014>>. Acesso em: 13 set. 2015.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Medida de segurança. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1494, 4 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10216/medida-de-seguranca>>. Acesso em: 19 maio. 2015.

AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 18 mar. 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 70497. Relator Min. Carlos Fernando Mathias. Julgamento em 12 nov. 2007. *JusBrasil*, Brasília, DF, 12 nov. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=736363&num_registro=200602529927&data=20071203&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 98360. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 04 ago. 2009. *JusBrasil*, Brasília, DF, 23 out. 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3611855/habeas-corpus-hc-98360>>. Acesso em: 15 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964247. Relatora: Min. Laurita Vaz. Órgão Julgador: Quinta turma. Julgamento em 13 mar. 2012. *JusBrasil*, Brasília, DF, 13 mar. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1129981&num_registro=200701443051&data=20120323&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 527, de 13 de maio de 2015. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 18 maio. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40doc&&b=SUMU&p=false&l=10&i=18#DOC18>>. Acesso em: 19 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 90360. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 04 ago. 2009. *JusBrasil*, Brasília, DF, 21 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604609>>. Acesso em: 15 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 107432. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 24 maio 2011. *JusBrasil*, Brasília, DF, 09 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1223082>>. Acesso em: 15 set. 2015.

BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal*: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. Princípios constitucionais penais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3710, 28 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25158>>. Acesso em: 09 set. 2015.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquemático*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVORIN, Marco Pólo. *Princípio da Legalidade na medida de segurança*: determinismo do limite máximo da duração da internação. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. 36. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*: parte geral: parte especial. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Adeildo. *Execução da Pena e da Medida de Segurança*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e “sursis”*: Doutrina, jurisprudência e legislação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Medidas de segurança*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

A INTERVENÇÃO BIOÉTICA DIANTE DAS MANIPULAÇÕES GENÉTICAS EM HUMANOS: PRINCIPAIS PRESSUPOSTOS E SUA APLICABILIDADE NA PREVENÇÃO DE IDEAIS EUGÊNICOS

Augusto Zagonel*
Ricardo José Nodari**

Resumo: Com o presente trabalho, teve-se por finalidade analisar a aplicação de procedimentos oriundos da tecnologia da engenharia genética humana sob a ótica dos princípios Bioéticos, com o foco de descrever a viabilidade de tal tecnologia por meio da análise sistemática dos principais pressupostos bioéticos. Para tanto, foram utilizados como referência autores renomados no assunto, como, por exemplo, a doutrinadora Maria Helena Diniz, assim como a positivação de tais princípios sob a Lei n. 11.105/05, que é exemplo de pressuposto bioético positivado, compondo o Biodireito Nacional.

Palavras-chave: Engenharia Genética Humana. Princípios bioéticos. Biodireito.

1 INTRODUÇÃO

A descoberta da estrutura do Ácido Desoxirribonucleico (DNA ou ADN) em 1953, por Francis Krick e James Watson, trouxe uma das maiores revoluções tecnológicas.

Essa nova tecnologia possibilitou ao ser humano a catalogação de códigos genéticos de outras espécies e, recentemente, com o Projeto Genoma, até do próprio ser humano.

Doravante a isso, cientistas estão desenvolvendo novas técnicas de melhoramento genético, de hibridação de espécies, estão criando os Organismos Geneticamente Modificados, popularmente conhecidos como transgênicos, além de estarem buscando a cura para doenças como a fibrose cística, a anemia falciforme, assim como outras relacionadas à genética humana.

* Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; augusto.zagonel@hotmail.com

** Mestre em Instituições de Direito Público e Privado pela Universidade Federal de Santa Catarina; professor orientador; ricardo.nodari@unoesc.edu.br

Porém, os operadores de ciências como a Filosofia, o Direito e até mesmo as próprias ciências voltadas para a área da saúde e biologia, têm questionado e debatido até que ponto a engenharia genética e, conseqüentemente, as manipulações genéticas podem interferir no desenvolvimento do homem e da sociedade.

Dessa forma, neste trabalho faz-se uma análise sobre quais e o que os princípios Bioéticos tratam sobre as manipulações genéticas diretamente nos seres humanos, trazendo ao leitor pontos de vista dicotômicos sobre o assunto, principalmente quanto à avaliação que tais pressupostos bioéticos realizam sobre a utilização desenfreada dessa biotecnologia.

2 DNA RECOMBINANTE E AS TERAPIAS GÊNICAS

Antes de pautar as questões jurídicas sobre a engenharia genética humana e seus assuntos relacionados, é necessário entender o mínimo possível acerca do próprio tema que será discutido e do alcance dessa nova tecnologia. Para isso, será apresentado um breve estudo sobre o que é engenharia genética, qual seu objeto, quais suas finalidades, etc.

Casabona (2002, p. 23) corrobora essa necessidade de conhecer o objeto de estudo e os obstáculos para uma análise jurídica sólida:

O jurista encontra, cada vez mais frequentemente, sérios obstáculos que, inevitavelmente, tem de enfrentar quando pretende analisar uma realidade social nova, sobretudo quando sua instauração é condicionada de forma decisiva pelos avanços científicos e tecnológicos. A dificuldade consiste numa comprovação muito simples: para levar a cabo com êxito a análise jurídica da realidade social que se propôs como objeto de estudo, é preciso que o jurista tenha um conhecimento o mais acertado e fiel possível de tal realidade, ou, dito de outro modo, do assunto que é objeto da apreciação jurídica.

Observa-se que o autor defende que aquele jurista que intenciona realizar um trabalho científico deve, em primeiro plano, estudar e explicar ao longo de seu trabalho o objeto principal de estudo, para, nesse ponto, partir para as explicações das aplicações jurídicas envolvidas.

2.1 DNA, GENÉTICA E A TÉCNICA DO DNA RECOMBINANTE

A priori, é interessante saber que as siglas ADN e DNA têm exatamente o mesmo significado, sendo que ADN (Ácido Desoxirribonucleico) é a tradução para o português de DNA (Deosyribunocleic Ácid). Para tanto, usar-se-á neste artigo a sigla DNA.

Antes de entrar no contexto da técnica do DNA recombinante, cita-se o autor Roberti (2007, p. 39), que explica brevemente o que é DNA:

O DNA, ou ácido desoxirribonucléico, é uma molécula que guarda todas as informações codificadas na forma de genes. Está compactado dentro do núcleo celular em 23 pares de cromossomos. É formado por quatro componentes básicos - adenina, timina, citosina e guanina. É no DNA que estão inscritas as mensagens genéticas, qual seja, o genoma do indivíduo.

Bonamigo (2012, p. 166) define o ácido desoxirribonucleico como uma substância da herança genética presente no núcleo de células, portadoras de informações do indivíduo por meio de cadeias formadas por adenosina, guanina, tirosina e citosina.

Porém, para aplicações e efeitos jurídicos, a legislação brasileira, mediante a Lei n. 11.105/05, conhecida por Lei dos Organismos Geneticamente Modificados, define, em seu art. 3º, o que é ADN:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:
II – ácido desoxirribonucléico - ADN, ácido ribonucléico - ARN: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência; [...] (BRASIL, 2005).

Nesse sentido, Bonamigo (2012, p. 165), em sua obra intitulada *Manual de Bioética*, explica que a genética é, portanto, um ramo da biologia, e que dessa forma, trata da herança e da variação dos seres humanos, porém, alerta o autor que não existem diversas raças humanas, pois a variação genética entre os humanos não é grande.

Silva (2002, p. 92) ainda corrobora que a criança ou o adulto possuem exatamente a mesma carga de genes, ou seja, não há acréscimo ou decréscimo de genes ao longo de sua vida. Afinal, toda informação genética necessária para autocomandar o desenvolvimento humano está presente desde a sua concepção.

A técnica do DNA recombinante ou engenharia genética age diretamente sobre esse código genético que todos os seres vivos possuem, conhecido por DNA. Para tanto, Fiorillo e Rodrigues (1996, apud DINIZ, 2002, p. 364) conceituam o que é essa técnica:

A engenharia genética, ou tecnologia do DNA recombinante, é um conjunto de técnicas que possibilita a identificação, o isolamento e a multiplicação de genes dos mais variados organismos. É uma tecnologia utilizada em nível laboratorial, pela qual o cientista poderá modificar o genoma de uma célula viva para a produção de produtos químicos ou até mesmo de novos seres, ou seja, de organismos geneticamente modificados, cujo impacto poderá produzir efeitos em todas as áreas da sociedade.

Acerca das possibilidades e resultados do procedimento da técnica do DNA recombinante ou engenharia genética, Campillo (2004 apud BONAMIGO 2012, p. 169) afirma:

A engenharia genética permite a realização da terapia gênica que consiste na inserção de um novo gene ao ADN do organismo para corrigir um defeito genético ou dotar as células de uma nova função. Para tanto são usadas enzimas de restrição que, como pequenas tesouras, possuem a capacidade de cortar pedaços de ADN permitindo a inserção de novo fragmento que o transforma em ADN recombinante.

Portanto, a técnica do DNA recombinante seria uma forma de manipulação na genética do indivíduo, retirando o gene prejudicial do DNA inicial e inserindo um novo gene nesse código. Essa manipulação genética poderá ser feita através da substituição ou da subtração e inserção de um gene.

Pode-se concluir que o estudo da aplicabilidade das técnicas de engenharia genética não deve ser apenas realizado por cientistas voltados para a área da saúde ou da biologia, mas por todas as ciências que estudam o homem e os

fenômenos sociais, pois o uso desregrado dessas técnicas poderiam afetar direta e/ou indiretamente todas as pessoas.

O assunto em relação à engenharia genética tem sido debatido fortemente por estudiosos da Bioética e do Biodireito, que estudam qual o alcance dessa tecnologia e quais devem ser as limitações na sua pesquisa e as restrições no seu uso prático. Por isso, é importante mencionar as duas formas de Terapias Gênicas que são possíveis por meio da técnica do DNA Recombinante.

2.1.1 Terapia Gênica Somática e Terapia Gênica Germinativa

Consoante a engenharia genética, surgiram as Terapias Gênicas que, como afirma Bonamigo (2012, p. 169), consistem “ [...] na inserção de um novo gene ao ADN do organismo para corrigir um defeito genético ou dotar as células de uma nova função.”

Porém, nesse ponto cabe esclarecer algo muito importante. A Terapia Gênica comporta três técnicas de execução, conforme Bonamigo (2012, p. 170):

- a) Ex vivo: consiste em extrair células do paciente, inserir em laboratório o gene terapêutico e reintroduzi-las no organismo de origem através de injeção ou inalação.
- b) In situ: os genes terapêuticos são introduzidos no próprio órgão defeituoso. Tal método pode ser usado para o tratamento de tumores, fibrose cística e distrofia muscular de Duchenne, entre outras doenças.
- c) In vivo: o tratamento ocorre através de injeção na corrente sanguínea de genes terapêuticos em vetores adequados. Uma série de doenças pode ser tratada através desse método, por exemplo: Alzheimer, Parkinson e Hemofilia.

Dessa forma, cabe, ainda, explicar que o que diferencia a Terapia Gênica Somática da Terapia Gênica Germinativa é o tipo de célula que será objeto do procedimento. Ou seja, a TGS (Terapia Gênica Somática) tem por objeto células que não tem produção de gametas, já a TGG (Terapia Gênica Germinativa) utiliza como objeto do procedimento células com capacidade reprodutora.

É importante acrescentar a explicação da autora Almeida (2000, p. 41) sobre a Terapia Gênica Somática:

A terapia gênica somática só é utilizada para tratar doenças recessivas em células de diferentes tecidos não relacionados à produção de gametas. A sua característica básica é de provocar uma alteração no DNA do portador da patologia, através da utilização de um vetor, que pode ser retrovírus ou um adenovírus. Os problemas operacionais desta técnica são: o tempo de vida da célula hospedeira; a baixa expressão do gene; o controle da expressão gênica; a dificuldade de atingir o tecido-alvo e o seu potencial oncogênico.

Já sobre a Terapia Gênica Germinativa, a autora Diniz (2002, p. 410) afirma:

A terapia genética de células germinativas realiza-se na fase pré implantatária, quando o zigoto apresenta algumas células, ou antes da fertilização, atuando sobre o espermatozoide, o óvulo ou o pré-embrião (célula totipotente), que ainda não alcançou uma fase de desenvolvimento celular diferenciado, com o objetivo de corrigir a anomalia genética que neles esteja configurada, mudando em definitivo o genoma;

Portanto, retornando à questão de qual tipo de célula é utilizada no procedimento, o autor Souza (2004, p. 181) afirma que a TGG tem potencial de afetar o indivíduo no qual será realizado o procedimento, assim como os seus herdeiros, pois a célula que receberá a intervenção tem possibilidade hereditária, incorporando, assim, ao seu genoma as modificações genéticas realizadas no seu ascendente.

É nesse ponto que a discussão Bioética quanto à engenharia genética terapêutica recebe mais atenção, porém, existe ainda uma preocupação muito grande da Bioética com a aplicabilidade de engenharia genética para fins não terapêuticos.

2.1.2 Engenharia Genética Não Terapêutica

A engenharia genética também poderá ser usada para fins imorais e antiéticos, devendo ser estudada e muito debatida antes de ser amplamente utilizada pelos cientistas e pela sociedade. Segundo Souza (2004, p. 184):

Apesar do admirável mundo novo que se vislumbra, na história da humanidade nunca os descobrimentos científicos puderam ameaçar mais a essência do ser humano e a sua dignidade do que os derivados do emprego das novas genotecnologias. Embora estas técnicas estejam em princípio voltadas para fins terapêuticos e para favorecer o bem-estar da humanidade, é indubitável também afirmar que podem ocorrer consequências indesejáveis de tais descobertas, de que a condição humana seja degradada, criando assim novos riscos à humanidade presente e futura.

A engenharia genética não terapêutica suscita questões polêmicas; Oliveira (2002, p. 120) instiga a pensar sobre questões como, por exemplo, estamos preparados para, em um futuro próximo, habitarmos um mesmo espaço global dividido por diferenças genéticas que serão possíveis em breve?

Essa e outras questões preocupam os profissionais que estudam o tema, desde profissionais da área da saúde até os da área de ciências sociais. Entende-se que o debate e a ampla divulgação para a sociedade das informações relacionadas à engenharia genética é a melhor forma de buscar as soluções dessas questões.

Cabe mencionar que a engenharia genética poderá ser usada para meios unicamente comerciais, em que não se respeitam os limites éticos e morais. Como ensina Souza (2004, p. 183):

Assim, para além da capacidade potencialmente terapêutica da engenharia genética no sentido de eliminar, tratar e prevenir enfermidades genéticas, convém ressaltar que a manipulação genética leva a cabo pela transferência gênica somática e especialmente pela transferência gênica germinal (gametas e embrião totipotente) pode também ser instrumento para outras finalidades não terapêuticas. De acordo com a finalidade a ser empreendida numa determinada intervenção, a apreciação jurídica da engenharia genética não será a mesma, será variável. Assim, a valoração da intervenção biomédica não dependerá tanto do método, senão do fim a que se propõe e de suas consequências.

Percebe-se, por intermédio dos autores citados, o alerta para o fato de que a engenharia genética, além de ser uma ferramenta que poderá garantir a alta qualidade genética dos descendentes de pessoas com grande poder aquisitivo,

também suscitará o retorno de correntes ideológicas voltadas para o conceito de melhoramento humano e eugenia.

2.2 PROJETO GENOMA HUMANO

O Projeto Genoma tem por finalidade desvendar os códigos genéticos de espécies terrestres específicas, abrangendo todas as formas de vida naturais de plantas, animais e do próprio ser humano.

Lima neto (2008, p. 31) atribui ao órgão assessor do Executivo Federal Americano, *Office of Technology Assesment*, o formador embrionário do Projeto Genoma Humano em meados da década de 1980. Sendo ele o autor de um dos documentos mais importantes da história do projeto, e que foi destinado ao Congresso Americano, chamado *Mapeando novos genes*.

Complementado a informação, Oliveira (2002, p. 72) afirma que:

O Projeto Genoma Humano (PGH) já vinha sendo pensado desde a década de 80, quando, precisamente em 1985, na Universidade de Califórnia, deu-se a primeira reunião de cunho internacional que tratou sobre o assunto. O genoma humano é o compêndio de toda a herança genética herdada de seus pais, pelo ser humano, no momento da concepção. É a herança genética que contém as instruções do que virá a acontecer ao longo da existência do ser humano; qual será sua estatura, a cor da sua pele, seus cabelos e os olhos, se será afligido por doenças fatais e por quais delas, dentre outras tantas informações.

Os principais objetivos do Projeto Genoma Humano, conforme Rota et al. ([20--]), consistem na identificação e mapeamento dos cerca de 80 mil genes existentes no DNA das células do corpo humano, assim como determinar as sequências de aproximadamente três bilhões de bases químicas que compõem o DNA humano e armazenar toda essa informação em bancos de dados, com a finalidade de desenvolver ferramentas de análise de dados e buscar relacionar doenças a genes específicos.

Ora, a importância de tal empreendimento é solidificada por inúmeros argumentos, entre os quais, Silva (2002, p. 94) explica que não há diferença entre

o genoma de uma criança e o de um adulto, não há acréscimo de genes e muito menos supressão. Portanto, se o genoma humano é unitário, a sua carga genética é de extrema importância e trará reflexos diretos e indiretos ao longo de sua vida.

Após uma breve discussão sobre os principais conceitos envolvendo a tecnologia da engenharia genética, é importante passar para o estudo dos pressupostos bioéticos que se relacionam com essa biotecnologia.

3 OS PRINCIPAIS PRESSUPOSTOS BIOÉTICOS FRENTE À ENGENHARIA GENÉTICA HUMANA

3.1 ESTUDO GERAL SOBRE BIOÉTICA

É importante mencionar que a Bioética deriva da ética, ramo filosófico que estuda o comportamento humano frente às mais diversas situações. A ética teve sua origem ainda no apogeu da filosofia grega há milhares de anos e possui importância fundamental para pesquisadores e estudiosos da ciência filosófica.

A Bioética, genericamente, tem por finalidade a intervenção ética nas questões científicas relacionadas à vida do ser humano e à natureza. O termo foi empregado pela primeira vez pelo oncologista Van Rensselaer Potter, em 1970, e com o tempo a empregabilidade desse termo tem tomado facetas diversas da originalmente constituída, dessa forma, neste trabalho não será explicada a evolução histórica dos conceitos, pois não é tema do trabalho.

Fabriz (2003, p. 75), em sua obra intitulada *Bioética e Direitos Fundamentais*, afirma que: “A Bioética representa um estudo acerca da conduta humana no campo da vida e saúde humana e do perigo da interferência nesse campo pelos avanços das pesquisas biomédicas e tecnocientíficas.”

Já partindo para um conceito mais elaborado, a doutrinadora Diniz (2001, p. 10) explica que a bioética seria uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da vida, sendo uma resposta vigorosa aos riscos inerentes às práticas tecnocientíficas.

Sobre a importância da Bioética, Fabriz (2003, p. 86) afirma:

A Bioética pode, então, no contexto contemporâneo, ser encarada como uma possibilidade que se proponha configuradora de um paradigma que possa viabilizar, a partir da comunicação, um novo discurso sobre a vida – compreendida em seus vários aspectos –, que se estabeleça como um novo *ethos*, em resposta à dogmática do discurso científico moderno, em deflação.

Siqueira (2010, p. 179) explica que um dos esteios fundantes que sustentam a prática da bioética é justamente o diálogo em seu sentido mais denso; o diálogo bioético deve ser realizado tanto na pluralidade de participantes diversos e diferentes quanto no respeito às diferenças do outro como outro, ou seja, uma pluralidade de opiniões e pessoas.

Para tanto, a Bioética compõe-se de princípios, pressupostos que orientam e servem como “base” para o desenvolvimento de seus argumentos e teorias sobre a saúde humana. E são esses pressupostos que tentam orientar e, conseqüentemente, proteger os direitos que possivelmente possam ser violados com o estudo e a prática desenfreada das genetechnologias.

3.2 PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA E PRINCÍPIO DA NÃO MALEFICÊNCIA

Basicamente, o Princípio da Beneficência é voltado para o ramo médico da ética, conforme Fabríz (2003, p. 107), esse princípio possui máximas, que incluem fazer o bem, cuidar da saúde, favorecer a qualidade de vida e manter o sigilo médico.

Esse princípio é fundamental para a sua aplicação nas discussões sobre engenharia genética, pois versa sobre a necessidade da ética na regulamentação das manipulações genéticas oriundas das técnicas de engenharia genética.

Também contribui no sentido de ser necessária a busca pelo melhoramento da qualidade de vida das pessoas por meio de pesquisas científicas, respeitando-se o homem como objetivo e não como objeto de pesquisa.

Bonamigo (2012, p. 88) afirma que a beneficência é a disposição para fazer o bem, de agir corretamente para o bem do doente. Assim como é importante destacar o Princípio da Não Maleficência, que afirma a necessidade de não se causar dano a outrem.

Beauchamp e Childress (2002, p. 210) explicam que muitos filósofos unem esses dois princípios em um só, pois as suas estruturas estão fundadas em quatro obrigações básicas, quais sejam:

1. Não devemos infligir males ou danos (o que é nocivo);
2. Devemos impedir que ocorram males ou danos;
3. Devemos eliminar males ou danos;
4. Devemos fazer ou promover o bem.

Inteiramente relacionada a esse princípio, a Bioética traz o Princípio da Não Maleficência, que nada mais é do que o fato de não causar dano a outrem.

Porém, o que é dano? Beauchamp e Childress (2002, p. 214, grifo do autor) explicam sobre a dificuldade nessa conceituação:

Algumas definições do termo “dano” são muito amplas, incluindo comprometimentos da reputação, da propriedade, da privacidade ou da liberdade. Segundo essa definição ampla, os danos triviais podem ser distinguidos dos danos graves pela ordem e pela magnitude dos interesses afetados. Outras definições, com um enfoque mais limitado, consideram danos apenas comprometimentos de interesses físicos e psicológicos, como o interesse de ter saúde ou de sobreviver.

Sem delongas sobre a discussão do que seria dano, a diferenciação entre o Princípio da Beneficência e o Princípio da Não Maleficência pode ser traduzida pelo professor Dr. Bonamigo (2012, p. 91), que explica que enquanto o princípio da beneficência é voltado para uma ação, o da Não Maleficência é voltado para uma abstenção, ou seja, uma omissão em causar dano em outrem.

3.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Por esse princípio, explica-se a possibilidade de o indivíduo recusar ou aceitar quaisquer tratamentos, procedimentos e intervenções em geral propostos pelo profissional da Saúde.

Diniz (2002, p. 15) afirma que por tal princípio considera-se que o paciente é capaz de se autogovernar, de fazer suas próprias opções e de agir sob a orientação dessas deliberações que definiu.

Beauchamp e Childress (2002, p. 139) discorrem sobre o princípio da autonomia na ética contemporânea:

Na teoria ética contemporânea, alguns autores sustentaram que a autonomia é, em grande medida, uma questão de ter a capacidade de controlar ponderadamente e de se identificar com os desejos ou preferências básicas (de primeira ordem) de uma pessoa por meio dos desejos ou preferências de nível superior (de segunda ordem). Por exemplo, um alcoólico pode ter o desejo de beber, mas também um desejo de ordem superior de parar de beber que prevalece sobre o desejo de nível inferior. Segundo essa concepção, uma pessoa autônoma é aquela que tem a capacidade de aceitar racionalmente, identificar-se com ou de repudiar um desejo ou preferência de ordem inferior independentemente de qualquer manipulação de seus desejos. Essa aceitação ou esse repúdio dos desejos no nível superior (a capacidade de mudar a estrutura de preferências) constituem a autonomia.

Já Fabriz (2003, p. 109) afirma que “O princípio da autonomia justifica-se como princípio democrático, no qual a vontade e o consentimento livres do indivíduo devem constar como fatores preponderantes, visto que tais elementos ligam-se diretamente ao princípio da dignidade humana.”

Esse princípio abarca extensas discussões sobre sua abrangência. Por isso, não deve ser interpretado de forma absoluta. O autor deste artigo entende que esse princípio tem barreiras já solidificadas, como, por exemplo, a impossibilidade de escolha de um tratamento que afetará diretamente seus descendentes, como a Terapia Gênica Germinativa.

Ou seja, apesar de o indivíduo, calçado nesse princípio, exigir que seja feito tal procedimento, ele não o poderá (eticamente), pois o efeito não será restringido a seu ser, incluirá seus descendentes, que por sinal também possuem tal garantia de autonomia.

Já sobre a natureza desse princípio e sua relação com o Direito, Durand (2014, p. 180) afirma:

O princípio da autodeterminação é fundamentalmente ético porque remete ao sentido da pessoa e da sociedade, [...] É um princípio ético que o direito retoma esclarecendo-o, reforçando-o e, às vezes, endurecendo-o. A ética funda a exigência do consentimento livre e informado; o direito (lei, jurisprudência) estabelece o conteúdo. Além disso, enquanto a exigência ética se baseia apenas na convicção dos sujeitos, o direito dá força a certas partes dessa exigência.

Portanto, é íclita a importância que o princípio da autonomia tem para o Direito, para a sua formação e sua aplicabilidade, pois é peça fundamental para a defesa dos direitos relacionados à vida da pessoa humana.

3.4 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

O Princípio da Justiça é um princípio voltado para orientar os limites da pesquisa e a distribuição justa e igualitária de seus resultados. Fabríz (2003, p. 111), sobre o princípio da justiça:

O princípio da justiça, no campo da Bioética, indica a obrigação de se garantir uma distribuição justa, equitativa e universal dos bens e serviços (dos benefícios) de saúde. Liga-se ao contexto da cidadania, implicando uma atitude positiva do Estado, no que se refere ao direito à saúde. O princípio da justiça, em Bioética, coloca-se ao lado do princípio da beneficência, uma vez que ambos apontam para o bem entre as pessoas.

Dessa forma, Bonamigo (2012, p. 93) afirma ser justiça sob a ótica de princípio da Bioética: “Justiça por definição é dar a cada um aquilo que é seu; escolher equitativamente o sujeito da pesquisa e beneficiá-lo com os resultados obtidos; distribuir corretamente os recursos em saúde.”

Fabriz (2003, p. 119) explica que entre os três princípios, beneficiência, autonomia e justiça, o princípio da justiça destaca-se como sendo o mais elevado, visto que envolve valores que devem ser respeitados pela sociedade.

4 UMA POSSÍVEL EUGENIA?

O fenômeno da eugenia assombra o homem desde muito tempo. O fato de existirem pessoas que idealizam uma segregação social, normalmente por diferenças “raciais”, causa alarde e preocupações em todos os âmbitos, inclusive na esfera acadêmica.

O último fato eugênico marcante na história humana foi o período da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), quando o partido Nazista encabeçado por Adolf Hitler decretou a caça e a extinção maciça de grupos sociais definidos (negros, judeus, homossexuais), considerados “impuros” pela ideologia nazista.

Sem entrar em discussões profundas sobre o assunto, vivencia-se um período de agressões contra o homem, contra direitos “ínatos” (apesar de não reconhecidos pela legislação nazista da época, porém, facilmente perceptíveis como direitos naturais do homem) dos perseguidos.

Porém, cabe salientar que o eugenismo é uma ideologia, surgida nas obras de Francis Galton (1822-1911), a qual pode ser moldada conforme as convicções de seus adeptos, como no caso do partido nazista.

Já quanto às possibilidades trazidas pela descoberta do genoma humano e às técnicas de modificação gênica, o pensamento eugênico ganha nova aparência.

Baseado no ideal de melhoramento humano, tal ideal tem por paradigma não somente a sobrevivência da espécie humana no Planeta Terra, mas a “evolução” da espécie, procurando a “perfeição genética”.

Tal raciocínio pode ser encontrado em diversas obras que versam sobre Bioética, salientando-se Souza (2004, p. 187):

Os descobrimentos modernos sobre o genoma humano, a ampliação e aperfeiçoamento das técnicas de engenharia genética aliadas às tecnologias reprodutivas estão poten-

cializando a volta do pensamento eugênico, pois é sabido que, além da promessa de erradicar e tratar as milhares de doenças de origem genética (ou de predisposição genética) constatadas e descritas atualmente, estes mesmos procedimentos podem trazer efeitos indesejáveis ligados a motivos eugênicos que despertam receios por sua potencial lesividade à dignidade humana.

Sob essa oportunidade de manipulação genética, surge a eugenia genética, ou seja, uma eugenia que seria baseada na carga genética do indivíduo, visto que sua importância social seria avaliada por meio de requisitos que considerariam qual padrão genético seria perfeito.

Para tanto, como Souza explica (2004, p. 188) “[...] a eugenia positiva intenta o melhoramento da espécie humana pelo aperfeiçoamento dos seus caracteres genéticos.”

Neste artigo, não se aprofundará a eugenia genética negativa, que intenta suprimir os genes que causariam doenças de origem genética. Ao contrário da eugenia positiva, que procura possibilitar futuramente a manipulação e a escolha de cargas genéticas.

As descobertas científicas devem funcionar para o progresso do homem e da sociedade e não para sua desconstrução, como explica Lima Neto (2008, p. 49):

No que diz respeito às descobertas científicas, em vez de serem instrumentos para reforçarmos os direitos conquistados, dentre os quais se destaca o direito à igualdade e a um tratamento não discriminatório, aparentemente correm o risco de se tornarem ferramentas para construção de novas formas de discriminação e preconceito, como a redução do ser humano ao seu genoma (recucionismo ou determinismo genético).

Cabe salientar que a eugenia é uma ideologia e nunca se conseguiu provar com argumentos científicos sólidos a existência de uma “raça evoluída” como os seus adeptos afirmam existir ou que poderá existir.

Sem enumerar os Princípios Constitucionais Brasileiros e os Direitos Internacionais do Homem, os princípios específicos da Bioética, como o da Beneficência e o da Justiça, negam qualquer tipo de aplicação de ideais eugênicos,

pois combatem explicitamente qualquer tipo de discriminação ou tentativa de seleção racial.

Portanto, apesar de tal ideal estar assombrando a sociedade acadêmica, o sistema jurídico brasileiro está solidificado na questão de proibição e combate dessa determinada conduta.

Porém, por se tratar de um procedimento técnico, ele poderá ser realizado em outros países que não possuem tal proteção aos direitos do homem e da humanidade, portanto, é importante que os Órgãos Internacionais pressionem as federações que ainda não têm regulamentação interna sobre isso.

Para isso, podem utilizar a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, criada em 1997 pelo Comitê de Especialistas Governamentais da Unesco, cujo texto foi redigido pelo Comitê Internacional de Bioética, para orientar a criação da regulamentação interna sobre o tema.

Uma análise estendida de tais princípios é a Lei n. 11.105/2005, também conhecida por Lei de Biossegurança, pois trata de vários assuntos relacionados à bio (vida), seja humana, seja não humana; entre esses assuntos destacam-se o artigo art. 25 (engenharia genética germinal) e o art. 26 (clonagem humana).

A Lei n. 11.105/2005 é um exemplo de positivação de alguns princípios Bioéticos que procuram defender o homem. Porém, como dispõe o artigo 25 da Lei de Biossegurança: “Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.” (BRASIL, 2005).

Portanto, a prática de tal conduta é tão relevante e agressiva aos direitos da pessoa, que o legislador Brasileiro optou por classificá-la como crime. Inclusive, para que o legislador chegasse ao entendimento de que tal conduta deveria ser tipificada como crime, precisou-se de uma discussão ampla, na qual os pressupostos bioéticos tiveram relevância ímpar, desde a fixação de limites na pesquisa científica até a aplicabilidade dessas novas tecnologias.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aliança entre tecnologia e saúde tem criado possibilidades enormes à sociedade. Além das possibilidades, as discussões acerca desse uso ganharam evidência, principalmente com a Bioética.

A preocupação dos autores que versam sobre Biodireitos é enorme, porém, os focos de discussão ganham perspectivas diferentes a cada instante que uma nova descoberta científica é realizada.

A engenharia genética e as técnicas de manipulação genética podem ser usadas tanto para fins benéficos quanto para ocasionar disparidades sociais e ações discriminatórias. Tudo depende de qual o fim que se usa tal tecnologia, por isso, os debates da Bioética e as Leis voltadas para tal fim são tão importantes para a proteção dos direitos do homem.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e Biodireito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ALVES, Bianca da Silva. *Células-tronco Embrionárias Humanas: utilização ilegal e Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2010.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BONAMIGO, Élcio Luiz. *Manual de Bioética: teoria e prática*. São Paulo: All Print, 2012.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 11.105/2005, de 24 de março de 2005. Dispõe sobre questões de biotecnologia e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.

CAMPILLO, Antonio Lopes. *El Genoma Para Peatones*. 2. ed. Madrid: Páginas de Espuma, 2004.

CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Genética e Direito*. In: CASABONA, Carlos María Romeo. *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey, PUC Minas, 2002.

CONSTANTINOV, Givanildo Nogueira. *Biossegurança e Patrimônio Genético*. Curitiba: Juruá, 2008.

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

DURAND, Guy. *Introdução Geral à Bioética: história, conceitos e instrumentos*. São Paulo: Centro universitário São Camilo: Loyola, 2014.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para Fundamentar a Bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea*. 1. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FABRIZ, Daury César. *Bioética e Direitos Fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret: 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito, A Ciência e as Leis Bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA NETO, Franciso Vieira. *O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MCLEAN, Sheila A. M. A Regulamentação da Nova Genética. In: MCLEAN, Sheila A. M. *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

OLIVEIRA, Simone Born de. *Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana*. Curitiba: Juruá, 2002.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian De P. de. *Problemas Atuais da Bioética*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2012.

ROBERTI, Maura. *Biodireito: novos desafios: com análise penal da Lei 11.105, de 24 de março de 2005 e atualizado de acordo com a Emenda Constitucional nº45 de 2004*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

ROCHA, Renata da. O Biodireito Constitucional: limite e fim da atividade científica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 49, out./dez. 2004.

ROTA, Ariane Cristine Tomazetti et al. *Projeto Genoma e Clonagem Humana*. Araçatuba: Intertemas, [20--]. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/32/33>>. Acesso em: 16 out. 2014.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito*. São Paulo: LTr, 2002.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito Penal Genético e a Lei de Biossegurança: Comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIQUEIRA, José Eduardo de. Hannah Arendt: uma narradora privilegiada de um tempo de grandes incertezas. In: PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo de; HOSSNE, Willian Saad. *Bioética em Tempo de Incertezas*. São Paulo: Loyola, 2010.

TRANQUILIM, Cristiane. A Terapia Gênica Como Direito Fundamental à Saúde. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.

A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR: DEVER CIVIL DO ESTABELECIMENTO PELA GUARDA DE VEÍCULO DEIXADO EM SEU ESTACIONAMENTO

Maria Júlia Souza*
Jéssica Romeiro Mota**

Resumo: Com este trabalho buscou-se verificar a existência do dever de indenização civil pelo estabelecimento comercial na hipótese de danos ocorridos em veículos deixados no estacionamento durante o período de utilização dos serviços prestados pela empresa, independentemente de afixação de avisos com dizeres de isenção de responsabilidade. Quanto ao método, utilizou-se o raciocínio indutivo de análise, em que a natureza da discussão foi qualitativa. Quanto a seus objetivos, tratou-se de um estudo exploratório. Ainda, em relação às fontes de informação, realizou-se um estudo bibliográfico. No decorrer do estudo verificou-se que, em atenção à legislação e princípios afetos ao direito consumerista, fica caracterizada a responsabilidade do estabelecimento comercial que disponibiliza estacionamento aos seus clientes pelo dano causado ao veículo, independentemente de qualquer alerta feito pelo estabelecimento. Buscou-se entender, também, a possibilidade da vítima em buscar, por meio de ações indenizatórias, o seu direito à restituição, pela empresa, dos prejuízos eventualmente sofridos sem detrimento dos danos causados em seu veículo, o que se evidenciou ser possível, diante do atual entendimento da jurisprudência.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Estacionamento. Consumidor. Indenização.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi estimulado pela crescente utilização de estacionamentos vinculados à prestação de serviços de diversos ramos do comércio e,

* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; maju.souzo@hotmail.com

** Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina; Graduada e Especialista em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; jessica.mota@unoesc.edu.br

principalmente, diante do desconhecimento dos consumidores quanto aos seus direitos no caso de avarias ocorridas em seus automóveis.

Dessa forma, com esta pesquisa buscou-se evidenciar o dever de indenização civil pelo estabelecimento comercial na hipótese de danos ocorridos em veículos deixados no estacionamento durante o período de utilização dos serviços prestados pela empresa, independentemente de afixação de avisos com dizeres de isenção de responsabilidade.

Ainda, teve-se como escopo definir os conceitos afetos à teoria da responsabilidade na doutrina e na legislação vigentes, analisar a responsabilidade e o dever de guarda pelo proprietário de estabelecimento com estacionamento, analisar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do princípio da confiança no caso de dano a veículo em estacionamento de estabelecimento comercial, bem como analisar a eficiência da afixação de placas de isenção de responsabilidade por dano ocorrido em veículos deixados em estacionamento de estabelecimento comercial.

No decorrer deste trabalho, com base na legislação vigente, bem como no entendimento doutrinário, sumular e jurisprudencial majoritário, buscou-se verificar se, independentemente de avisos de isenção, os donos de estabelecimento comercial que disponibilizam estacionamento aos seus clientes são responsáveis objetivamente pelos danos ocorridos em veículos deixados sob sua guarda, especialmente em relação aos danos materiais.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um dos institutos mais abrangentes do Direito Civil Brasileiro e relaciona-se diretamente com os deveres civis advindos dos atos praticados pelas pessoas humanas.

Delineando de forma ampla o conceito de dever ou responsabilidade civil, pode-se dizer que consiste em uma regra essencial ao equilíbrio social, pois o resultado danoso de um ato positivo ou negativo deve ser reparado pelo agente causador do dano (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 1).

Este instituto, tal qual o direito à indenização, estão elencados como direitos e garantias fundamentais no artigo 5º, inciso V, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como no Código Civil Brasileiro.

Como bem coloca Cavalieri Filho (2010, p. 2), existe um dever jurídico originário ou primário, cuja violação gera o dever jurídico sucessivo ou secundário de indenizar o prejuízo. A responsabilidade civil é, então, o dever jurídico sucessivo, a fim de recompor o dano que decorreu da violação do dever jurídico originário.

De outro norte, muito importante traçar a distinção entre a obrigação e responsabilidade. A primeira sempre é o dever jurídico originário, e a segunda é o dever jurídico sucessivo, que consiste na consequência da violação da primeira (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2).

Entende-se, então, que não há responsabilidade sem a violação de um dever jurídico preexistente, considerando-se que pressupõe o descumprimento de uma obrigação. Assim, tem-se que o dever civil consiste na reparação de danos causados por determinado ato, em que o autor do dano fica obrigado a reparar o prejuízo causado a terceiro.

Nesse sentido, importa mencionar a origem do termo responsabilidade. A palavra tem origem na raiz latina *spondeo* – responder –, que, no Direito Romano, vinculava o devedor nos contratos verbais (GONÇALVES, 2011, p. 24-25).

Interessante relatar que, em que pese ainda inexistente a figura do Direito Romano àquela época, o simples fato de ocorrer o dano, independentemente de culpa, gerava a reação imediata do ofendido, o qual se vingava primitivamente. Surgiu, então, a Lei de Talião, que era regida pela regra informalmente chamada de “olho por olho, dente por dente” (GONÇALVES, 2011, p. 24).

Sobre esse o regime da Lei de Talião, muito bem ensina Lisboa (2013):

A vingança (*vindicta*) importava na reparação de um dano com a prática de outro dano. Impossibilitava-se, de fato, qualquer consideração sobre a noção jurídica de culpa leve ou *lata*, uma vez que se equiparava a prática de um delito a outro, com base na lei de talião (*talio*), que limitava a represália da vítima sobre o agressor à proporcionalidade do dano causado (antes dessa legislação não havia a regra da vingan-

ça proporcional). Mesmo assim, a represália ocorria muitas vezes de forma injusta e desmedida.

Com o passar do tempo, substituiu-se o regime de vingança pela composição voluntária, substituindo a atitude violenta pela compensação econômica do dano sofrido, ainda sem considerar a culpa do ofendido. Então, quando existente a figura do legislador, a composição voluntária passou a ser obrigatória, sendo vedada a justiça pelas próprias mãos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 10-12).

A partir do surgimento da Lei Aquília, gerou-se um princípio comum que regulava a reparação do dano, fonte direta, inclusive, da concepção de culpa aquiliana. A culpa aquiliana, por sua vez, consiste no que hoje é conhecido como culpa extracontratual, o dever comum de cuidado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 16).

Assim, nota-se que a responsabilidade sempre esteve intimamente atrelada a reparar o dano, recuperar o equilíbrio patrimonial e moral provocado pelo agente que o causou. Assim, tem-se que o agente causador do dano, restabelecendo o *status quo ante* – reestabelecer o equilíbrio –, responde pelas consequências que decorreram de sua conduta danosa (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2).

A função da responsabilidade civil é, eminentemente, a resolução dos conflitos entre as partes, possibilitando a compreensão da proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais. Assim, ela garante o direito do lesado, bem como serve de sanção civil ao causador do dano (LISBOA, 2013).

Para corroborar os ensinamentos supramencionados, Gonçalves (2011, p. 22) leciona:

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos.

Dessa forma, tem-se que o dever civil consiste na reparação de danos causados por determinado ato, em que o autor do dano fica obrigado a reparar o

prejuízo causado a terceiro. A responsabilidade civil, então, integra o direito obrigacional, e é derivada tanto da vontade humana quanto da vontade do Estado (lei).

Entende-se que, a fim de que seja configurada a responsabilidade civil, necessária se faz a existência de três elementos: conduta humana, dano e nexó de causalidade.

O primeiro elemento que caracteriza obrigatoriamente a incidência da responsabilidade civil é a conduta humana. Partindo dessa premissa, vale dizer que fatos naturais, porquanto não atribuíveis ao homem, não geram responsabilidade civil. Explicam Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 27), que apenas o homem, por ele mesmo ou por meio das pessoas jurídicas que ele forma, poderá ser civilmente responsabilizado.

Caracterizada a conduta humana, há que se notar a existência de voluntariedade do ato do agente. Importa dizer que o conceito de voluntariedade, aqui, não significa a intenção do agente em causar o dano, e, sim, a consciência do agente sobre o ato que está praticando.

O elemento volitivo, portanto, é essencial no que se refere à existência da responsabilidade civil, considerando que, sem ele, não há que se falar em conduta humana, tampouco em responsabilidade civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 27).

Referente às formas pelas quais a conduta humana é manifestada, pode-se dividi-las em positiva e negativa, sendo a primeira a prática ativa do comportamento do agente, e a segunda, de forma omissiva, o não fazer (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 29).

Passa-se, então, ao próximo requisito indispensável à caracterização da responsabilidade civil: o dano.

Nos termos do lecionado por Cavalieri Filho (2010, p. 72-73), o dano é:

[...] o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-pro-

veito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo; se o prédio desmorona por falta de conservação pelo proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar.

Portanto, o dano, em acepção ampla, consiste na lesão de qualquer bem jurídico. Em contrapartida, dano no sentido estrito é a lesão do patrimônio, abarcando aquilo que se perdeu e o que se deixou de ganhar (GONÇALVES, 2011, p. 356).

No âmbito do dano material, também conhecido como dano patrimonial, Gonçalves (2011, p. 357) explica que é necessário que seja medida, no bem material atingido, a extensão do prejuízo. Dessa forma, subdivide-se essa modalidade de dano em dano emergente, no caso, a diminuição do patrimônio da vítima, e o lucro cessante, que se refere ao que o sujeito deixou de ganhar em efeito do dano sofrido.

Não destoam a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que julgou o Recurso Especial de n. 1323586 PB 2012/0100481-0, cujo Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, da Terceira Turma, explica acerca da existência do dano material nas duas searas mencionadas, que envolvem tanto os danos patrimoniais diretos quanto os lucros cessantes da vítima:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. NADADOR PROFISSIONAL. FINALIDADE COMERCIAL. PREEXISTÊNCIA DE CONTRATO PARA TAL FINALIDADE. UTILIZAÇÃO DA IMAGEM DO ATLETA EM PERÍODO POSTERIOR AO PACTUADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFIGURAÇÃO. *COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO MATERIAL. LUCROS CESSANTES*. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Ação indenizatória promovida por nadador profissional em desfavor de empresa fabricante de produtos alimentícios em virtude de supostos danos materiais e morais que teria suportado pelo uso indevido de sua imagem nas embalagens

de um dos produtos por ela comercializado (bolachas “top crock”) em período posterior ao término do contrato que haviam celebrado para tal finalidade.

2. Recurso especial que veicula a pretensão do autor (i) à indenização pelos prejuízos materiais daí decorrentes - consubstanciados nos valores que deixou de receber caso tivesse sido regularmente renovada a avença - e (ii) à majoração da indenização arbitrada pela Corte local a título de reparação pelos danos morais por ele suportados em decorrência desses mesmos fatos.

3. O dano material pode atingir não só o patrimônio presente da vítima, mas também o futuro, sendo perfeitamente possível afirmar que a ação ilícita de terceiro enseja reparação material tanto quando reduz o acervo patrimonial da vítima (dano emergente), quanto quando impede o crescimento que lhe é razoavelmente esperado (lucros cessantes). (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Percebe-se da análise da decisão que, devidamente comprovado o dano, é perfeitamente cabível a fixação de danos materiais referentes aos lucros cessantes da vítima do ato ilícito.

Ainda a respeito do dano, necessário salientar que alguns requisitos devem ser analisados a fim de que este seja efetivamente reparado. Pressupõe-se, então, a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, a certeza do dano no que diz respeito a sua existência e a subsistência do dano, que significa dizer que, para ser exigível em juízo, não pode ter sido reparado espontaneamente pelo agente causador (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 38).

Superado o conceito de dano, parte-se para o nexos de causalidade. Existem três teorias que visam a explicar o nexos causal, quais sejam: a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), a teoria da causalidade adequada e a teoria dos danos diretos e imediatos.

A primeira teoria é abrangente, pois considera todas as concausas, condições e circunstâncias que tenham ocorrido para o evento danoso, somadas como causa (AZEVEDO, 2011, p. 253).

A teoria da causalidade adequada, de acordo com Azevedo (2011, p. 253), pressupõe a existência de uma condição que tenha provocado o dano, adequada à produção do prejuízo, ou seja, capaz de produzir o dano.

A terceira teoria, dos danos diretos e imediatos, é a mais razoável das três, pois o agente responde somente pelos danos que sejam resultado direta e imediatamente de sua conduta. Essa teoria foi a adotada pelo Código Civil, que dispõe, em seu artigo 403, que “[...] ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” (BRASIL, 2002).

Para Gonçalves (2011, p. 352):

Ao legislador, portanto, quando adotou a teoria do dano direto e imediato, repugnou-lhe sujeitar o autor do dano a todas as nefastas consequências do seu ato, quando já não ligadas a ele diretamente. Este foi, indubitavelmente, o seu ponto de vista. E o legislador, a nosso ver, está certo, porque não é justo decidir-se pela responsabilidade ilimitada do autor do primeiro dano.

Acerca dos pressupostos da responsabilidade civil e ao se analisar o preceito legal, imprescindível mencionar os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002).

Em análise aos artigos retro mencionados, pode-se concluir, então, que os pressupostos são a ação ou omissão do agente, que pode ser um ato próprio ou de terceiros, coisas ou animais que estejam sob sua guarda; a culpa ou dolo do

agente, a primeira, que deriva de negligência ou imprudência, e o segundo, que consiste na vontade deliberada de cometer o ato; a relação de causalidade entre a ação e o efeito gerado; e o dano, que foram detalhadamente explicitados.

A legislação pátria assegura como direito e garantia fundamental a indenização à vítima no caso de dano. Extrai-se da Constituição da República Federativa do Brasil que:

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:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. (BRASIL, 2014a).

Ante a todo o exposto, forçoso denotar que o direito à indenização decorrente de dano é amplamente assegurado, com amparo na legislação, doutrina e jurisprudência brasileira.

A responsabilidade civil divide-se em duas espécies, a contratual, que, como o próprio nome diz, pressupõe a reparação pela inexecução obrigacional de um contrato, e a extracontratual, que é gerada pelo descumprimento de um dever legal.

A primeira difere da segunda também no que diz respeito ao ônus da prova, como bem pontua Gonçalves (2011, p. 46):

Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-lhe, pois, o *onus probandi*.

Portanto, sendo a responsabilidade contratual, o devedor é quem fica obrigado a comprovar a existência de fato ou demonstrar a ocorrência de alguma das excludentes de ilicitude para que não seja condenado à reparação do dano ao credor.

No caso da responsabilidade extracontratual, regida pelo artigo 186 do Código Civil, a vítima, autora da ação, é quem tem o ônus de comprovar que o fato ocorreu por culpa do agente (GONÇALVES, 2011, p. 46).

Outro ponto importante que diverge entre as duas espécies tem relação com a capacidade do agente que causou o dano. Ao passo que a contratual exige que os agentes sejam plenamente capazes ao tempo da contratação, a extracontratual pode derivar de um delito praticado por um incapaz, oportunidade na qual responderá pelos seus atos no caso de seus responsáveis não detiverem obrigação legal ou não dispuserem de meios suficientes para fazê-lo (GONÇALVES, 2011, p. 46).

A partir da primeira divisão, a responsabilidade civil, considerando o fundamento que se dê a ela, ainda se subdivide em subjetiva e objetiva. A subjetiva pressupõe a culpa do agente, enquanto a objetiva dispensa completamente a comprovação de culpa, bastando a existência de causalidade entre a ação e o dano.

Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 123) definem que a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Ainda, pontuam que a culpa somente é caracterizada quando presentes a voluntariedade do comportamento do agente, a previsibilidade e a violação de um dever de cuidado.

A culpa, em sentido estrito, manifesta-se em três formas, quais sejam negligência, imperícia e imprudência. A negligência presume a falta de observância de um dever de cuidado, é a omissão do agente. Por sua vez, a imperícia ocorre quando falta aptidão específica para a realização de uma atividade técnica ou científica.

Por fim, a imprudência caracteriza-se pela ação do agente, que enfrenta o perigo desnecessariamente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 128-129).

Ao se tratar da hipótese da responsabilidade objetiva, nota-se que o magistrado poderá, também, reconhecer a responsabilidade civil do infrator, ausente a culpa, em duas situações que estão previstas no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: “Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, 2002).

Extraí-se do referido dispositivo, então, que as situações de reconhecimento da responsabilidade em reparar o dano, sem culpa, são nos casos em que a lei especificar ou se a natureza da atividade desenvolvida normalmente pelo agente causar risco para os direitos de terceiro.

Destarte, pode-se afirmar que a responsabilidade objetiva se trata de uma exceção à regra estabelecida no artigo 186 do Código Civil Brasileiro, que consagrou a teoria subjetiva da responsabilidade, ou a culpa como seu pressuposto.

3 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor –, dispõe sobre a proteção dos direitos dos consumidores e dá outras providências acerca do tema. Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 251), “[...] trata-se, sem sombra de dúvida, do mais importante e significativo diploma legal dos últimos tempos.”

Isso porque, a partir da instituição do Código de Defesa do Consumidor (CDC), consagraram-se alguns dos importantes e avançados institutos jurídicos, como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a teoria da imprevisão. Ainda, demonstrou-se a preocupação do legislador em atentar-se à defesa, no âmbito do Direito Privado, da parte hipossuficiente da relação consumerista (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 251).

Ademais, notou-se a evolução do instituto da responsabilidade civil, que, com a introdução das leis consumeristas, passou a ter novos fundamentos e princípios em busca da proteção do consumidor.

Explica Cavalieri Filho (2010, p. 482-483), que “[...] antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, os riscos do consumo corriam por conta do consumidor. Falava-se até na *aventura do consumo*, porque consumir, em muitos casos, era realmente uma aventura.” Dessa forma, o fornecedor limitava-se a

ofertar o produto, inocentemente, e o consumidor assumia os riscos do produto consumido, se quisesse.

Denota-se claramente a inexistência, à época, de qualquer legislação que eficientemente protegesse os consumidores contra os riscos do consumo. Então, lentamente foi-se reconhecendo o vínculo jurídico direto existente entre o fabricante e o produto, tornando-se responsável pelo dano dali decorrente e transformando-se em responsabilidade objetiva direta, com a consagração da Lei n. 8.078/90 (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 483-484).

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor é considerado uma lei de natureza principiológica. Com efeito, ensina Nunes (2015):

Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentem o setor (Susep, Instituto de Resseguros etc.), porém estão tangenciados por todos os princípios e regras da lei n. 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito.

A partir disso, importante ressaltar os quatro mais importantes princípios que norteiam os principais deveres do fornecedor de serviços e produtos pelo ordenamento brasileiro: a reparação integral por danos patrimoniais e morais, o princípio da prevenção, o princípio da informação e o princípio da segurança.

Consagra-se, primeiramente, o princípio da reparação integral por danos patrimoniais e morais, constante no artigo 6º, inciso IV, do CDC, que consiste no repúdio a qualquer cláusula que reduza ou limite a indenização, bem como toda e qualquer cláusula de não indenizar, consideradas abusivas e nulas de pleno direito.

Não bastasse a disposição do CDC, esse princípio ainda vem estampado no artigo 944 do Código Civil, que dispõe que “[...] a indenização mede-se pela extensão do dano.” (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, diz Oliveira (2011, p. 104) que “[...] a tutela cominatória de caráter profilático é extremamente eficaz para evitar que o dano pressentido, material ou moral, acabe por se consumir.”

Dessa forma, se o consumidor sofrer algum dano, este deve ser reparado de forma mais abrangente possível. O Código de Defesa do Consumidor, com a consagração desse princípio, busca a reparação real e integral do consumidor, compensando-lhe pelos danos sofridos.

O princípio da prevenção, em seu turno, encontra respaldo também no artigo 6º, inciso VI, do CDC, e tem o escopo de evitar que ocorram novos danos aos consumidores.

Cavaliere Filho (2010, p. 485), acerca desse princípio, estabelece que, embora a função ressarcitória da responsabilidade civil seja preponderante, busca-se modernamente evitar a ocorrência de novos danos para que não se tornem socialmente insuportáveis.

Vislumbra-se do disposto na lei que o código consumerista, além de amparar o cliente quando da ocorrência de violação aos seus direitos, busca também prevenir essas ações ilegais, demonstrando a ampla proteção ao consumidor.

Por sua vez, o princípio da informação e transparência está previsto no artigo 6, inciso III, do CDC, sustentando que é direito básico do consumidor receber “[...] a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresente.” (BRASIL, 1990).

Remete, principalmente, à transparência nas relações entre o fornecedor e o consumidor, que geralmente é a parte hipossuficiente da situação.

Então, fazer com que as informações corretas e relevantes acerca do serviço ou produto cheguem ao consumidor de forma simples e compreensível é dever primordial do fornecedor, tratando-se de princípio basilar da lei consumerista (BRAGA NETTO, 2011, p. 50).

Finalmente, mas não menos importante, o princípio da segurança indica que o CDC impõe aos fornecedores a necessidade de proverem produtos e ser-

viços seguros aos consumidores, sob pena de responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente de culpa, pelos danos disso advindos (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 486-487).

Cristalina fica, então, a importância e a necessidade da aplicação dos princípios norteadores da responsabilidade civil nas relações cotidianas de consumo.

Ultrapassados os princípios do CDC que norteiam a responsabilidade do fornecedor, necessário estabelecer a identificação da existência, ou não, de relação de consumo entre as partes.

O Código de Defesa do Consumidor, a fim de erradicar qualquer dúvida acerca dos elementos constituintes da relação de consumo, definiu-os detalhada e claramente em seus artigos 2º e 3º, consumidor e fornecedor, respectivamente.

Extrai-se:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. [...]

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

Para Bulgarelli (1983, apud ALMEIDA, 2015), o consumidor é:

Aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém, a que se deve dar uma valorização jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando quer reparando os danos sofridos.

Vale dizer, ainda, que existem duas correntes que conceituam o consumidor: a dos maximalistas e a dos finalistas.

A corrente maximalista considera o consumidor aquele que adquire produto ou serviço do qual se esgota o ciclo econômico. Assim, é suficiente que o produto não seja renegociado e reintroduzido no mercado e que o serviço não seja etapa do fornecimento de outro serviço ou produto (OLIVEIRA, 2011, p. 7).

Já a finalista, de forma contrária, sustenta que a lei tutela de maneira especial um grupo mais vulnerável da sociedade, e que deve ser interpretado restritivamente (OLIVEIRA, 2011, p. 7).

Quanto ao fornecedor, pode-se complementar que, mesmo sem personalidade jurídica, o legislador permite que seja considerado como fornecedor aqueles que atuam nas etapas do processo de produção, antes que o produto ou serviço chegue ao seu destinatário final (OLIVEIRA, 2011, p. 23).

Almeida (2015) descreve a essência do conceito de fornecedor:

A definição legal praticamente esgotou todas as formas de atuação no mercado de consumo. Fornecedor é não apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos milhares e milhões de pontos de venda espalhados por todo o território. Nesse ponto, portanto, a definição de fornecedor se distancia da definição de consumidor, pois enquanto este há de ser o destinatário final, tal exigência já não se verifica quanto ao fornecedor que pode ser o fabricante originário, o intermediário ou o comerciante, bastando que faça disso sua profissão ou atividade principal. Fornecedor é, pois, tanto aquele que fornece bens e serviços ao consumidor como também aquele que o faz para o intermediário ou comerciante, porquanto o produtor originário também deve ser responsabilizado pelo produto que lança no mercado de consumo (CDC, art. 18).

Esses elementos, consumidor e fornecedor, integram os dois polos da relação de consumo.

O produto, conforme o primeiro parágrafo do artigo 3º do CDC, é “[...] qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, vale dizer que o bem móvel é o que tem condições de ser transportado, sem que sua integridade seja prejudicada, como, por exemplo um automóvel.

O bem imóvel, por sua vez, é o que acaba destruído ou deteriorado consideravelmente pelo fato do transporte, como uma casa ou apartamento (TARTUCE, 2013, p. 92).

O produto, em seu turno, nas palavras do renomado doutrinador Tartuce (2013, p. 92), pode ser um bem material (corpóreo ou tangível) ou imaterial (incorpóreo ou intangível).

A definição de serviço vem estampada no mesmo artigo, em seu segundo parágrafo, que diz que “[...] qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive os de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” (BRASIL, 1990).

Cumpre mencionar que, não obstante a lei dizer expressamente que é necessária a existência de remuneração direta, é admitido que o prestador obtenha vantagens indiretas, não onerosas e, ainda assim, esteja configurada a relação consumerista entre as partes (TARTUCE, 2013, p. 96).

Superados os conceitos básicos, é preciso salientar que no presente trabalho tem-se foco na relação de consumo existente na prestação de serviços de estacionamento, nos tipos de serviços prestados ao consumidor, bem como na utilização desses serviços como diferencial para captação de clientela.

Alguns proprietários de estabelecimento comercial, com o escopo de angariar clientela e, conseqüentemente, obter lucro, beneficiam-se pelo oferecimento do serviço de estacionamento gratuito ao público, que se utiliza de seus serviços ou compra seus produtos.

Essa oferta, apesar de ser tratada como gratuita pelos fornecedores, é considerada um serviço anexo ao do comércio, considerando que os consumidores não realizarão pagamento direto pelo estacionamento, cujo custo está embutido nos preços dos produtos comercializados no estabelecimento (DIAS, 1986 apud GONÇALVES, 2011, p. 305).

Para Gonçalves (2011, p. 304), a clientela é atraída pela segurança oferecida pelos estacionamentos:

Se estes estacionamentos têm um aparato de segurança com a finalidade de inspirar confiança a quem vai ter ao supermercado, caracterizado por grades, portões de entrada e de saída para os carros, guaritas para os guardas, não resta

dúvida de que existe o dever de vigilância e a consequente responsabilidade em caso de furto, mesmo que as chaves do veículo permaneçam em poder do proprietário e o estacionamento seja gratuito. Assim, com efeito, tem sido decidido.

Neste sentido, ensina Silva (2013, p. 108):

Com efeito, a oferta do estacionamento é feita pelo estabelecimento a seus clientes e à sua potencial clientela. O estacionamento “gratuito” faz parte dos serviços ofertados pela empresa a fim de melhorar suas vendas. Disto decorre o dever de guarda dos veículos, para o caso de oferta de local para estacionar, mesmo quando se trate de uma prestação acessória.

Por fim, sustenta-se que é entendimento doutrinário consolidado, inclusive, que o fato de o proprietário do veículo deixar de adquirir produtos no estabelecimento não exclui a responsabilidade indenizatória do fornecedor.

Dessa forma, independentemente da vontade do cliente ao ingressar no estabelecimento, deve prevalecer a potencialidade de consumo e a responsabilidade da empresa (GONÇALVES, 2011, p. 306).

No mercado, atualmente, disponibiliza-se ao cliente três tipos de estacionamento, quais sejam – o oneroso, o gratuito e o aparentemente gratuito.

No oneroso, existe a expressa cobrança ao cliente pela prestação direta do serviço de estacionamento. Normalmente, esse tipo de estacionamento é constituído por uma empresa, não obstante a sua vinculação a outro estabelecimento comercial. Como exemplo, podem ser citados os estacionamentos disponibilizados pelos *shopping centers* no Brasil (SILVA, 2013).

Vale dizer, também, que o fato de o estacionamento ser oneroso, gera a presunção pelo cliente da atribuição de responsabilidade civil ao estabelecimento no caso de furto ou danos no veículo.

Conclui-se, assim, o estacionamento oneroso como uma atividade comercial autônoma, mesmo que ofertado como complemento. Dessa forma, ensina Silva (2013) que “[...] o cliente estará duplamente protegido com relação ao seu patrimônio, em virtude da relação consumerista estabelecida com o parqueamento onde deixou seu carro e com a empresa onde adquiriu bens ou serviços.”

Por outro lado, leciona Silva (2013) que o estacionamento gratuito é tido como “[...] aquele pelo qual nada é cobrado direta ou indiretamente ao usuário do serviço, sendo ofertado apenas como uma cortesia que não agrega ao ofertante qualquer benefício.” Nessa situação, o beneficiário é o dono do veículo que usufruiu do estacionamento.

De outro norte, assinala-se que o tipo de estacionamento aqui estudado refere-se ao aparentemente gratuito, ou seja, aquele que em nada onera o cliente consumidor.

Muito bem ensina Zaparoli (2013), quando conceitua de maneira singular o estacionamento gratuito, sustentando que é aquele estacionamento pelo qual nada se paga diretamente, não há entrega de *ticket* e geralmente não há segurança para proteção aos carros.

Cumprе dizer que a oferta aparentemente gratuita de estacionamento não exonera a responsabilidade civil dos proprietários de estabelecimento comercial pela ocorrência de danos à veículos dos clientes.

Assim, diante de todo o explanado, denota-se que é dever do estabelecimento zelar pelos veículos estacionados em seus domínios, mesmo que, posteriormente, tente se eximir do encargo, sob a alegação de que não possui segurança no local.

Isso porque o estacionamento aparentemente gratuito é ofertado aos clientes como forma de incrementar a atividade comercial. Essa gratuidade aparente, segundo Silva (2013), “[...] não é suficiente para subtrair a responsabilidade civil do estabelecimento”, pois a oferta é interessada, visa ao lucro da própria atividade comercial.

Para Cahali (1996, p. 236), a alegação do fornecedor acerca da gratuidade originada da cessão de uso do local de estacionamento em nada importa. Para o autor, o dever de vigilância está intimamente ligado à prestação de serviço ao cliente, exercido profissionalmente pelo dono do estabelecimento comercial.

Frisa-se que o fornecedor não é obrigado a fornecer estacionamento, mas, fazendo-o, incorre no dever de vigilância e, conseqüentemente, no dever de indenizar o dano decorrente de falhas na segurança, que tinha o dever de bem prestar.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “

Não importa que a parada seja gratuita, para afastar a responsabilidade da empresa recorrente, que mantém o estacionamento como elemento indispensável ao próprio comércio de sua atividade, daí a sua qualificação como estacionamento interessado. (BRASIL, 1991).

Conclui-se, portanto, que o estabelecimento comercial visa destaque perante a concorrência, o que lhe gera lucro em virtude do incremento nas vendas, fato este que justifica a gratuidade ofertada ao consumidor.

Por consequência dessa oferta, mesmo gratuita, o estabelecimento torna-se responsável por todo dano ocorrido nos automóveis de seus clientes que ficam guardados em seus estacionamentos enquanto usufruem de seus serviços ou adquirem seus produtos.

Sob a ótica do artigo 2º do CDC, nota-se com clareza que o cliente dos estabelecimentos que oferecem estacionamento é considerado consumidor, considerando-se que a sua intenção, na maior parte das vezes, não é apenas desfrutar do estacionamento e, sim, frequentar o próprio estabelecimento.

Importante, então, destacar o dever de vigilância do proprietário do estabelecimento pelos bens deixados no estacionamento por ele disponibilizado. O questionamento surge no momento em que se pensa na ausência de cobrança pela utilização do estacionamento, o que faz considerar a inexistência do contrato de depósito.

Entretanto, muito claro deixa Gonçalves (2011, p. 305) quando diz que:

Não é somente no contrato de depósito que existe o dever de guarda e vigilância. Tal dever pode ser assumido, mesmo tacitamente, em outras circunstâncias. Se não há contrato de depósito, pela falta de entrega das chaves do veículo ao empreendedor ou ao seu preposto, nem por isso deixará de existir o dever de guarda ou de vigilância quando houver todo um aparato destinado a atrair clientes em razão das facilidades de compras e de estacionamento seguro que lhes são acenados.

Estabelece a Súmula 130, de 29 de março de 1995, do Superior Tribunal de Justiça, que “[...] a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.” (BRASIL, 2014c).

Desta maneira, inicia-se o desenvolvimento e a compreensão do proprietário da empresa como depositário do bem deixado à sua guarda, no caso, o estacionamento do estabelecimento comercial.

No mesmo sentido, extrai-se do Informativo de Jurisprudência n. 534, de 26 de fevereiro de 2014:

Tratando-se de relação de consumo, incumbe ao fornecedor do serviço e do local do estacionamento o dever de proteger a pessoa e os bens do consumidor. A sociedade empresária que forneça serviço de estacionamento aos seus clientes deve responder por furtos, roubos ou latrocínios ocorridos no interior do seu estabelecimento; pois, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, assume-se o dever – implícito na relação contratual – de lealdade e segurança, como aplicação concreta do princípio da confiança. (BRASIL, 2014b).

Assim, além do dever implícito de proteção, o ato do empresário ao guardar o veículo do consumidor em seu estacionamento remete aos princípios da lealdade e da segurança, que demonstram a existência desse contrato de depósito.

Nos termos do Código Civil, em seus artigos 627 e seguintes:

Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.
Art. 628. O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade comercial ou se o depositário o praticar por profissão.

Parágrafo único. Se o depósito for oneroso e a retribuição do depositário não constar de lei, nem resultar de ajuste, será determinada pelos usos do lugar, e, na falta destes, por arbitramento.

Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscidos, quando o exija o depositante. (BRASIL, 2002).

Da análise dos dispositivos mencionados, consegue-se vislumbrar claramente o dono do veículo como sendo o depositante, e o dono do estabelecimento com estacionamento, como o depositário do bem.

Ainda, é regra estampada no Código Civil, em seu artigo 642, que “[...] o depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los” (BRASIL, 2002), o que reforça a responsabilidade objetiva do dono do estacionamento.

Vale dizer que o entendimento da caracterização do contrato de depósito tem prevalecido em várias Cortes de Justiça do País, a saber: AC 70062402466 (TJ-RS), AC 0014078-69.2009.8.05.0001 (TJ-BA), AC 6413832 PR 0641383-2 (TJ-PR) e AC 9187555-32.2008.8.26.0000 (TJ-SP).

Demonstrada fica, então, a importância da proteção do consumidor pela empresa que disponibiliza o estacionamento, em contrapartida aos benefícios indiretos oferecidos pelo próprio cliente.

4 A AFIXAÇÃO DE PLACAS DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Nesta seção, porque suficientemente tecidos todos os argumentos que envolvem os direitos que têm os consumidores à reparação dos atos lesivos contra eles praticados, bem como explanada toda a trajetória do instituto da responsabilidade civil no transcorrer do tempo, importa esclarecer a maior indagação do consumidor referente à validade das placas de isenção de responsabilidade afixadas pelos estabelecimentos.

Ao longo do presente trabalho, em sintonia com a doutrina e jurisprudência brasileiras, demonstrou-se que os estabelecimentos comerciais dispõem de estacionamentos a fim de captar clientela. Entretanto, esses mesmos estabelecimentos afixam placas, ou até mesmo distribuem bilhetes, com a informação de que são isentos da responsabilidade ante a ocorrência de danos aos veículos estacionados em seus ambientes (FARIAS, 2005, p. 69).

Ocorre que essa informação, conhecida como cláusula de não indenizar, fere frontalmente os direitos do consumidor, considerando que confronta o expressamente disposto na legislação brasileira. Isso porque, conforme dispõe o artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor, “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores,” (BRASIL, 1990).

A cláusula de não indenizar, por sua vez, pode ser conceituada como um ajuste, que tem por objetivo desviar as consequências habituais de uma situação, ou livrar o devedor do ônus da indenização (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 528).

Sustentam Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 119) que o motivo pelo qual o artigo citado existe tem relação direta com a hipossuficiência do consumidor, que “[...] aconselha a intervenção estatal no domínio da autonomia privada, para considerar abusiva a cláusula que beneficie a parte economicamente mais forte.”

No mesmo sentido, leciona Cavalieri Filho (2010, p. 531):

Com efeito, não está nas mãos dos contratantes convencionar que a imprudência não é imprudência, que a imperícia não é imperícia, ou que a negligência não é negligência. O devedor que nada arrisca, por ser negligente, será, normalmente, menos cuidadoso do que o que tem de arcar com os danos causados por sua culpa. Admitir a cláusula de não indenizar na responsabilidade delitual seria, pois, estimular a negligência, a imprudência, a imperícia ou, mesmo, o dolo, enfraquecendo o dever de cautela que a lei impõe na vida de relação, e nisso contraria o interesse de toda a sociedade.

Vale dizer, ainda, que essas disposições, mesmo que apenas atenuem a responsabilidade, são consideradas nulas de pleno direito, principalmente porque são introduzidas unilateralmente pelo fornecedor (NETTO, 2011, p. 305).

Sobre as cláusulas de não indenizar nas relações de consumo referentes aos estacionamentos, muito bem colocada a explicação de Maneschy (1994 apud Cavalieri Filho, 2010, p. 533):

[...] lícita não será aquela cláusula se ela implicar em desnaturar aquilo que constitui a obrigação principal do contrato e sem a qual ele não existe, uma vez que, se não há a obrigação de indenizar, não há também a de guardar. É evidente que

em se tratando de estacionamento, seja em estabelecimento aberto ao público, seja em garagem de edifício, a essência do dever assumido é a guarda, e se for admitido que se afaste a responsabilidade, que é o *haftung* do Direito Germânico, através de uma cláusula de não indenizar, estar-se-á afastando aquele dever, e, de consequência, mutilando e tornando nula a própria relação jurídica.

Afigurasse-nos indevida, em havendo obrigação de guarda, a aplicação da chamada cláusula de não indenizar para excluir aquela obrigação.

Destarte, nota-se cristalinamente a impossibilidade de o dono do estabelecimento eximir-se da obrigação de indenizar o cliente por dano ocorrido em seu veículo diante da simples afixação de placas de isenção.

Entretanto, em que pese a ilegalidade dessa prática, ela é corriqueira no comércio brasileiro. E a grande problemática não é a apenas a usualidade da afixação dessas placas pelos comerciantes, e, sim, o efeito que elas causam sobre os consumidores, os quais, na maior parte das vezes, não conhecem seus direitos.

Dessa forma, essa prática viola mais um dos princípios do direito do consumidor, o princípio da informação, o qual, vale lembrar, vem estampado no artigo 6º, inciso III, bem como o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

[...]

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (BRASIL, 1990).

Em breve análise aos dispositivos supracitados, relacionando-os com a situação aqui discutida, vê-se nitidamente que as placas de isenção de responsabi-

lidade têm o escopo de constranger e intimidar o consumidor ingênuo, demonstrando, assim, a contrariedade ao disposto na legislação brasileira.

Leciona Farias (2005, p. 81) que “[...] a falta de informações corretas para o consumidor viola o preceito ético contratual (dever de lealdade e de informação), decorrente da plasticidade da boa-fé objetiva.” Vale dizer que esta informação não se restringe apenas em esclarecer ao consumidor quais são seus deveres, mas também os seus direitos.

Ainda, Farias (2005, p. 75) frisa que:

A empresa fornecedora aproveita-se de sua posição privilegiada no contrato em detrimento do consumidor, atuando psicologicamente sobre a população em geral, transmitindo a ideia de que não se responsabilizará por danos causados em seus veículos na área de estacionamento.

A publicidade, atualmente, deixou de apenas informar o cidadão, passando a influenciar a sua vida, seus hábitos, suas escolhas e seu comportamento. Diz Almeida (2015) que a publicidade se trata “[...] de instrumento poderosíssimo de influência do consumidor nas relações do consumo, atuando nas fases de convencimento e de decisão de consumir.”

Dessa maneira, a empresa fornecedora utiliza a dúvida do consumidor hipossuficiente de informações, violando fortemente todo o sistema de defesa do consumidor.

Importa dizer, também, que permitir que se afastasse ou relativizasse a responsabilidade por intermédio de ajustes convencionais ou avisos fixados em paredes seria o mesmo que desprezar a natureza principal, no caso, a ordem pública, e as proteções conferidas ao consumidor (OLIVEIRA, 2011, p. 326).

Explica Denari (apud OLIVEIRA, 2011, p. 327, grifo nosso):

Nos termos do art. 25 não serão permitidas cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a obrigação de indenizar prevista no Código. As estipulações exonerativas são mais frequentes nas hipóteses de fornecimento de serviços. As empresas de guarda e estacionamento de veículos costumam advertir seus usuários de que não se responsabilizam pelos valores ou objetos deixados no interior dos respectivos

veículos. À semelhança, os hotéis também costumam advertir seus hóspedes de que não se responsabilizam por furtos de bens ou valores não confiados à direção do hotel, para fins de depósito. *Todas essas cláusulas exonerativas consideram-se não escritas e devem ser desconsideradas pelos respectivos usuários da prestação de serviços.*

Depreende-se dos ensinamentos de Denari que essas informações prestadas pelos estabelecimentos, então, devem ser consideradas não escritas, ou seja, devem ser ignoradas pelos consumidores. Ocorre que, conforme já brevemente mencionado, nem todos os consumidores sabem que devem desconsiderar o aviso dos estabelecimentos.

Dessa forma, é necessário discorrer sobre a postulação judicial a fim de reaver os prejuízos sofridos pela vítima do dano.

O direito a levar ao Judiciário as contendas consumeristas vem estampado no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, que determina que “[...] para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.” (BRASIL, 1990).

Por sua vez, o artigo 75 do Código Civil assegura que “[...] a todo direito corresponde uma ação que o assegura.” (BRASIL, 2002).

De maneira mais abrangente, pode-se citar o artigo 5º, inciso XXXV, que define que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito.” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, considerando que são admissíveis todas as espécies de ações capazes para tutelar seus direitos, necessário esclarecer as formas pelas quais o consumidor consegue atingir o seu objetivo: a reparação pelos danos que lhe foram causados.

As ações disponíveis pela legislação brasileira são inúmeras, mas a cabível nos casos em comento é a ação indenizatória. Com efeito, o consumidor deve postular pela reparação de seus danos por meio da ação de indenização, a fim de reaver os danos materiais e morais sofridos pelos danos ocorridos em seu veículo.

Relembrando o conceito básico de indenização, Diniz (1998 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 346) ensina que se trata de:

1. Ato ou efeito de indenizar.
2. Reembolso de despesa feita.
3. Recompensa por serviço prestado.
4. Reparação pecuniária de danos morais ou patrimoniais causado ao lesado; equivalente pecuniário do dever de ressarcir o prejuízo.
5. Vantagem pecuniária que se dá ao servidor público sob a forma de ajuda de custo, diária ou transporte (Othon Sidou).
6. Ressarcimento de dano oriundo de acidente de trabalho ou de rescisão unilateral do contrato trabalhista sem justa causa.

O Código Civil Brasileiro, por sua vez, dita que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, conforme o artigo 944, facultando ao juiz, ainda, a diminuição equitativa da indenização de acordo com a gravidade da culpa e do dano (parágrafo único do mesmo artigo).

Por conseguinte, deve-se entender a indenização como a reintegração do patrimônio da vítima, pelo causador do dano.

A conversão da indenização em pecúnia – dinheiro – é a forma mais habitual de cobrança pela vítima, principalmente porque o patrimônio do devedor é a garantia de seus credores, conforme apresentam os artigos 942 e 947 do Código Civil, a saber:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

[...]

Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente. (BRASIL, 2002).

Vale dizer, também, que é perfeitamente possível a cumulação dos danos materiais e dos danos morais no mesmo procedimento, desde que oriundos do mesmo fato, conforme ditou a Súmula n. 37 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, esclarecem Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 372) que a legitimação para ingressar com as ações indenizatórias pertence ao lesionado pelo

ato, mas que esse direito também pode ser transmitido aos herdeiros, conforme o artigo 943 do Código Civil, que afirma: “O direito de exigir reparação e obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.” (BRASIL, 2002).

Do outro lado, a parte passiva nas ações de indenização é o agente causador do dano, mormente porque foi o responsável pelo abalo patrimonial e psicológico do lesionado.

Enfim, na hipótese de a vítima não atingir o seu objetivo – a reparação do dano – pela via extrajudicial, é perfeitamente possível que venha a ajuizar ação judicial de indenização por danos materiais e morais, a fim de ver tutelado o seu bem jurídico pelo Estado.

5 CONCLUSÃO

Pretendeu-se, com este trabalho, apresentar os pressupostos teóricos da responsabilidade civil, que foram abordados no primeiro capítulo, trazendo à baila todo seu conceito histórico e sua evolução no decorrer do tempo.

Na segunda seção, abordou-se o Código de Defesa do Consumidor, desde seus princípios até a sua aplicação, com o objetivo de entender as relações de consumo existentes entre as partes. Ainda, discutiu-se sobre a oferta do estacionamento aos clientes como um serviço diferencial ao consumidor, bem como discorreu-se sobre os tipos de estacionamento disponibilizados pelos estabelecimentos comerciais e sobre a relação de responsabilidade do proprietário dos estabelecimentos e do contrato de depósito.

Por fim, na derradeira seção, buscou-se discutir a nulidade das cláusulas de isenção de responsabilidade, bem como o desconhecimento, pelo consumidor, quanto aos seus direitos.

Assim, em vista de todo o estudado no presente trabalho, pode-se concluir que é pacífico na jurisprudência, doutrina e legislação brasileiras que a vítima de danos ocorridos em seu veículo, este de qualquer espécie, enquanto esteve-

rem estacionados em parqueamentos pertencentes a estabelecimentos comerciais, deve ser indenizada pelos prejuízos materiais e morais sofridos.

Ademais, percebeu-se que os estabelecimentos comerciais buscam ludibriar e intimidar seus clientes com a afixação de placas de isenção de responsabilidade. Entretanto, notou-se, no decorrer desta pesquisa, que essas placas são consideradas nulas de pleno direito e, inclusive, devem ser tidas como não lidas pela população.

Derradeiramente, pode-se afirmar que é perfeitamente possível que a vítima venha a socorrer-se pelo Estado, por intermédio do ajuizamento de ações indenizatórias, a fim de alcançar o direito à restituição, pela empresa, do prejuízo sofrido em relação aos danos causados em seu automóvel.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2011.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. 41. ed. Brasília: Câmara, 2014a. (Série textos básicos).

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 18 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência n. 534*, 2014b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1323586. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em: 03 mar. 2015. *JusBrasil*, Brasília, DF, 11 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 7.134. Relator: Min. Dias Trindade. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 13 mar. 1991. *JusBrasil*, Brasília, DF, 08 abr. 1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 130. A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, 15 maio 2014c. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0130.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Responsabilidade civil dos shopping centers por danos causados em seus estacionamentos: um brado contra a indevida informação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 69-84, mar. 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 6. ed. 2. reimpr. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.003394-1. Apelante: Comercial de Alimentos Cris-line Ltda. Apelado: José Roberto Branger. Relator: Trindade dos Santos. *JusBrasil*, Santa Catarina, 12 set. 2012. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23817863/apelacao-civel-ac-20120033941-sc-20120033941-acordao-tjsc>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: Fontes contratuais das Obrigações – Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de defesa do consumidor*: anotado e comentado: doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Altas, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Emanuel Maciel da. A aplicação do cdc em caso de furtos e danos a veículos em estacionamentos “gratuitos”. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 16, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14004&revista_caderno=10>. Acesso em: 15 abr. 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor*: direito material e processual. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2013.

ZAPAROLI, Rodrigo Alves. Responsabilidade do estabelecimento comercial pela guarda de veículo deixado em seu estacionamento. *DireitoNet*, 06 maio 2013. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7957/Responsabilidade-do-estabelecimento-comercial-pela-guarda-de-veiculo-deixado-em-seu-estacionamento#>>. Acesso: 19 mai. 2015.

A PENHORA DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS) PARA QUITAR DÉBITOS DE PENSÃO ALIMENTÍCIA: CONFLITO DE PRINCÍPIOS

Gustavo Martinelli Agripino*
Jéssica Romeiro Mota**

Resumo: No presente artigo se discorre sobre a possibilidade de penhorar o saldo existente em contas privativas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para quitar débitos de pensão alimentícia, fazendo-se análise e comparação entre os princípios, bem como o conflito entre eles, para o trabalhador em permanecer com o valor, em detrimento ao postulante/exequente desses alimentos, eis que necessitado. Para que seja possível estabelecer a preferência do direito do alimentante sobre o do alimentando, no que se refere ao recebimento de pensão alimentícia, deve-se considerar uma série de princípios constitucionais que visam, principalmente, proporcionar uma vida digna a todos os indivíduos. Para isso, a lei cria mecanismos para satisfação do débito alimentar, uma vez caindo o devedor em inadimplência. Por meio da ação de execução de alimentos, uma vez mostrando insuficientes os bens do devedor para saldar a dívida, considera-se a hipótese de penhorar o saldo existente em contas vinculadas ao FGTS, mesmo que a legislação específica o considere como impenhorável. Tal entendimento, construído pela jurisprudência, primazia a natureza alimentar da verba ante a prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Assim, uma vez caracterizada a necessidade de quem os pleiteia e a possibilidade de quem os presta, é possível o deferimento da penhora do FGTS, em detrimento aos direitos do trabalhador e de seu dependente, sendo sopesado os deste último.

Palavras-chave: Alimentos. Pensão alimentícia. Princípios. Penhora. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

* Graduando do Curso de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; gustavogtoma@hotmail.com

** Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina; Especialista em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; jessica.mota@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Toda pessoa, desde que nasce, possui necessidades indispensáveis ao seu sustento e a sua vida com dignidade. No período inicial de sua vida e em outros momentos em que não consiga prover essa condição digna, depende de alguém que o faça. Chamamos de Alimentos as prestações para a satisfação dessas demandas vitais.

Pretendeu-se, com esse trabalho, estudar os aspetos afetos a esse importante instituto, que são os Alimentos, especificamente, no que se refere à pensão alimentícia e suas nuances a respeito de arbitragem, fixação, formas de execução e conflito de princípios, uma vez que abrange direitos atinentes tanto do exequente quanto do executado (beneficiário e devedor da prestação alimentícia).

Ainda, intencionou-se verificar o atual entendimento dos Tribunais Superiores quanto à procedência e deferimento do pedido e penhora sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para satisfazer débitos de relativos à pensão alimentícia, inobstante, o fato de a Lei n. 8.036/90 (Lei do FGTS) não elencar entre as possibilidades de seu saque o pagamento de pensão alimentícia.

Sendo os recursos do FGTS considerados impenhoráveis, nasce, então, o conflito de princípios entre a manutenção do numerário do FGTS ao trabalhador, bem como quanto ao direito de seu filho ou dependente (seja qual beneficiário for) em recebê-lo.

O artigo foi dividido em três seções; na primeira se abordam os Alimentos, da forma como são divididos e seu conceito perante a legislação e a doutrina. Ainda, será apresentado como ocorre sua fixação e, ocorrendo seu inadimplemento, os meios de execução e as formas. Na segunda se realiza um enfoque sobre o FGTS, conceituando-o e explanando sua natureza jurídica, teorias doutrinárias, hipóteses de movimentação da conta do referido numerário, além de seu prazo prescricional. Na terceira, são apresentados e analisados os princípios referentes ao tema, regidos estes pela Constituição Federal de 1988 como formas de garantir o direito do cidadão por meio de sua aplicação direta dentro do campo do direito.

Por fim, e não menos importante, na quarta seção se aborda sobre a penhora do FGTS para quitar débitos de pensão alimentícia, fazendo um comparativo entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, colacionando diversas e atuais jurisprudências acerca do tema.

Assim, por meio das decisões dos tribunais, o estudo pretendeu demonstrar se a aplicação e/ou aplicabilidade dos princípios constitucionais podem garantir a (im)possibilidade de penhora do FGTS para fins de pagamento de pensão alimentícia, determinando, em casos específicos, que direito deverá prevalecer (se do exequente ou do executado).

2 DOS ALIMENTOS

Existe uma forte relação entre o direito de família e o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que se submetem àquilo que é necessário para a sobrevivência e sustento tanto dos pais quanto deles para com os filhos, tanto pelo vínculo consanguíneo quanto por união pela afinidade ou adoção.

Nesse diapasão, nasce a importância dos alimentos, fundando-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família.

Para Gomes (2002), Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Têm por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência.

O vocábulo Alimentos tem, todavia, conotação muito ampla, pois não se limita ao necessário para o sustento de uma pessoa. Nele se compreende não somente a obrigação de prestá-los, como também o conteúdo da obrigação a ser prestada (GONÇALVES, 2007, p. 449).

Com o advento do Código Civil de 2002, precisamente em seu art. 1.694, § 2º, (*verbis*) foi introduzido ao lado dos alimentos necessários o conceito de alimentos indispensáveis ou naturais, dispondo que, se a situação de necessidade resultar da culpa de quem os pleiteia, este perceberá apenas o necessário

à sua sobrevivência, não considerando o *status* social do credor nem as possibilidades do prestador.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. (BRASIL, 2002).

Ainda, o Código Civil dispõe que os alimentos são devidos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover pelo seu trabalho a própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento (art. 1.695).

Quanto ao momento da concessão, Venosa (2007, p. 377) ensina que: “[...] quanto ao tempo em que são concedidos, os alimentos podem ser futuros ou pretéritos. Futuros são aqueles a serem pagos após a propositura da ação; pretéritos, os que antecedem a ação.”

Complementando a referida concepção, Gonçalves (2007, p. 455) impõe o momento atual de concessão, explicando que: “São pretéritos quando o pedido retroage a período anterior ao ajuizamento da ação; atuais, os postulados a partir do ajuizamento; e futuros, os alimentos devidos somente a partir da sentença.”

A Constituição Federal de 1988 traz disposta, em seu art. 227, expressamente, a obrigação da família de garantir à criança e ao adolescente de forma efetiva o direito à vida, ao lazer, à saúde, à alimentação, à educação (BRASIL, 1988).

É importante ressaltar que a obrigação de prestar alimentos, inscrita no art. 1.696 do Código Civil é, segundo o § 1º, do art. 1.694 do mesmo diploma legal, proporcional às possibilidades de quem deve prestá-los e às necessidades de quem os pleiteia (BRASIL, 2002).

Na linha reta, a obrigação recairá primeiro aos ascendentes. Não podendo estes, segue para os pais e, em sua impossibilidade, aos avós. Na falta de ascendentes a obrigação recai nos descendentes, quais sejam: os filhos e netos, uns na falta ou impossibilidade dos outros. Na linha colateral, de acordo com a previsão do art. 1.697, do Código Civil: “[...] Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais, serão chamados os irmãos, mas, somente na ausência ou impossibilidade dos parentes em linha reta.” (BRASIL, 2002).

O Estatuto da Criança e do Adolescente expressa a obrigação dos pais referente não somente ao sustento dos filhos, mas também à guarda, à educação, ao acesso à cultura, à profissionalização, ao lazer e é claro, à dignidade e ao respeito, consoante o disposto no art. 22 do referido diploma legal, *in verbis*: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” (BRASIL, 1990).

Além de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda assegura que:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

Utiliza-se a expressão pensão alimentícia para fazer menção à soma em dinheiro destinada ao provimento dos alimentos.

Porquanto, mesmo à falta de uma fórmula próxima da exatidão destinada à fixação da verba alimentar, não se deve fixá-la em quantia irrisória, inadequada ao suprimento das necessidades essenciais do alimentando, tampouco em valor excessivo, apto a transtornar as finanças do alimentante.

A partir de então, buscando sempre suprir e auxiliar no desenvolvimento do alimentando, passa a ser observado o binômio necessidade/possibilidade, eis que, nesse sentido, afirma Cahali (2002, p. 526):

[...] A necessidade de alimentos presume-se em favor dos filhos menores, competindo ao obrigado a prestá-los provar que deles os mesmos não carecem.

[...] O pai, ainda que pobre, não se isenta, por esse motivo, da obrigação de prestar alimentos ao filho menor; do pouco que ganhar, alguma coisa deverá dar ao filho; a alegada impossibilidade material não pode constituir motivo de isenção do dever do pai de contribuir para a manutenção do filho; [...]

Não discordando de seu entendimento, aduz Diniz (2004, p. 1.258):

Imprescindível será que haja proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico-financeiros do alimentante, sendo que a equação desses dois fatores deverá ser feita, em cada caso concreto, levando-se em conta que a pensão alimentícia será concedida sempre ad necessitem.

Então, para que se determine o *quantum* a ser fixado, há de se ter em conta as condições sociais da pessoa que tem direito aos alimentos, a sua idade, saúde e outras circunstâncias particulares de tempo e de lugar, que influenciam na própria medida; mas também a observância da capacidade financeira do alimentante, para que não haja desfalque do necessário ao seu próprio sustento.

Acerca da fixação e do binômio, Gonçalves (2008, p. 478-479) explica que:

A pensão alimentícia será limitada ao indispensável à subsistência do parente maior e capaz que, por exemplo, dá causa à sua necessidade ao, por descuido ou irresponsabilidade, dilapidar patrimônio, comportando-se como pródigo, ou encontra dificuldade para sua inclusão no mercado de trabalho por temperamento irascível.

Os requisitos da necessidade e proporcionalidade são também exigidos no parágrafo 1º do art. 1.694, ao mencionar que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, impedindo que se leve em conta somente um desses fatores. Não deve o juiz, pois, fixar pensões de valor exagerado, nem

por demais reduzido, devendo estimá-lo com prudente arbítrio, sopesando os dois vetores a serem analisados na busca do equilíbrio entre eles.

A dívida alimentar em nosso ordenamento possui um tratamento especial. Assim, o legislador, em diversos diplomas, tem dado esse tratamento, justamente pela natureza a qual se reveste os alimentos, de característica humana.

Uma vez ocorrendo o seu inadimplemento, não gerará simplesmente uma diminuição patrimonial, mas um risco à própria sobrevivência do alimentando. Para isso, exigem-se formas de execução mais eficazes, as quais permitam que a sua realização ocorra de maneira mais rápida. Assim, o sistema processual favoreceu o credor de alimentos de outros mecanismos capazes de satisfazer o crédito de formas mais ágeis do que aquelas disponíveis para os créditos de outra natureza (RIZZARDO, 2008, p. 722).

Nesse contexto, afirma Theodoro Júnior (2006, p. 370):

A execução de sentença condenatória de prestação alimentícia é uma execução por quantia certa, subordinada, em princípio, ao mesmo procedimento das demais dívidas de dinheiro (art. 732, caput). Dada a relevância do crédito por alimentos e as particularidades das prestações a ele relativas, o Código acrescenta ao procedimento comum algumas medidas tendentes a tornar mais pronta a execução e a atender certos requisitos da obrigação alimentícia.

Para garantir o fiel cumprimento da obrigação alimentar, estabelece a lei diversas providências, as quais serão expostas a seguir.

A execução de alimentos possui seus próprios princípios, da mesma forma que ocorre com os recursos ou com as tutelas de urgência. Desse modo, os princípios da execução são divididos em princípio da autonomia, pelo qual se entende que a execução é autônoma em relação à função de conhecimento e à função cautelar. Embora os títulos executivos judiciais, na maioria dos casos, sejam executados no mesmo processo, por meio da fase de cumprimento de sentença, ainda assim é possível se verificar a distinção entre a fase de conhecimento e a de execução (ASSIS, 2010, p. 107-109).

Observa-se que o inadimplemento da prestação alimentar ocasiona risco à própria sobrevivência do alimentando. O credor de alimentos poderá satisfazer o seu crédito por meio de três modalidades: a expropriação dos bens do devedor (art. 732 que remete ao art. 646 e seguintes, todos do Código de Processo Civil), o desconto em folha de pagamento (art. 734 do Código de Processo Civil) e a prisão civil (art. 733 do Código de Processo Civil) (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 558-559).

Assis (2000, p. 421) comenta a respeito, que “[...] três mecanismos tutelam a obrigação alimentar: o desconto em folha de pagamento (art. 734), a expropriação genérica (art. 646) e a coerção (art. 733).”

As ações de execução de alimentos seguem dois ritos, pelo art. 732 do Código de Processo Civil quando se trata de prestações alimentícias vencidas há mais de três meses, e ressalta-se, ainda, que esse rito possibilita a penhora de bens do devedor para que haja o saldo da dívida; e pelo art. 733, também do Código de Processo Civil, quando mais eficaz, justamente pela possibilidade do cerceamento da liberdade do devedor.

No entanto, seguindo a ação de execução pelo rito do art. 733, o mesmo não ocorre para as parcelas que compreendem períodos que não estão englobados pela Súmula n. 309 do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, anteriores às três últimas prestações devidas, que deve seguir o rito do art. 732 do Código de Processo Civil.

Senão vejamos: Súmula n. 309, do Superior Tribunal de Justiça: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo.” (BRASIL, 2006).

O art. 732 do aludido diploma dispõe que: “[...] a execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título.”

O desconto em folha de pagamento trata-se, na verdade, de uma penhora sobre o salário que se mostra como uma exceção à regra da impenhorabilidade de salários. Enquadra-se nessa exceção pelo fato de ser feita por um

terceiro, nesse caso, o empregador, que é o responsável por separar o valor do salário de seu empregado correspondente à pensão alimentícia e entregá-lo ao responsável pelo alimentando. Outro aspecto que confere a diferenciação dessa sistemática é o fato de ela ser sucessiva. Observa-se uma grande vantagem do desconto em folha de pagamento, pois isso impõe punições àquele que não cumprir a ordem de descontar ou quando forem omitidas informações, ou seja, punições sobre o empregador que é obrigado a cumprir seu dever (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 560-561).

Em razão do caráter de continuidade dessa modalidade de obrigação, que acontece com ordem judicial a terceiro para que realize o desconto da prestação de alimentos devida pelo alimentante, tal meio executório depende de o devedor se enquadrar em uma das categorias descritas no art. 734, do Código de Processo Civil. O uso da técnica executiva do desconto em folha de pagamento se distingue das demais técnicas executivas existentes, pois dispensa o inadimplemento, e esse é um requisito essencial para qualquer execução, sendo o desconto em folha uma exceção a essa regra (MACHADO, 2007, p. 1266).

A teor do art. 732, do Código de Processo Civil, a execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV do Livro II, que trata do Processo de Execução, especificamente, da execução de quantia certa contra devedor solvente – da penhora, avaliação e da expropriação de bens.

O ato de expropriar, no sentido técnico-processual, significa a atividade do Estado pela qual se opera a alienação forçada da propriedade plena dos bens do executado a fim de transformar em dinheiro para satisfazer o crédito exequendo. A expropriação não possui natureza contratual, eis que a alienação independe da vontade do proprietário-devedor, mas, sim, de forma exclusiva, da vontade do Estado de dar efetivação concreta aos direitos reconhecidos em títulos executivos (MACHADO, 2007, p. 1156).

Theodoro Júnior (2009, p. 331) conceitua:

Expropriar é o mesmo que desapropriar e consiste no ato de autoridade pública por meio do qual se retira da propriedade ou posse de alguém o bem necessário ou útil a uma função desempenhada em nome do interesse público. De ordinário, a desapropriação transfere o bem do domínio privado para o domínio público do próprio órgão expropriante. No processo executivo, a expropriação dá-se por via da alienação forçada do bem que se seleciona no patrimônio do devedor para servir de instrumento à satisfação do crédito exequendo.

Em que pese a Carga Magna de 1988, em seu art. 5º, LXVII, dispor que “[...] não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988), em 2002, houve uma polêmica discussão sobre a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, por conta da recepção, no Brasil, do Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos.

Contudo, mesmo com a adoção do respectivo Pacto, não fora alterada a possibilidade da prisão civil para o inadimplente de crédito alimentar, já que em seu art. 7º, § 7º, suprimiu-se a expressão “depositário infiel” do proibitivo da prisão civil, mantendo, expressamente, a possibilidade para dívida alimentar (Decreto n. 678/2002).

No que se refere à ação de execução de alimentos pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil, determina o procedimento de que deve se revestir a execução para que haja a possibilidade de decretação da prisão civil do devedor de alimentos; esse procedimento também é complementado pela Súmula n. 309, anteriormente citada (BRASIL, 2006).

Justifica-se a necessidade da adoção de tal medida pela urgência no cumprimento da prestação alimentar. Sendo, ademais, os alimentos representativos de garantia de sobrevivência digna, disso a necessidade do meio coercitivo para buscar o adimplemento.

O art. 19 da Lei n. 5.478/2005 (Lei de Alimentos), por seu turno, assim dispõe:

Art. 19. O juiz, para instrução da causa, ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências

necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.

§ 1º O cumprimento integral da pena de prisão não eximirá o devedor do pagamento das prestações alimentícias, vincendas ou vencidas e não pagas.

§ 2º Da decisão que decretar a prisão do devedor, caberá agravo de instrumento.

§ 3º A interposição do agravo não suspende a execução da ordem de prisão. (BRASIL, 2005).

Destarte, nem todo e qualquer débito alimentar autoriza a prisão civil do devedor. É necessário que as parcelas devidas estejam compreendidas entre as três anteriores à data em que será ajuizada a ação, ou seja, pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil.

Ademais, pela redação do *caput* do art. 733 e de seu parágrafo primeiro, para que o devedor seja tolhido de sua liberdade, deverá deixar transcorrer o prazo de 3 (três) dias para efetuar o pagamento de todo o débito em questão na ação ou justificar a sua impossibilidade em fazê-lo, *in albis*.

Desse modo, a prisão civil por dívida decorrente de inadimplência no pagamento de pensão alimentícia pelo devedor foi concebida como uma forma de coerção. De certa forma, o tema gera polêmica, pois é uma técnica drástica dentro dos meios de execução. É necessário que o responsável pelo adimplemento da pensão alimentícia já esteja inadimplente, assim, a decretação da prisão civil será dada pelo juiz do cível, a requerimento do credor, ou de ofício (MIRANDA, 2002, p. 365-366).

Para que, então, ela possa ser exigível, deve possuir as características de certeza, liquidez e exigibilidade, tornando-se sempre uma execução de quantia certa contra devedor solvente (arts. 580 e 586, ambos do Código de Processo Civil).

3 FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS)

Com o intuito de substituir a estabilidade decenal (empregado que deveria ficar 10 anos na empresa para ter estabilidade), prevista no art. 4º da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, que se encontra revogado atualmente,

a título de contribuição social, bem como de investimentos em relação a financiamentos – créditos para os bancos, em que investem principalmente em financiamentos, empréstimos para construção de casas, instituiu-se o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). O FGTS é um valor descontado e depositado mensalmente no banco, no importe de 8% (oito por cento) da remuneração paga pelo empregador ao empregado, mais 0,5% (zero vírgula cinco por cento) a título de contribuição social.

Sobre tal base de cálculo, Delgado (2002, p. 1245-1246) discorre:

O parâmetro de cômputo do FGTS corresponde a 8% do complexo salarial mensal do obreiro, a par da média de gorjetas habitualmente recebidas, se houver. A parcela incide também sobre o período contratual resultante da projeção do aviso prévio, respeitada a base de cálculo referida (Enunciado n. 305, TST). Incide, ademais, a verba sobre o 13º salário.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada.

Para Martins (2008), trata-se de um depósito bancário destinado a formar uma poupança para o trabalhador, que poderá ser sacada nas hipóteses previstas em lei, em especial, quando o trabalhador é dispensado sem justa causa.

Segundo Nascimento (2009, p. 1117):

Denomina-se Fundo de Garantia do Tempo de Serviço um sistema de depósitos efetuados pelo empregador em conta bancária do empregado, sob a gestão da Caixa Econômica Federal, e com um Conselho Curador, para utilização pelo trabalhador em hipóteses previstas na lei. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço visa proporcionar recursos que, administrados pela Caixa Econômica Federal (CEF), são investidos num plano de construção de habitações populares.

No mesmo sentido, complementa Delgado (2002, p. 1243):

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada.

De acordo com o art. 7º da Constituição Federal de 1988: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] III - fundo de garantia do tempo de serviço [...]” (BRASIL, 1998).

Sob a égide da legislação vigente, Nascimento (2013, p. 686) entende que ainda não se tem um entendimento unânime sobre sua natureza jurídica, encontrando-se inúmeras teorias. São elas:

- a) Teoria do Tributo – afirma que a natureza jurídica da alíquota que é descontada mensalmente terá natureza tributária, por essa razão, daria uma natureza parafiscal;
- b) Sustentada por Eduardo Gabriel Saad, Teoria da Contribuição Previdenciária – os depósitos bancários têm mais natureza previdenciária do que indenizatória, considerando-se que a fiscalização do recolhimento é feita pelos fiscais do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Previdência Social);
- c) Teoria da Indenização – o objetivo do INSS é de indenizar o empregado que é despedido, que tem seu contrato rescindido, então, teria uma natureza de indenização e porque veio a radicar a estabilidade decenal. Então, quer dizer que se pode retirar esse dinheiro não somente quando é despedido, mas em hipóteses de doenças complexas, bem como para quitar financiamentos de casa própria; teoria essa que caberia somente nos casos de rescisão contratual;

- d) Salário diferido – defendida por Arnaldo Socequi – seria um segundo salário mensal, depositado para utilização futura;
- e) Teoria da Obrigação Dualista – as contribuições mensais têm natureza fiscal, e o depósito levantado quando da dispensa tem natureza salarial.

A atual Constituição Federal declara a família como base da sociedade, sendo dever do Estado prover proteção especial aos seus entes, mediante assistência integral à saúde, à alimentação, à dignidade, à educação, entre outras (art. 226 e seguintes) (BRASIL, 1988).

Aliada a isso, a dignidade da pessoa humana – princípio fundamental do ordenamento jurídico – exige o atendimento de condições materiais mínimas de subsistência ao ser humano, asseguradas, entre outras, nos direitos sociais, nos quais se insere o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS (art. 7º, III, da Constituição Federal).

Sobretudo, citado instituto, o qual possui natureza alimentar e substitutivo da estabilidade no emprego, visa, principalmente, a manutenção do trabalhador e de sua família em determinadas hipóteses e circunstâncias, por meio da formação compulsória de uma reserva de poupança (art. 18, § 1º, Lei n. 8.036/90).

As hipóteses de saque e movimentação da conta vinculada ao FGTS estão previstas em um rol não taxativo, no art. 20 da Lei n. 8.036/90:

Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior;

II - extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado;

III - aposentadoria concedida pela Previdência Social;

IV - falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento;

V - pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) [...]

VI - liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 (dois) anos para cada movimentação;

VII - pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído, [...]

VIII - quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta;

IX - extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974;

X - suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional.

XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna.

XII - aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, permitida a utilização máxima de 50 % (cinquenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção;

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV;

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento;

XV - quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos;

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento [...]

XVII - integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea *i* do inciso XIII do art. 5º desta Lei, permitida a utilização máxima de 30% (trinta por cento) do

saldo existente e disponível na data em que exercer a opção. (BRASIL, 1990).

Acerca de acordo fictício para encerramento do contrato de trabalho, Barros (2011, p. 802) dispõe:

Não é raro depararmos com rescisão contratual fictícia operada com o fim exclusivo de recebimento do FGTS e/ou do Seguro-Desemprego. O ato traduz dolo praticado por ambas as partes, que não poderão alegá-lo para anular o negócio ou reclamar indenização (art. 150 do Código Civil de 2002). Nesse sentido têm decidido os Tribunais.

Assim, demonstrada a imperiosa necessidade do trabalhador em utilizar o montante depositado em sua conta vinculada, nada mais justo do que a liberação de seus depósitos. Dessa forma, na carência de recursos para o trabalhador prover a sua e manutenção de sua família, configurando a necessidade premente, a inteligência doutrinária e jurisprudencial, especialmente, norteadas na prevalência dos direitos fundamentais, observando o princípio da dignidade da pessoa humana, na proteção da família, no uso da propriedade nos limites da sua função social, tem admitido a movimentação pelo trabalhador, contrastando, destarte, com uma interpretação literal da legislação específica (Lei n. 8.036/90) (BRASIL, 1990).

Importa abordar os princípios jurídicos vigentes no nosso ordenamento para, ao final, buscar entender se é possível autorizar judicialmente a utilização dos valores de FGTS do trabalhador para honrar dívidas de natureza alimentícia e se há conflito de princípios inerentes a essa possibilidade, o que é feito na próxima seção.

4 DOS PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O Texto Constitucional, com força no artigo 5º, trata dos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente dos direitos e deveres individuais e coletivos. Referindo-se de forma expressa, também consagra as garantias fundamentais.

Nos termos dos ensinamentos de Sarlet (2009, p. 94):

[...] verifica-se que os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios, conforme denominação expressamente outorgada pelo art. 5º, § 2º, da CF, em especial, porém não só nele, são disposições jurídicas material e formalmente fundamentais fora do catálogo (Título II), diretamente deduzidas do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, considerados como tais aqueles previstos no Título I (arts. 1º ao 4º), de nossa Carta, exegese que se impõe até mesmo em homenagem à especial dignidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional [...]

Para Gomes (2009), direito fundamental é uma norma de conteúdo declaratório, portanto, são normas que declaram a existência de um interesse, de uma vantagem, como, por exemplo, o direito à vida, à propriedade. Por outro lado, a garantia é uma norma de conteúdo assecuratório, que serve para assegurar o direito declarado.

No *caput* do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*, percebe-se que o uso da expressão inicial “todos” é um símbolo de universalidade, uma das características dos Direitos e Garantias Fundamentais, porque são imprescindíveis a todos. 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, [...]” (BRASIL, 1988).

O artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que os princípios fundamentais estão ligados à declaração da existência de um interesse. Buscam meios adequados para assegurar esse conteúdo, eis que se tratam da principal estrutura e noções que dão a razão da existência e manutenção do Estado brasileiro, sendo eles: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Sobre a definição e importância jurídica dos princípios, ensina Oliveira (2010, p. 11):

Os princípios são verdades jurídicas universais, e, assim sendo, são consideradas normas primárias, pois são o fundamento da ordem jurídica, enquanto que as normas que dele

derivam possuem caráter secundário. Ainda, os princípios são normas que, por possuírem alto grau de generalidade se diferem das regras, que também são normas, mas não têm nível elevado de generalidade.

Para Alexy (2012), princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; mandamentos de otimização (incluindo permissões e restrições), que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Os princípios são definidos como enunciados normativos de valor genérico e, como exposto por Reale (2002), “[...] sua função é orientar a compreensão do ordenamento jurídico, auxiliar sua aplicação e integração e mesmo elaborar novas normas.” Para ele, um princípio não é mero dispositivo subsidiário do ordenamento, mas fonte e elemento integrador deste.

Os princípios constitucionais, por serem classificados como normas fundamentais de conduta de um indivíduo mediante as leis que lhes são impostas, são trazidos na Constituição, pois está hierarquicamente acima de todos os outros ordenamentos jurídicos, em nível de legislação.

O critério utilizado para precisar os determinados princípios, a seguir, foi levando em considerando os interesses do exequente, bem como do executado, uma vez em se tratando daquele que necessita dos alimentos e daquele que possui o dever em prestá-los.

Primeiramente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, também assinada pelo Brasil, reconhece a dignidade da pessoa humana como inerente a todos indivíduos e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

A ligação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais deixa clara a qualidade de sua preexistência intrínseca a todo ser humano, portanto, devendo ser respeitada pela sociedade e pelo Estado.

Tornando mais específico o enfoque da pesquisa, direcionando para o aludido princípio, percebe-se a abrangência em seu significado, pois possui um conceito

muito amplo, tendo seu sentido criado e compreendido historicamente como valor, preexistência ao homem. Do latim, *dignitas*, significa virtude, honra, consideração, entendendo-se como a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida, honraria concedida a uma pessoa.

Conceituando esse princípio, explica Moraes (2011, p. 48):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. [...] O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Para Silva (2008, p. 105), “[...] a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”

Enfim, além desses, outros meios podem atuar na formação da dignidade, como a ordem econômica, que busca asseverar a todos a existência digna, a justiça social que será realizada mediante a ordem social, a educação e o desenvolvimento da pessoa que preparam esta para o exercício da cidadania, integralizando, assim, o conteúdo eficaz da dignidade da pessoa humana (SILVA, 2008, p. 153).

Busca-se, então, por meio desse princípio, os suprimentos basilares para uma vida digna, em que seu próprio nome já nos traz, a dignidade da pessoa humana, no sentido de que o sustento proporcionado pelos pais, bem como pelo

cônjuge ao outro após a separação, ou mesmo de alguém que dele necessite oferecido por quem pode dispor, de outorgar o necessário para a sua sobrevivência.

Sendo ele elevado a princípio constitucional, deve ser preservado e garantido no direito de família, que, em termos práticos, se traduz ao acesso à educação, à alimentação, à moradia, àquele hipossuficiente caracterizado.

Em relação aos alimentos, é de primordial sabença que o ser humano, desde o seu nascimento, precisa de amparo. Encontra-se a necessidade dos alimentos desde a concepção (VENOSA, 2007).

Garantindo, então, a dignidade dos entes, a família atual tem como base, inclusive, a solidariedade, consagrada no art. 3º, I e II, da Constituição Federal, no sentido de amparo recíproco entre seus membros.

No âmbito jurídico, é comum o emprego do termo proporcionalidade, no qual se determina que uma medida ou decisão seja dotada de atributos de igualdade, justiça, razão, bom senso, ou trazendo, como seu nome já diz, uma situação mais proporcional a todos possível.

Entende Bonavides (2006) que o princípio da proporcionalidade é, principalmente, aplicado na resolução de conflitos entre os outros princípios, quando por meio da ponderação se deve optar pela aplicação de um destes. No Brasil, esse princípio não aparece explicitamente na Constituição, porém se estende por intermédio dos outros.

Sua aplicação não deverá se valer de um esquecimento das normas jurídicas, mas, sim, de uma forma que elas sejam mais adequadas para a sociedade (BULLOS, 2008, p. 303), fazendo com que o julgador, no caso concreto, fuja da norma dogmática e pondere suas decisões, sendo pautadas sem o arbítrio e abuso de poder.

Lenza (2014, p. 175) dispõe que:

Trata-se de princípio extremamente importante, em especial na situação de colisão entre valores constitucionalizados. Como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de 3 importantes elementos: necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa; adequação: também chamado de pertinên-

cia ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.

Denota-se que sua aplicabilidade refere em relação ao binômio necessidade/possibilidade, de modo que busca equilibrar as condições de ambas as partes, seja do alimentando seja do alimentante, de forma proporcional, no sentido de fornecer o quanto pode e receber somente o quanto precisa.

Essa premissa também permite sua aplicação perante a coisa julgada em relação aos alimentos, pois a teor do art. 15, da Lei n. 5.478/68, “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados” (BRASIL, 1968), dando a previsibilidade de modificação, sempre considerando os parâmetros sociais.

No que se refere à tutela jurisdicional executiva, incidentes os princípios da efetividade, dignidade da pessoa humana e patrimonialidade, explica Bruschi (2006) que sua aplicação deve ser norteada, entre outros, pelos princípios do meio mais idôneo e de menor restrição possível.

Nesse sentido, está disposto o art. 620 do Código de Processo Civil, “[...] quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.” (BRASIL, 1973).

Ainda nos ensinamentos de Bruschi (2006), sendo preponderante o princípio da proporcionalidade, o rol preferencial do art. 655, do Código de Processo Civil, entende-se por relativo, sendo tal regra não absoluta, uma vez que se deve também considerar os interesses em prol do executado, sopesando os princípios da efetividade da execução e o da dignidade da pessoa humana.

Fazendo jus a esses princípios, aliado ao do contraditório e ampla defesa, o Código de Processo Civil estabelece formas de o executado oferecer resistência, ou seja, meios de defesa em processos de execução, por meio de embargos ou exceções de pré-executividade (art. 736 e seguintes).

Com a finalidade de nortear a composição de uma série de dispositivos legais em todos os seus âmbitos, o princípio da legalidade surge para se opor às formas opressivas, arbitrárias, criadas pelo Estado, passando, assim, a lei a ser soberana, o que acaba por cumprir um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988.

Sem essa junção, poderia haver um retrocesso, dos atos institucionais, e os atos complementares ditados pelo Governo são exemplos que a utilização da força sem a observância da legitimidade pode tornar a lei injusta (SILVA, 2008, p. 170).

Desse modo, cumpre destacar acerca o pretexto constitucional:

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:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Para Bastos (2002), tal princípio se aproxima mais de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam por uma outra vida que não seja a da lei.

Assim, com o preceito de criar obrigações para os indivíduos, pois são expressão da vontade geral, não foge da ideia de buscar a igualização das condições sociais, impondo a todos o regime da legalidade, vedando o poder arbitrário do Estado, bem como da criação de normas sem o devido processo legal.

O direito, que não deixa de ser um sistema, compõe-se de normas que, por sua vez, subdividem-se em princípios e regras, constituindo-se estas em espécies de normas que integram o sistema jurídico. Os valores sociais fundamentam o sistema, sendo por isso que o princípio é a materialização do valor.

Enfim, após tratar sobre os principais e necessários elementos, no que se refere aos alimentos, FGTS e princípios constitucionais norteadores, possível

e passível discorrer sobre a penhora do FGTS para quitar débitos oriundos de pensão alimentícia.

Como cedição, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) foi criado pelo Governo Federal como instrumento de amparo ao trabalhador em hipótese de eventual demissão involuntária, mediante abertura de conta vinculada ao contrato de trabalho. Por isso, o montante referente ao FGTS equipara-se, em termos de proteção, ao salário, cuja impenhorabilidade está prevista no art. 649, IV, do Código de Processo Civil.

Ademais, o art. 17 do Decreto n. 99.684/90, que consolida as normas regulamentares do FGTS, assim preceitua que “[...] as importâncias creditadas nas contas vinculadas em nome dos trabalhadores são impenhoráveis.”

Toda legislação vigente, então, tem-se firmado que não é possível a penhora de valores decorrentes do FGTS, uma vez considerado numerário impenhorável.

Assim já definido, suas hipóteses de movimentação da conta privativa não são taxativas em lei; o legislador abriu uma certa discricionariedade, pois não afiguraria razoável compreender que esse rol abrangesse todas as situações fáticas.

Em se tratando de alimentos, deverão ser eles devidos, em suas diversas formas, e diferentes modalidades de caracterização, considerando-se os parâmetros de necessidade/possibilidade, sempre observando o princípio da legalidade, ou seja, pedido previsto em lei, bem como da dignidade da pessoa humana, para a garantia de condições mínimas de vida e sustento, e da proporcionalidade, considerando uma razoabilidade, uma vez que caracteriza, assim, o seu requerimento.

A principal fundamentação, como será visto a seguir, é a prestação de alimentos, por envolver a própria subsistência dos dependentes do trabalhador. Inexistindo doutrina e legislação especial que disponha sobre o assunto, a teorização dar-se-á somente por meio de entendimento jurisprudencial, em especial, do Superior Tribunal de Justiça, o qual em grau de hierarquia de grau recursal, está acima dos demais Tribunais regionais e estaduais, em face de recursos especiais,

os quais são passíveis uma vez caracterizada a violação de lei federal, como dispõe o art. 105, III, “a”, da Constituição Federal:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL, 1988).

Tal entendimento foi criado a partir do julgamento de um processo de execução alimentícia, proveniente de uma ação de investigação de paternidade, o qual a genitora do filho menor de idade propôs contra o genitor para receber as pensões atrasadas (entre a data da investigação positiva da paternidade e o início dos pagamentos); após a penhora dos bens do executado, mostrou-se a insuficiência de quitar o saldo exequendo. Então, fora formulado o pedido de penhora dos valores do FGTS do executado, sendo esse pedido indeferido pelo juiz de primeira instância, entendimento esse confirmado pelo tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede de recurso de agravo de instrumento, sob a alegação de que o rol do art. 20 da Lei do FGTS seria taxativo, não prevendo, pois, o pagamento para aquele propósito. Interposto recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 108306), tendo a defesa alegado que as hipóteses do art. 20 da referida lei seriam exemplificativas, o Ministro Massami Uyeda considerou que o objetivo do FGTS é proteger o trabalhador de demissão sem justa causa e também na aposentadoria. Também prevê a proteção dos dependentes do trabalhador. Para ele, seria claro que as situações elencadas na Lei n. 8.036 têm caráter exemplificativo e não esgotariam as hipóteses para o levantamento do Fundo, pois não seria possível para a lei prever todas as necessidades e urgências do trabalhador. Seu fundamento foi unânime, reformando a decisão do juiz de primeiro grau:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE DÉBITO ALIMENTAR - PENHORA DE NUMERÁRIO

CONSTANTE NO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS) EM NOME DO TRABALHADOR/ALIMENTANTE - COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA SEGUNDA SEÇÃO - VERIFICAÇÃO - HIPÓTESES DE LEVANTAMENTO DO FGTS - ROL LEGAL EXEMPLIFICATIVO - PRECEDENTES - SUBSISTÊNCIA DO ALIMENTANDO - LEVANTAMENTO DO FGTS - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A questão jurídica consistente na admissão ou não de penhora de numerário constante do FGTS para quitação de débito, no caso, alimentar, por decorrer da relação jurídica originária afeta à competência desta Turma (obrigação alimentar), deve, de igual forma ser conhecida e julgada por qualquer dos órgãos fracionários da Segunda Seção desta Corte; II - Da análise das hipóteses previstas no artigo 20 da Lei n. 8.036/90, é possível aferir seu caráter exemplificativo, na medida em que não se afigura razoável compreender que o rol legal abarque todas as situações fáticas, com a mesma razão de ser, qual seja, a proteção do trabalhador e de seus dependentes em determinadas e urgentes circunstâncias da vida que demandem maior apoio financeiro; III - Irretorquível o entendimento de que a prestação dos alimentos, por envolver a própria subsistência dos dependentes do trabalhador, deve ser necessariamente atendida, ainda que, para tanto, proceda-se ao levantamento do FGTS do trabalhador; IV - Recurso Especial provido. (BRASIL, 2010).

Entendeu o Ministro, também, que o pagamento da pensão alimentar estaria de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, por envolver a própria subsistência dos dependentes do trabalhador, devendo ser, necessariamente, atendida, mesmo que, para tanto, penhore-se o Fundo de Garantia.

O ponto relevante do presente trabalho de conclusão é que, independentemente do rito de execução alimentícia adotado pelo juiz e escolhido pelo exequente, devido ao não pagamento do devedor, acarretará a penhora e, nesse caso, abre a possibilidade de penhora do FGTS do alimentante.

O Superior Tribunal de Justiça vem, de forma reiterada, decidindo sobre a penhora do FGTS para o pagamento de pensão alimentícia atrasada, notadamente sobre o argumento de que o rol do art. 20 da Lei n. 8.036/90 é exemplificativo, podendo ser ampliado diante de outras situações que revelem uma característica semelhante às que estão demonstradas no dispositivo.

Sobre esse dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça entende a fim de subsidiar a questão:

ADMINISTRATIVO - FGTS - LEVANTAMENTO DO SALDO - EMPREGADO COM TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO SUPERIOR A TRINTA E CINCO ANOS - SALDO DESTINADO EXCLUSIVAMENTE AO PAGAMENTO DE IMPORTÂNCIA EXIGIDA PARA FILIAÇÃO RETROATIVA AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DOS CONGRESSISTAS - LEI N.º 9.506/97 - POSSIBILIDADE. 1. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma. 2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. 3. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2013).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PENHORA DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. POSSIBILIDADE. 1. Não há que se falar em violação ao art. 535, II do CPC quando a matéria impugnada em embargos de declaração foi devidamente analisada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão do recorrente. 2. Este Tribunal preconiza a possibilidade de penhora de conta vinculada do FGTS e PIS em se tratando de ação de execução de alimentos, por envolver a própria subsistência do alimentado e a dignidade da pessoa humana. 3. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2014).

Um fator que é considerado nas decisões que autorizam a penhora do FGTS toca às possibilidades de liberação e levantamento do valor nas situações em que haja interesse social. Nesse sentido, é notória a existência de interesse social, até porque, nesses casos, estão envolvidos princípios que norteiam o nosso ordenamento quais serão asseverados *a posteriori*, e que, no caso da execução de alimentos, é notório o caráter social, pois envolve interesse fundamental da pessoa humana.

Assim, o devedor poderá ter a pensão alimentícia descontada diretamente de seus haveres salariais, conforme estabelecido em sentença, podendo ser

sobre o salário básico, bem como sobre as verbas rescisórias e saldos fundiários, em que pese haja divergências sobre a incidência da pensão sobre férias, verbas rescisórias e FGTS, considerando-se o caráter personalíssimo das verbas.

Isso porque os alimentos são destinados à satisfação daqueles que ainda não podem prover, por si só, o seu sustento. Sendo o pagamento de pensão alimentícia um dever, atrelado à ausência do pagamento e não havendo bens passíveis de penhora para a quitação do débito alimentar, poderá ser penhorado o Fundo de Garantia do trabalhador.

Muito embora a Lei n. 8.036/60 dispor que a conta vinculada ao trabalhador é absolutamente impenhorável (art. 2º, § 2º), não autorizando, assim, de forma ordinária, a sua penhora, salienta-se a disposição legal com os valores constitucionais subjacentes à satisfação do crédito em sua origem.

É certo que, uma vez suprindo a necessidade do alimentante, acarretará uma diminuição econômica no patrimônio do alimentando, pois presta alimentos da forma pactuada ou arbitrada pelo magistrado.

Para Alexy (2011), em sua teoria da colisão dos princípios fundamentais nas relações jurídicas, não procurou igualar os direitos fundamentais, mas encontrar novos dogmas e princípios contidos tanto nos códigos e leis, como na jurisprudência dos tribunais superiores, pois, para ele, onde existissem direitos fundamentais poderia haver colisão entre eles, exatamente por não se saber quais seriam os titulares desses direitos, à sua restrição, e qual o tipo e intensidade de controle deveriam ser exercidos sobre o assunto.

No caso de colisão entre os princípios, como ocorre nas hipóteses em que de um lado se encontra o exequente e do outro o executado, segurado, Alexy (2011) diz que o problema será resolvido pelo sopesamento entre eles; um princípio deve ceder espaço ao outro, que seria considerado mais importante em determinado caso concreto.

In casu, os princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e o direito à alimentação, todos insertos no Texto Constitucional pela Emenda Constitucional n. 64/2010, impõem uma mitigação ao alcance do dispo-

sitivo legal, de modo a permitir-se a penhora da conta vinculada, quando o débito reclamado decorra de obrigação alimentícia.

Porém, o princípio da dignidade da pessoa humana abarca o fundamento da impenhorabilidade do FGTS, ao mesmo tempo em que subsidia a penhorabilidade de tal quantia para pagar dívida de natureza alimentar.

Entretanto, fazer uma ponderação valorativa entre as partes não é um simples juízo intuitivo. Para que o operador do direito faça esse sopesamento entre os princípios envolvidos, deverá ele observar determinados critérios que envolvem uma comparação das alternativas que possui para cada caso concreto, a fim de chegar à decisão final. E quanto a essas etapas ou critérios, Coelho (2011, p. 1) se refere a elas como sendo três juízos:

- a) De adequação – aqui serão avaliadas as alternativas para ver qual princípio melhor se encaixa ao caso envolvido;
- b) De necessidade – verificam-se se as alternativas existentes são necessárias para aquele caso, mas sem sacrificar outro princípio envolvido;
- c) De proporcionalidade – que é a prevalência de um princípio sobre outro princípio em determinado caso.

Para Pimenta (2007), a ponderação tem que considerar a proporcionalidade, ou seja, a intensidade e a importância na intervenção de um determinado direito fundamental, nesse sentido, ao recebimento do FGTS pelo empregador/executado, considerando-se que quanto maior for a intervenção desse direito, também os fundamentos para que ela ocorra, deverão ser maiores, para que essa intervenção possa ser justificada (direito de receber alimentos por parte do exequente). Dessa forma, deverá existir uma certa racionalidade na escolha de um determinado princípio, observando-se a sua importância e a consequência do choque entre os princípios envolvidos.

A atual jurisprudência entende que a referida medida será adotada em casos especiais, uma vez comprovada a ausência de bens do devedor para garantir

o pagamento da dívida, pois faz comparação com o princípio da dignidade da pessoa humana e da subsistência do alimentando.

Acerca do conflito de princípios, já dispôs o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DECISÃO INDEFERITÓRIA DE PENHORA DE SALDO EXISTENTE EM CONTA VINCULADA AO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS). MEDIDA EXTREMA E CONDICIONADA ÀS PECULIARIDADES DO CASO. AUSÊNCIA DE BENS PARA A GARANTIA DO PAGAMENTO DA DÍVIDA ALIMENTAR. PROTEÇÃO AO DIREITO DE SUBSISTÊNCIA DA ALIMENTANDA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA QUE SE SOBREPÕE À PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. RECURSO PROVIDO. A penhora de recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), em regra, não é admitida. Entretanto, no caso de inadimplemento de pensão alimentícia, quando esgotadas as possibilidades de satisfação da dívida, pode ser realizada. Há, nesses casos, mitigação do rol taxativo previsto no art. 20 da Lei n. 8.036/90, dada a incidência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. (SANTA CATARINA, 2012).

A prestação de alimentos, como pode se ver, possui tamanha prioridade em nosso sistema constitucional que se constitui na única hipótese de restrição da liberdade de ordem civil, por meio da prisão (art. 5º, LXVII, da Constituição Federal c/c art. 733, § 2º, do Código de Processo Civil). Então, se até mesmo sua liberdade é tolhida, não há como falar em patrimônio intangível. Considerando-se, assim, a imprescindibilidade da verba para a subsistência do alimentando, afigura-se perfeitamente aceitável a penhora dos valores do FGTS.

A ressalva de impenhorabilidade de saldo de conta vinculada ao FGTS, constante do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.036/90, e as possibilidades de levantamento de referidos valores, consoante o disposto no art. 20 do mesmo diploma legal, devem ser mitigadas quando para satisfazer crédito de natureza alimentar ante a prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Assim, o princípio que prevalecer não poderá ferir de maneira demasiada o outro princípio envolvido, pois ele não deixará de existir no ordenamento jurídico ou de gerar seus efeitos jurídicos. Assim, pela questão da dignidade da pessoa humana, bem como pela relação hierárquica de hipossuficiência, os direitos do alimentante tomam preferência, uma vez que a preservação do patrimônio do devedor (injustificadamente inadimplente) de prestação alimentar é vencida pela proteção do direito à subsistência do alimentando.

5 CONCLUSÃO

O objetivo com este artigo foi estudar os aspetos relacionados aos Alimentos, sua concessão, execução e princípios aplicáveis. De outro norte, abordou-se a possibilidade e o entendimento dos Tribunais Superiores quanto à procedência e deferimento do pedido e penhora sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para satisfazer débitos relativos à pensão alimentícia, inobstante, o fato de a Lei n. 8.036/90 (Lei do FGTS) não elencar entre as possibilidades de seu saque o pagamento de pensão alimentícia.

Em se tratando de conflito de princípios, colidindo com os interesses do alimentando e o direito ao recebimento dos valores contidos na conta de FGTS do trabalhador, sendo este o alimentante, é possível a penhora dos referidos valores para pagamento de débito alimentar, pois que se trata de verba imprescindível para a subsistência e que não foi adimplida a tempo.

Nesse sentido, a impenhorabilidade das contas vinculadas do FGTS diante da execução de alimentos deve ser mitigada pela colisão de princípios, resolvendo-se o conflito para prestigiar os alimentos, bem de *status* constitucional, que autoriza, inclusive, a prisão civil do devedor. Então, os interesses do juridicamente hipossuficiente e necessitado são sopesados.

Uníssono, então, o entendimento de que a prestação dos alimentos, por envolver a própria subsistência dos dependentes do trabalhador, deve ser, ne-

cessariamente, atendida, ainda que, para tanto, proceda-se ao levantamento do FGTS do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Theorie der Grundrechte. Suhrkamp Verlag, 2012.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 fev. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 01 maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

BRASIL. Decreto n. 99.684, de 08 de novembro de 1990. Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm>. Acesso em: 30 nov. 2014.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 maio 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRASIL. Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111232.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.427.836/SP*. Agravante: B. K. F. Agravado: M. de O. K. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35023597&num_registro=201304216890&data=20140429&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.083.061/RS*. Recorrente: M. L. L. Recorrido: F. D. M. A. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, DF, 02 mar. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8629414&num_registro=200801879115&data=20100407&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 21 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1349155/RS*. Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF. Recorrido: Osmar José Serraglio. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, DF, 15 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=A-TC&sequencial=28486791&num_registro=201202204730&data=20130520&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 309, de 22 de março de 2006. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. *Diário Eletrônico*, Brasília, DF, 22 mar. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=240>. Acesso em: 23 fev. 2015.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Execução civil e cumprimento de sentença*. São Paulo: Método, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAHALI, Francisco José. *Dos alimentos*. In: *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

COELHO, André Luiz Souza. *Filosofia Contemporânea, especialmente Filosofia do Direito, Filosofia Moral e Filosofia Política*. 2011. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2011/09/critica-da-habermas-teoria-da.html>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Rede de Ensino. Existe diferença entre direitos e garantias fundamentais? *JusBrasil*, 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1060567/existe-diferenca-entre-direitos-e-garantias-fundamental>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 612 a 735*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Francisco Cauê Cruz de. Os princípios constitucionais fundamentais do estado brasileiro. 2010. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6005604/Principios-Constitucionais-Fundamentais-do-Estado-Brasileiro>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

PIMENTA, Júdice Mônica. *Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regra*. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teor%C3%ADa_princ%C3%ADpios_regras>. Acesso em: 20 mar. 2015.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 2011.011774-9*. Agravante: J. G. de S. C. Agravado: E. V. C. Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben. Florianópolis, 02 fev. 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20110117749>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 44. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2013.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA OMISSÃO NA MANUTENÇÃO DAS VIAS PÚBLICAS

Jonathan Zang Martelli*
Hewerstton Humenhuk**

Resumo: Neste artigo se apresenta a responsabilidade civil do Estado, mais especificamente, a responsabilidade civil do Estado pela omissão na manutenção das vias públicas. Concluiu-se que existem divergências em relação ao tipo de responsabilidade a ser aplicada, pois entende a doutrina majoritária quanto aos atos omissivos, estes divididos em genéricos ou específicos; naquele é aplicada a responsabilidade subjetiva, e no específico, como a manutenção das vias públicas, é aplicável a responsabilidade objetiva. Os Tribunais, em sua grande maioria, entendem da mesma forma que a doutrina, sendo a responsabilização subjetiva nas omissões genéricas e objetiva, nas específicas. Quanto ao órgão responsável, este será responsabilizado de acordo com o local onde ocorreu o dano; desse modo, se em rodovias federais, o responsável será o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), se em rodovias estaduais, o Departamento de Estradas e de Rodagens (DER), e no âmbito do município, este será o responsável.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Omissão. Vias Públicas.

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho teve-se o intuito de abordar a responsabilidade civil do Estado, de modo geral, para, posteriormente, tratar, de modo específico, da responsabilidade Estatal em casos de omissão na manutenção das vias públicas, assim, esclarecendo os seus requisitos, características, procedimentos, além da divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao assunto.

* Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba.

** Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis; mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor de Direito Administrativo e Direito Administrativo Aplicado do curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; hewerstton.humenhuk@unoesc.edu.br

Esse tema possui grande relevância no âmbito jurídico, considerando-se que, atualmente, acidentes nas vias públicas são algo corriqueiro na sociedade. Sendo necessário compreendê-lo, em virtude de toda a população estar exposta ao risco de sofrer alguma lesão patrimonial ou em relação à integridade física.

Não há dúvidas quanto à obrigatoriedade do Estado em reparar os danos causados aos particulares em relação à omissão na manutenção das vias públicas. Entretanto, haverá casos em que se admite as excludentes de ilicitude, em que o Estado está desobrigado a indenizar. Assim, para que seja possível a reparação, necessário se faz o preenchimento de certos requisitos, dependendo de qual teoria adotada.

A responsabilidade civil do Estado pode ser dividida em responsabilidade objetiva ou subjetiva; para esta se faz necessária a existência de um dano, a conduta de um agente, a demonstração de culpa e o nexo causal. Já para a responsabilidade objetiva se faz necessário apenas o dano, a conduta do agente e o nexo de causalidade entre estes, sendo dispensada a comprovação de culpa.

Existe uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao tipo de responsabilidade a ser aplicada, se objetiva ou subjetiva, pois a responsabilidade omissiva se divide em genérica e específica. Assim, em relação à responsabilidade por omissão genérica, há um entendimento, e em relação a omissões específicas, há outra compreensão.

Neste trabalho objetivou-se demonstrar o posicionamento dos Tribunais e da doutrina acerca da responsabilidade Estatal quanto aos casos comissivos, omissivos genéricos e específicos, considerando-se que não há um consenso em relação ao assunto, havendo apenas um entendimento majoritário.

Nesta pesquisa utilizou-se o método de investigação dedutivo, partindo-se de uma análise da responsabilidade civil do Estado, de modo geral, e abordando, de modo específico, a responsabilidade civil do Estado pela omissão na manutenção das vias públicas. Sendo realizada de maneira descritiva e embasada em doutrinas, legislação e jurisprudência pátria, utilizando-se técnicas de pesquisa bibliográficas e documentais.

O trabalho foi dividido em três seções, sendo na primeira apresentada a evolução histórica. A segunda seção trata das características da responsabilidade Estatal, como os pressupostos, os excludentes de responsabilidade e o direito de regresso. Na terceira seção foi abordada a responsabilidade do Estado em casos omissivos, de modo geral, e a responsabilidade pela omissão na manutenção das vias públicas.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A Responsabilidade Civil do Estado passou por diversas fases. Inicialmente, a irresponsabilidade do Estado, posteriormente, a responsabilidade do Estado por culpa subjetiva e, por fim, a responsabilidade objetiva.

A total irresponsabilidade do Estado foi marcada pelo período do absolutismo,¹ no início dos séculos XVIII e XIX, momento em que o Estado estava em uma situação hierarquicamente superior em relação aos cidadãos. Dispõe Cretella Júnior (1980, p. 61) que prevaleceu na época dos Estados despóticos ou absolutos em que vigorava o princípio incontestável: o rei não erra, o que agrada ao príncipe tem força de lei, o Estado sou eu.

No final do século XIX, a irresponsabilidade do Estado foi superada. Di Pietro (2009, p. 640) informa que no início da responsabilização Estatal foram adotados os princípios de direito civil, na denominada teoria civilista, que, primeiramente, foi dividida em atos de império e atos de gestão.

Os atos de gestão, no entendimento de Di Pietro (2009, p. 640), “[...] seriam praticados pela Administração em situações de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços.”

Um exemplo dessa equiparação aos particulares pode ser, conforme mencionado por Cahali (2012, p. 20), uma empresa privada que é responsável

¹ Pellizari ([200-?]) conceitua absolutismo “[...] como um sistema político e administrativo que prevaleceu nos países da Europa, na época do *Antigo Regime* (séculos XV ao XVIII).”

pelos atos de seus representantes quanto a terceiros, pois, caso não tivesse culpa, a indenização não seria devida, se houvesse dano, sim.

Em relação aos atos de império, leciona Di Pietro (2009, p. 640) que seriam os atos “[...] praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial”, considerando que os particulares não estão autorizados a praticar esses tipos de atos.

Em virtude da dificuldade na aplicação desses atos, surgiu a teoria da culpa anônima ou administrativa, que prescindia da demonstração da culpa específica do agente. Monteiro Filho (2006, p. 45) leciona que seria apenas necessário “[...] comprovar o mau funcionamento do serviço, ainda que fosse impossível indicar o agente causador do dano.” No mesmo sentido, o autor (2006, p. 43) informa que esta “[...] surgiria sempre em decorrência de conduta culposa identificada de agente seu. A vítima teria o ônus de demonstrar a culpa do agente do Estado.”

Essa teoria deu base à elaboração do artigo 15 do Código Civil de 1916, que dispunha o seguinte:

Art. 15 As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. (BRASIL, 1916).

Carvalho Filho (2009, p. 523) leciona que a falta do serviço, ensejadora da responsabilidade do Estado, “[...] podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço.”

Posteriormente, surgiu a responsabilidade objetiva do Estado; esta se difere da anterior, conforme mencionado por Gasparini (2011, p. 1114), em virtude de ser “[...] suficiente a prova da lesão e de que esta foi causada pelo Estado. A culpa é inferida do fato lesivo, ou, vale dizer, decorrente do risco que a atividade pública gera para os administrados.”

Di Pietro (2009, 642) menciona os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado, sendo a prática de um ato lícito ou ilícito por um agente, que haja um dano específico e o nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente.

A responsabilidade objetiva foi dividida em duas teorias, a do risco administrativo ou integral. Quanto a estas, Bacellar Filho (2006, p. 312) menciona que “[...]o traço distintivo entre ambas as teorias concentra-se no desprezo dedicado pela teoria do risco integral a fatores circunstanciais e a um personagem cuja atuação pode ter sido nenhuma ou decisiva para a configuração do evento danoso: a vítima.”

A teoria do risco administrativo serviu de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado. Di Pietro (2009, p. 642) explica que é indiferente o mau funcionamento do serviço público, sendo apenas necessário o nexo de causalidade entre o funcionário do serviço e o dano sofrido pelo cidadão.

Porém, essa teoria encontra limites. Gasparini (2011, p. 971) leciona que “[...] se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar.”

A teoria do risco integral no entendimento de Zockun (2006, p. 86) se funda na ideia de que a pessoa que cria o risco deve reparar os danos advindos de seu empreendimento, pela simples existência deste.

Meirelles (2011, p. 700) leciona que essa é uma doutrina extremada do risco administrativo, sendo uma forma muito radical, tendo a Administração Pública a obrigação de indenizar qualquer dano suportado por terceiro, mesmo que este tenha agido para a ocorrência do dano. No mesmo sentido, Carvalho Filho (2009, p. 524) informa que “[...] no risco integral a responsabilidade sequer depende do nexo causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima.”

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A responsabilidade civil do Estado está disposta na Constituição Federal de 1988 no artigo 37 § 6º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

A teoria adotada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal foi a responsabilidade objetiva do Estado. Meirelles (2011, p. 702) informa que foi abandonada a privatística teoria subjetiva da culpa, adotando-se a teoria objetiva na modalidade do risco administrativo.

3.1 REPARAÇÃO DO DANO

A reparação dos danos sofridos por vítima de ação danosa do Estado, segundo Gasparini (2011, p. 1119), pode ser obtido por meio de um procedimento judicial ou administrativo. O primeiro ocorre pela via judicial, com uma ação judicial, o segundo perante a Administração Pública.

Quanto à reparação dos danos no âmbito administrativo, Di Pietro (2009, p. 660) menciona que esta poderá ocorrer caso a “Administração reconheça desde logo a sua responsabilidade e haja entendimento entre as partes quanto ao valor da indenização.” Senão, será necessária a propositura de “[...] ação de indenização contra a pessoa jurídica que causou o dano.”

Na via administrativa, menciona Carvalho Filho (2009, p. 554) que “[...] o pagamento da indenização pelo agente será sempre resultado de acordo

entre as partes. Ao Estado é vedado estabelecer qualquer regra administrativa que obrigue o agente, manu militari, a pagar o débito.”

A ação de indenização no procedimento judicial deve ser proposta, segundo Gasparini (2011, p. 1121), pela pessoa no juízo competente contra a entidade que foi responsável pelo prejuízo, podendo ser, também, contra o agente causador do dano ou, ainda, contra ambos.

Para haver êxito na demanda, Gasparini (2011, p. 1121) informa que deverá ser provado o fato, o dano e o nexo de causalidade entre o evento lesivo e o dano, excetuados os casos em que o Estado não foi o culpado ou a culpa é exclusiva da vítima.

A indenização do dano deverá ser completa, como dispõe Gasparini (2011, p. 1122):

A indenização do dano há de ser completa. Assim também é entre nós, pois vivemos em um Estado de Direito. Vale dizer, o patrimônio da vítima, com o pagamento, deve permanecer inalterado. Seu valor antes e depois do dano, deve ser o mesmo. A indenização há de deixar indene o patrimônio do prejudicado; destarte, deve abranger o que a vítima perdeu (o dano efetivo, ocorrido, emergente), o que despendeu (o que gastou) e o que deixou de ganhar (o que deixou de conseguir) em razão do evento danoso.

Para a obtenção da indenização, Meirelles (2011, p. 708) menciona que basta a comprovação do nexo causal entre o fato lesivo e o dano, bem como a quantia a ser paga. Assim, com essa comprovação, a Fazenda Pública será obrigada a indenizar, exceto se comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Desse modo, se for total a culpa da vítima, haverá isenção do pagamento, porém, se ela for parcial, o montante a ser pago será repartido.

3.2 DIREITO DE REGRESSO

O direito de regresso, conforme Carvalho Filho (2009, p. 554), “[...] é o assegurado ao Estado no sentido de dirigir sua pretensão indenizatória contra o agente responsável pelo dano, quando tenha este agido com culpa ou dolo.”

Essa medida deve ser interposta, segundo Gasparini (2011, p. 1123), “[...] uma vez transitada em julgado a sentença que condenou a Administração Pública a satisfazer o prejuízo, após o pagamento da indenização, pois somente depois desse ato consuma-se o efetivo prejuízo da Administração Pública.”

Também há a possibilidade de essa ação ser realizada na via administrativa. Carvalho Filho (2009, p. 554) informa ser decorrente de um acordo entre as partes, sendo proibido ao Estado obrigar o agente ao pagamento do débito, inclusive o desconto em seu vencimento.

3.3 PRESSUPOSTOS DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA

Para ser possível o ressarcimento pelos danos sofridos pela vítima, é necessário o preenchimento de alguns pressupostos, sendo o evento danoso, nexa causal e um agente responsável pela ação.

O dano, no entendimento de Gasparini (2011, p. 1117), “[...] é o resultado da ação danosa, no caso, do Estado. É a perda ou prejuízo patrimonial sofrido por alguém, em decorrência de ato ou fato estranho à sua vontade.” Este, segundo Cavalieri Filho (2000, p. 70), é o grande vilão da responsabilidade civil, pois poderá haver responsabilidade sem culpa, porém, “[...] sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.”

O nexa causal, no entendimento de Cavalieri Filho (2000, p. 71), “[...] é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano.” Em especial, na responsabilidade extracontratual, Santos (2006, p. 271) informa que para haver a devida reparação, é necessário o conhecimento da relação causal entre os danos sofridos por terceiros, imputáveis a uma conduta comissiva ou omissiva do Estado.

O nexa de causalidade possui várias teorias, sendo as mais aceitas a Teoria da equivalência das condições, a Teoria da causalidade adequada e a Teoria dos danos diretos e imediatos (SANTOS, 2006, p. 274).

A teoria da equivalência das condições, como explica Santos (2006, p. 275), não faz distinção entre a causa mais ou menos relevante para a produção do *eventus damni*, além de permitir a inserção de um grande número de causas geradoras do evento danoso.

A teoria da causalidade adequada teve início em 1871, sendo formulada por Ludwig Von Bar e desenvolvida por Johannes Von Kries, conforme expõe Santos (2006, p. 276):

Tal teoria, formulada em 1871 por Ludwig Von Bar e desenvolvida por Johannes Von Kries, por volta de 1888, aborda a causalidade em razão das possibilidades e probabilidades de certo resultado ocorrer levando em conta a causa do ponto de vista abstrato. Daí porque tal juízo de probabilidade ser denominado “prognose póstuma” ou “prognose retrospectiva”, pois, diferentemente da teoria da equivalência das condições, a causalidade adequada considera hipoteticamente se determinada causa seria ou não adequada ou não adequada a produzir o dano.

Explica Santos (2006, p. 274) que essa teoria recebe muitas críticas em virtude da sua complexidade, considerando que admite muitos casos hipotéticos, havendo uma dificuldade em determinar qual a causa adequada para a produção do dano.

A teoria dos danos diretos e imediatos encontra-se disposta no artigo 403 do Código Civil de 2002: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” (BRASIL, 2002).

Essa teoria, como demonstra Santos (2006, p. 280), é capaz de resolver inúmeras situações em questão de responsabilidade, em especial, de causalidade múltipla, pois esta distribui a responsabilidade entre a vítima e seu devedor, o que possibilita a inclusão e exclusão de devedores, além de ser possível a aplicação de excludentes do nexos causal. Porém, também sofre críticas, considerando-se que a responsabilidade não é um fenômeno estático, sendo dinâmico, que demanda um constante aprimoramento.

Agente público, na definição de Justen Filho (2009, p. 704), “[...] é toda pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade

do Estado.” Também o define Di Pietro (2009, p. 510), que entende como agente público “[...] toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta.”

No entendimento de Gasparini (2011, p. 1128), para que haja a responsabilização do Estado se faz necessário que o agente público esteja no exercício de seu cargo, emprego ou função pública no órgão a que faz parte e nos casos em que o agente não esteja nas atribuições de seu cargo, função ou emprego.

3.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O Estado nem sempre será obrigado a indenizar os danos causados aos particulares, em virtude da aplicação das excludentes de responsabilidade Estatal. Em relação a estas, Gasparini (2011, p. 1115) menciona:

Por certo não se há de admitir sempre a obrigação de indenizar do Estado. Com efeito, o dever de recompor os prejuízos só lhe cabe em razão de comportamentos danosos de seus agentes e, ainda assim, quando a vítima não concorreu para o dano, embora nessa hipótese se possa afirmar que o Estado só em parte colaborou para o evento danoso. Se a vítima concorreu para a ocorrência do evento danoso atribui-se-lhe a responsabilidade decorrente na proporção de sua contribuição, conforme têm decidido, acertadamente, os tribunais pátrios.

Após a demonstração do liame jurídico entre o fato lesivo e o dano, Santos (2006, p. 283) informa que “[...] a administração apenas não será responsabilizada se presentes as excludentes donexo causal, ou seja: i) fato da vítima; ii) fato de terceiro; e iii) força maior e caso fortuito.”

Quanto ao fato da vítima, Santos (2006, p. 285) informa que “[...] o agente causador do dano o é apenas na aparência, porque efetivamente quem propiciou o evento danoso foi o próprio lesado.” Como exemplo utiliza o suicida que se lança em frente a um carro, e o motorista fica impossibilitado de evitar o acidente; assim mesmo, na hipótese de o condutor do veículo estar em excesso de velocidade, haveria uma atenuação.

Nos casos em que houver o nexo de causalidade em relação a fatos de terceiro, Santos (2006, p. 286) menciona que:

O fato de terceiro deve ser efetivamente provado pelo causador aparente do dano, ligando a conduta de terceiro ao evento danoso. Ademais, a ação ou omissão de terceiro deve constituir causa estranha ao devedor, para que efetivamente o exonere do dever de indenizar. Não é imprescindível que o terceiro aja culposamente para ilidir a responsabilidade do causador aparente do dano, bastando que produza qualquer fato juridicamente relevante para alterar a cadeia causal [...] evidentemente, se o terceiro tiver agido sem dolo ou culpa não lhe caberá a responsabilização. Porém, quando o terceiro for o Estado, tal responsabilidade, por ser objetiva, prescinde de dolo ou culpa. Nessa hipótese, só é possível suprimir a responsabilidade estatal na condição de terceiro, se estiver presente uma das excludentes do nexo causal.

Na concorrência de culpas, Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 115) mencionam que “[...] havendo concorrência de culpas (ou causas) a indenização deverá, como regra geral, ser mitigada, na proporção da atuação de cada sujeito.” Portanto, verifica-se que a culpa, nesse caso, deve ser exclusivamente da própria vítima.

No entendimento de Di Pietro (2009, p. 648), a força maior compreende:

A força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

Em relação a essa excludente, Justen Filho (2006, p. 239) informa que o caso fortuito ou força maior afasta a responsabilização civil, além de que “[...] o Estado não é o responsável, porque o dano se produziu não obstante tivesse ele observado todas as cautelas derivadas do dever de diligência a ele imposto.” Porém, caso o dano decorra diretamente de caso fortuito ou força maior, e este seja agravado pela infração no dever do Estado, não se aplicará essa excludente.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA OMISSÃO NA MANUTENÇÃO DAS VIAS PÚBLICAS

No entendimento de Justen Filho (2011, p. 1219), o ato omissivo “[...] importa incompatibilidade material com o dever geral de diligência, o que dispensa maiores cogitações acerca do aspecto subjetivo do agente.”

Em relação à obrigação de reparação nos casos de omissão, Carvalho Filho (2009, p. 538) informa que “[...] somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.” Assim, verifica-se que o dever de reparar o dano “[...] só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa.”

Essa culpa, conforme Cretella Junior (1970, p. 210), estará configurada nos casos de não atos, quando o Estado devia agir e não agiu, foi negligente, imprudente ou imperito. “Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, culpa ligada à ideia de inação.”

A responsabilidade civil do Estado quanto a omissões possui duas correntes em relação ao tipo de responsabilidade a ser aplicada, sendo responsabilidade objetiva ou subjetiva. Quanto a essa controvérsia, Di Pietro (2009, p. 650) menciona que alguns doutrinadores entendem ser aplicável o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, nos casos comissivos e omissivos; outros entendem pela responsabilidade subjetiva na modalidade da teoria da culpa do serviço público.

Defensor da aplicação da teoria subjetiva, Mello (2010, p. 1012) assevera que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é decorrente de um comportamento ilícito, portanto, necessariamente, será responsabilidade subjetiva, pois as condutas ilícitas do Estado são decorrentes de negligência, imprudência ou imperícia, ou, ainda, agindo com dolo. E “[...] se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano.”

Pois não basta apenas que haja a ausência do serviço e o dano sofrido para configurar a responsabilidade, dependendo o Estado ter o dever de realizar o serviço, conforme menciona Mello (2010, p. 1013):

Não bastará então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado a responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.

Já Cahalli (2012, p. 217) está filiado à corrente que entende a omissão ser responsabilidade objetiva do Estado, pois se ao Estado era exigível a prestação do serviço que teria evitado o dano, estará configurada a omissão, sendo causa suficiente a declarar a responsabilidade objetiva da Administração.

Menciona Cavalieri Filho (1997, p. 37) que, nas omissões genéricas, será aplicável a teoria subjetiva, já nas específicas, a objetiva, nestes termos:

Nesse ponto é preciso distinguir omissão genérica do Estado e omissão específica. Observa o jovem talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia, não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir [...] Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em que tinha o dever de agir para impedi-lo.

Meirelles (2011, p. 654) entende nos casos de omissão ser aplicável a teoria objetiva, “[...] pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.” Além de que, argumenta Di Pietro (2009, p. 650), haveria uma possível dificuldade de o particular comprovar o elemento subjetivo e, assim, ser prejudicado na reparação de seu dano.

Portanto, conforme o exposto, verifica-se que grande parte da doutrina se posiciona pela aplicação da teoria objetiva quanto a atos omissivos do Poder Público em que este tinha o dever instituído em normas.

O artigo 2º do Código de Trânsito Brasileiro apresenta a definição de vias públicas, sendo:

Art. 2º São vias terrestres urbanas e rurais as ruas, as avenidas, os logradouros, os caminhos, as passagens, as estradas e as rodovias, que terão seu uso regulamentado pelo órgão ou entidade com circunscrição sobre elas, de acordo com as peculiaridades locais e as circunstâncias especiais.
Parágrafo único. Para os efeitos deste Código, são consideradas vias terrestres as praias abertas à circulação pública e as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas. (BRASIL, 1997).

A conservação e a fiscalização das ruas, estradas, rodovias e logradouros públicos, conforme entendimento de Cahalli (2012, p. 229), está inserida como um dever jurídico da Administração, englobando a segurança a ser proporcionada aos veículos e pessoas que nelas transitam. E nos casos em que houver omissão no cumprimento desse dever e ocorrer um dano ao particular haverá a devida indenização.

Stoco (2007, p. 1128) menciona que a deteriorização do asfalto, existência de buracos, bueiros abertos e outras irregularidades nas vias públicas que prejudiquem o tráfego de veículos ou pedestres, caracterizará a omissão Estatal, sendo este responsável pelos danos ocorridos em virtude dessa omissão.

Nos seguintes julgados, é possível verificar que o entendimento dos Tribunais em relação à responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão da

manutenção das vias públicas será objetiva, pois decorrente de uma omissão específica. Já nos casos de omissão genérica será aplicada a responsabilidade subjetiva.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 474.986, cujo relator foi o Ministro José Delgado, entendeu pela aplicação da responsabilidade objetiva no caso de acidente ocorrido por ausência de tampa de proteção ou sinalização no local do fato, nesses termos:

PROCESSUAL CIVL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. BURACO EM PASSEIO PÚBLICO. QUEDA DE MUNÍCIPE. AUSÊNCIA DE TAMPA DE PROTEÇÃO OU SINALIZAÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE O ATO OMISSIVO E O ACIDENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR OMISSÃO. DANOS IRREVERSÍVEIS E IRREPARÁVEIS. INCAPACITAÇÃO PARCIAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. PRECEDENTE.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que julgou improcedente ação de indenização por danos sofridos com a queda recorrente em buraco no passeio público.

2. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.

3. O exame dos autos revela que está amplamente demonstrado que o acidente ocorreu, que das sequelas dela decorreram danos irreversíveis e irreparáveis e que não havia tampa de proteção no buraco ou sinalização que pudesse tê-lo evitado.

4. A ré só ficaria isenta de responsabilidade civil se demonstrasse o que não foi feito - que o fato danoso aconteceu por culpa exclusiva da vítima.

5. A imputação de culpa lastreia-se na omissão da ré no seu dever de, em se tratando de via pública (passeio público), zelar pela segurança dos munícipes pela prevenção de acidentes.

6. Jurisdição sobre o passeio público de competência da ré e a ela incumbe a sua manutenção e sinalização, advertindo, caso não os conserte, os transeuntes dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza conduta negligente da Administração Pública e torna responsável pelos danos que da sua omissão advenham.

7. Os tributos pagos pelos munícipes devem ser utilizados, em contrapartida, para o bem estar da população, que implica, dentre outras obras, a efetiva melhora das vias públicas (incluindo aí as calçadas e passeios públicos).

8. Estabelecido nexo causal entre a conduta omissiva e o acidente ocorrido, responde a ré pela reparação dos prejuízos daí decorrentes.
9. Precedente da 1ª Turma desta Corte Superior.
10. Recurso provido. (BRASIL, 2002).

No mesmo sentido, a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina n. 2013.090140-3, cuja ementa dispõe:

Ação de Indenização. Acidente de trânsito. Buracos na via pública. Ausência de reparos de responsabilidade do Município. Local sem sinalização adequada. Aplicação da responsabilidade civil objetiva. Inteligência do art. 1º do CTB. Danos materiais, morais e estéticos comprovados. Ausência de excludentes do nexo causal. Quantum indenizatório. Minoração. Dies a quo dos juros de mora. Inteligência da Súmula 54 do STJ. Recurso provido parcialmente. A deterioração da camada asfáltica ou a proliferação de buracos, irregularidades, reentrâncias, bueiros abertos ou salientes e outras irregularidades nas vias públicas de passagem de veículos e de pedestres caracterizam omissão desidiosa do Poder Público, que responderá pelos danos que ocorram em razão dessas irregularidades. (SANTA CATARINA, 2014).

Como fundamento de seu voto nessa decisão, o Desembargador Pedro Manoel Abreu, cita que a responsabilidade do Estado será objetiva mesmo nos casos de omissão, em virtude de haver uma previsão especial, como o artigo 1, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro,² assim:

Cediço que o ordenamento jurídico pátrio albergou a responsabilização objetiva da Administração Pública, lastreada na teoria do risco administrativo, como denota, à evidência, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal [...] É importante demarcar que, mesmo nos casos de omissão administrativa, a responsabilidade é objetiva por conta da previsão especial e específica do § 3º do art. 1º do Código de Trânsito Brasileiro, segundo quem “os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respec-

² Art. 1º O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código. § 3º Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro.

tivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro”. (SANTA CATARINA, 2014).

Quanto aos casos de omissão genérica, o entendimento predominante reside na aplicação da responsabilidade subjetiva, como se pode verificar no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 438.831 cujo relator foi o Ministro João Otávio de Noronha, nestes termos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ANIMAL NA PISTA. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO E SINALIZAÇÃO. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA N. 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. Atrai a incidência do óbice previsto na Súmula n. 284/STF recurso que apresenta fundamentação genérica e deficiente, bem como alegação de violação do art. 535 do CPC desacompanhada de argumento que demonstre efetivamente em que ponto o acórdão embargado permaneceu omissivo. 2. É vedado ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, analisar suposta violação de dispositivos da Constituição Federal, dado que seu exame refoge dos limites da estreita competência que lhe foi outorgada pelo art. 105 da Carta Magna. 3. Na hipótese de acidente de trânsito entre veículo automotor e equino que adentrou na pista, há responsabilidade subjetiva do Estado por omissão, tendo em vista sua negligência em fiscalizar e sinalizar parte de rodovia federal em que, de acordo com o acórdão recorrido, há tráfego intenso de animais. 4. A constatação de ocorrência de culpa da vítima por excesso de velocidade ou de mera fatalidade do destino reclamaria necessariamente o reexame do material fático-probatório, o que é vedado pela Súmula n. 7/STJ. 5. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a revisão do arbitramento da reparação de danos morais e materiais somente é admissível nas hipóteses de determinação de montante exorbitante ou irrisório. 6. Não há como conhecer de recurso especial em que não resta cumprido o requisito indispensável do prequestionamento e a parte não opõe embargos de declaração

para buscar a manifestação do Tribunal a quo acerca do dispositivo suscitado. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 7. Descabe ao Superior Tribunal de Justiça revisar os critérios levados em consideração pelo julgador ordinário para arbitramento do quantum devido a título de honorários advocatícios, em face do óbice substanciado na Súmula n. 7 da Corte. 8. Recurso especial não-conhecido. (BRASIL, 2002).

Outra controvérsia na responsabilização reside quanto ao local onde os danos ocorreram, pois se no âmbito do município será um órgão o responsável, se ocorrer em uma rodovia outro será responsabilizado.

Quanto à necessidade de conservação das rodovias, o Agravo Regimental em Recurso Especial n. 875604 do Superior Tribunal de Justiça trata desse assunto, no seguinte sentido:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANO MATERIAL. RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO. A Jurisprudência desta Corte considera a autarquia responsável pela conservação das rodovias e pelos danos causados a terceiros em decorrência da má conservação, contudo remanesce ao Estado a responsabilidade subsidiária. Agravo regimental provido em parte para afastar a responsabilidade solidária da União, persistindo a responsabilidade subsidiária. (BRASIL, 2009).

O Ministro Humberto Martins menciona no acórdão supracitado ser tema pacífico no Superior Tribunal de Justiça a responsabilidade ser objetiva do Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (DNER), que foi substituído e atualmente denominado Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), quando ocorrerem danos em rodovias federais.

Esta Corte tem entendimento no sentido de que a responsabilidade pela conservação das rodovias federais e pelos danos causados a terceiros, em decorrência da má conservação, é do DNER, autarquia federal, e somente subsidiariamente da União [...] Não é outro o entendimento quanto às concessionárias de serviço público, segundo o qual tais concessionárias respondem objetivamente por danos que causar a outrem; situação em que o Estado, na qualidade de po-

der concedente, responde de forma subsidiária, na hipótese em que se esgotem os recursos da prestadora de serviços. (BRASIL, 2009).

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes foi criado pela Lei n. 10.233, de 05 de junho de 2001. No artigo 79³ e no artigo 82, II, da mesma lei, está disposto que a esfera de atuação do DNIT corresponderá a ferrovias e rodovias federais.

Nos casos de acidentes em rodovias federais, o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento que a responsabilidade por danos ocorridos será da autarquia responsável, conforme a Ementa n. 855.343:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE CULPA DO ESTADO. ACIDENTE EM VIA PÚBLICA. ART. 37, § 6º, CF. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. 1. A Súmula 279/STF dispõe verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 2. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 3. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RODOVIA FEDERAL. ANIMAL NA PISTA. COLISÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUTARQUIA RESPONSÁVEL PELA GUARDA E SINALIZAÇÃO DAS RODOVIAS FEDERAIS. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. TETRAPLEGIA DA VÍTIMA. DANOS PERMANENTES. SEQUELAS. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. FIXAÇÃO DE PENSÃO. CC/1916, ART. Nº 1.539. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. JURISPRUDÊNCIA DO COLENDO STJ.” 4. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2012).

³ Art. 79. Fica criado o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT, pessoa jurídica de direito público, submetido ao regime de autarquia, vinculado ao Ministério dos Transportes. Parágrafo único. O DNIT terá sede e foro no Distrito Federal, podendo instalar unidades administrativas regionais.

O Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental em Recurso Especial n. 281.668 se manifestou quanto a acidentes ocorridos nas vias públicas do município, sendo aplicada a responsabilidade objetiva, nestes termos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE FATAL PROVOCADO POR BURACO E DESNÍVEL EM VIA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DANO INEQUÍVOCO. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA COM RAZOABILIDADE (250 SALÁRIOS MÍNIMOS). IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. ALEGAÇÃO DE DESCABIMENTO DE VINCULAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL AO SALÁRIO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A modificação do entendimento do acórdão recorrido, a fim de afastar a responsabilidade do Município pelo evento danoso, pressupõe, necessariamente, o reexame dos aspectos fáticos da lide – especificamente para verificar a suficiência das provas produzidas nos autos – atividade cognitiva inviável nesta instância especial (Súmula 7/STJ). 2. A revisão do valor fixado a título de danos morais somente é possível quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa no presente caso, em que ocorreu lesão fatal (morte). 3. A alegação de descabimento de vinculação da indenização por dano moral ao salário mínimo, não foi debatida pela Corte de origem, sequer implicitamente, e tampouco foram opostos Embargos de Declaração com o objetivo de sanar eventual omissão. Carece, portanto, de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356 do STF. 4. Agravo Regimental do Município de Balneário Camboriú desprovido. (BRASIL, 2013).

Quanto à responsabilização do município, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em seu voto, leciona: “[...] sabe-se, cabe ao Município a preservação das vias públicas, de modo que a má conservação das mesmas, aliada à causação de acidente de trânsito, gera o dever indenizatório do ente público.” (BRASIL, 2013).

Assim, por meio da análise jurisprudencial é possível verificar que a responsabilidade civil do Estado em relação à omissão possui um entendimento jurisprudencial dominante no sentido de ser aplicável a responsabilidade subjetiva nos casos de omissão genérica e nos específicos, como a manutenção das vias públicas, ser aplicado a responsabilidade objetiva.

Por fim, ainda haverá divergência em relação ao órgão responsável pela reparação, pois se o dano ocorrer em rodovia federal a responsabilidade será do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), se no âmbito das rodovias estaduais será responsável o Departamento de Estradas e Rodagem (DER). Já se acontecer nos limites de um município, este será o responsável.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil do Estado passou por grandes mudanças desde a sua origem, considerando-se que durante os séculos XVIII e XIX vigorava o absolutismo, em que o rei estava em situação hierárquica superior à população, assim, predominando a irresponsabilidade do Estado.

No final do século XIX, essa teoria foi suprimida, sendo adotados os atos de gestão e de império, que também logo foram superados pela teoria civilista da culpa anônima ou administrativa, representando a responsabilidade subjetiva. Esta necessita da presença de quatro requisitos, sendo a conduta de um agente, o dano, o nexo de causalidade entre o agente e o dano, além da culpa daquele.

Posteriormente, surge a responsabilidade objetiva, que se divide em duas teorias, a do risco integral e risco administrativo, sendo a última adotada por nossa Constituição, em que se faz necessária a demonstração do dano, uma conduta de um agente e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta. Portanto, na responsabilidade objetiva não há necessidade da prova da culpa.

Porém, o Estado nem sempre estará obrigado a reparar, considerando-se que estão admitidas pela nossa legislação as excludentes de ilicitude, que englobam o fato da vítima, fato de terceiro e a força maior e caso fortuito.

Dessa forma, após a análise da responsabilidade civil do Estado, é possível verificar que mesmo estando disposta em nossa Carta Magna no artigo 37, § 6º, a responsabilidade objetiva da Administração pelos danos que causar a terceiros, baseada na teoria do risco, esta nem sempre será aplicada de forma unânime em todas as situações.

Assim, nos casos de omissão Estatal, a jurisprudência, em sua maioria, entende que a responsabilidade a ser utilizada será a subjetiva nos casos em que houver uma omissão genérica. Caso seja uma omissão específica, será aplicável a objetiva. No mesmo sentido, a doutrina majoritária entende pela aplicação da responsabilidade objetiva.

Após a realização deste trabalho, foi possível verificar que em relação à responsabilidade Estatal pela omissão na manutenção das vias públicas, por ser uma omissão específica, vigora majoritariamente na doutrina e na jurisprudência a aplicação da responsabilidade objetiva.

Em relação aos órgãos a serem responsabilizados, haverá divergência, pois em relação às vias federais será responsável o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), nas estaduais será responsável o Departamento de Estradas de Rodagem (DER), já no âmbito do município, este será o responsável pelos danos ocorridos dentro de seus limites.

A fim de realizar a reparação ao particular, o Estado promoverá o pagamento; porém, a este caberá o direito de regresso contra o agente do órgão responsável pelo dano, caso haja a comprovação de sua culpa, podendo essa ação ser realizada tanto por meio da via judicial quanto administrativa.

À vista do exposto, mesmo com tantas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, caso o particular sofra algum dano em virtude da má conservação das vias públicas, este poderá se valer dos meios administrativos e judiciais para a reparação dos danos. Portanto, em virtude do entendimento majoritário da doutrina e tribunais quanto a omissões específicas ser aplicável a responsabilidade objetiva, o particular terá apenas que demonstrar a conduta do agente, o dano

sofrido e o nexó entre estes, assim facilitando a sua reparação em virtude de uma prática realizada pela Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos Relevantes. A Constituição Federal de 1988. A Questão da Omissão. Uma visão a partir da Doutrina e da Jurisprudência Brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao88.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 01 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial n. 875604 do Espírito Santo*. Relator: Min. Humberto Martins. Julgamento em 09 jun. 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6064133/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-875604-es-2006-0158972-3>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 281668 de Balneário Camboriú*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em 23 abr. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23315548/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-281668-sc-2013-0005293-2-stj>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 474.986 de São Paulo*. Relator: Min. José Delgado. Julgamento em 10 dez. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201490322&dt_publicacao=24/02/2003>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 438.831 do Rio Grande do Sul*. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgamento em 27 fev. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200200688151>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no agravo de Instrumento n. 855343*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em 21 ago. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2663120>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. [S.l.]: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CRETELLA JUNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: [S.n.], 1980.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na Atividade Regulatória do Estado e Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

PELLIZZARI, Renato. *O antigo Regime: o absolutismo monárquico*. Disponível em: <<http://descomplica.com.br/historia/da-idade-media-a-idade-moderna/texto-o-antigo-regime-o-absolutismo-monarquico#>>. Acesso em: 30 set. 2014.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *AC 2013.090140-3*. Relatora: Iolanda Volkmann. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Público. Julgamento em 18 mar. 2014. Brusque, 18 mar. 2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20130901403>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *A evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas controvérsias na Atividade Estatal*. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da Responsabilidade do Estado na Omissão da Fiscalização Ambiental. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS: PROCEDIMENTOS ADOTADOS PARA RESTITUIÇÃO DO CRÉDITO PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E POSSIBILIDADES DE DEFESA DO DEVEDOR

Marco Túlio Bittencourt Schneider*
Roni Edson Fabro**

Resumo: A alienação fiduciária em garantia se constitui em um contrato pelo qual o devedor transfere a propriedade de um bem ao credor, com a condição resolutiva expressa a fim de garantia de uma dívida. A pesquisa inicia com alguns aspectos gerais da alienação fiduciária, sua definição, o contrato e seu objeto, inclusive com breve incursão histórica no ordenamento jurídico brasileiro. Depois, a tônica é a alienação fiduciária de bens móveis, verificando-se a ação de busca e apreensão com procedimento previsto no Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, e seus desdobramentos processuais, seja com a venda do bem apreendido, seja com a execução de eventual saldo remanescente, haja vista que não mais aplicável a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito. A contratação de uma operação de alienação fiduciária em garantia deve ser feita com planejamento financeiro, a fim de evitar eventuais prejuízos decorrentes da contratação sem a observância dos seus requisitos mínimos, em especial, a necessidade e a capacidade de pagamento do devedor.

Palavras-chave: Contrato. Alienação fiduciária. Garantia.

1 INTRODUÇÃO

A alienação fiduciária se constitui em instrumento muito utilizado como forma de garantia de contratos. Com este trabalho, pretendeu-se analisar alguns procedimentos adotados pelos credores, principalmente quando as insti-

* Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; marcotuliobs@yahoo.com.br

** Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Mestre em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado; roni.fabro@unoesc.edu.br

tuições financeiras promovem medidas judiciais no sentido de reaver a totalidade do crédito por ocasião do inadimplemento dos devedores, bem como analisar possibilidades de defesas do devedor.

A pesquisa inicia com alguns aspectos gerais da alienação fiduciária, sua definição, o contrato e seu objeto, inclusive com breve incursão histórica. Depois, a tônica é a alienação fiduciária de bens móveis, verificando-se a ação de busca e apreensão com procedimento previsto no Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969.

O tema é atual, considerando-se que se tornou frequente o inadimplemento de contratos com garantia de alienação fiduciária. Assim, os procedimentos, que por muitos são considerados abusivos e não proporcionam a devida defesa do devedor, estão sendo cada vez mais utilizados, sendo imprescindível sua análise.

2 ASPECTOS GERAIS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Define-se alienação fiduciária em garantia como o contrato pelo qual o devedor transfere a propriedade do bem ao credor, com a condição resolutiva expressa a fim de garantia de uma dívida (MEZZARI, 1998).

Segundo Coelho (2013, p. 514), é um negócio em que uma das partes, chamada fiduciante, proprietária de determinado bem, aliena-o à outra parte, chamada fiduciário, em confiança, visto que esta se obriga a lhe devolver a propriedade do bem após o cumprimento do contrato, conforme hipóteses determinadas. Afirma, também, que a alienação fiduciária se constitui “[...] sempre em um negócio-meio a propiciar a realização de um negócio-fim.” (COELHO, 2013, p. 514).

Há transferência ao credor do domínio resolúvel e da posse indireta do bem ou da coisa móvel alienada, independentemente da tradição do bem, sendo possível, inclusive, que o bem alienado já seja parte integrante do patrimônio do devedor (NEGRÃO, 2012).

O interesse do credor é puramente reaver o crédito cedido, e não se apropriar do bem oferecido em garantia, já que utiliza a alienação fiduciária apenas como forma de garantia em caso de inadimplência.

2.1 CONTRATO BANCÁRIO

Sabe-se que grande parte das atividades produtivas depende de crédito. Assim, as pessoas físicas ou jurídicas que não possuem meios próprios para alcançar a evolução de seus negócios e atividades, bem como aquelas que pretendem adquirir determinado bem e não contam com recursos suficientes buscam, nas instituições financeiras, o crédito almejado.

Partindo dessa premissa, é o crédito que move a engrenagem para alcançar os objetivos das pessoas, o qual tem no banco o seu principal elemento técnico propulsor (RIZZARDO, 2009).

O contrato é a formalização dos interesses das partes, contendo as garantias e as obrigações destes. De acordo com Diniz (2011, p. 32), “[...] contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.”

Nesse mesmo viés, Rizzardo (2011, p. 6) conceitua que: “A própria origem etimológica do termo conduz ao vínculo jurídico das vontades, com vistas a um objetivo específico: *contractus*, do verbo *contrahere*, no sentido de ajuste, convenção, pacto ou transação.”

Entretanto, ainda conforme Rizzardo (2011, p. 21), “[...] não há dúvida que os diversos tipos de contratos de crédito bancário refletem a natureza, em todos os aspectos, de contratos de adesão.”

Inobstante, observando-se a modalidade alienação fiduciária, a cédula de crédito bancário é o instrumento utilizado para que a instituição financeira conceda o crédito, regulamentada pela Lei n. 10931, de 2 de agosto de 2004. Percebe-se que existem alguns pressupostos e requisitos para emissão e validade da

cédula de crédito bancário, exigindo-se que a cédula seja emitida por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou entidade a esta equiparada. Além disso, a cédula deverá corresponder a uma operação de crédito bancário e representar uma promessa de pagamento.

A Lei n. 10931, de 2 de agosto de 2004, ainda, no art. 29,¹ trouxe alguns requisitos essenciais para emissão da cédula, enquanto o art. 28² dispõe a respeito dos requisitos acessórios.

¹ Art. 29. A Cédula de Crédito Bancário deve conter os seguintes requisitos essenciais:

^I – a denominação “Cédula de Crédito Bancário”;

^{II} – a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;

^{III} – a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;

^{IV} – o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;

^V – a data e o lugar de sua emissão; e

^{VI} – a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.

² Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2o.

^{§ 1o} Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados:

^I – os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;

^{II} – os critérios de atualização monetária ou de variação cambial como permitido em lei;

^{III} – os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida;

^{IV} – os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido;

^V – quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia;

^{VI} – as obrigações a serem cumpridas pelo credor;

^{VII} – a obrigação do credor de emitir extratos da conta corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria Cédula de Crédito Bancário, observado o disposto no § 2o; e

^{VIII} – outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições desta Lei.

^{§ 2o} Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:

¹ – os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

Ocorre que as instituições financeiras, em muitos casos, exigem garantias para imposição do efetivo cumprimento do pacto celebrado, surgindo a figura da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis, inclusive.

Portanto, os contratos com garantia de alienação fiduciária envolvendo instituições financeiras são formalizados por meio da cédula de crédito bancário e são utilizados para aquisição de um bem ou como forma de entrega de garantia de um bem já pertencente ao devedor, para possibilitar a concessão de crédito.

2.2 CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Em se tratando de contrato de alienação fiduciária de bens móveis, existem alguns elementos indispensáveis, dispostos no art. 1362,³ do Código Civil. Partindo dessa premissa, é possível a classificação do contrato de alienação fiduciária.

Inicialmente, verifica-se que se trata de um contrato que depende de duas declarações de vontade. Em um segundo momento, é possível concluir que se trata de contrato bilateral, haja vista que os contratantes são simultânea e reciprocamente credores e devedores uns dos outros, produzindo o negócio direitos e deveres para ambos os envolvidos, de forma proporcional (TARTUCE, 2011).

Ainda, verifica-se que é um contrato oneroso, considerando que traz vantagens para ambas as partes, pois estas sofrem um sacrifício patrimonial correspondente a um proveito almejado (DINIZ, 2006).

^{II} – a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

^{§ 3o} O credor que, em ação judicial, cobrar o valor do crédito exequendo em desacordo com o expresso na Cédula de Crédito Bancário, fica obrigado a pagar ao devedor o dobro do cobrado a maior, que poderá ser compensado na própria ação, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

³ Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterá:

^I – o total da dívida, ou sua estimativa;

^{II} – o prazo, ou a época do pagamento;

^{III} – a taxa de juros, se houver;

^{IV} – a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

Ademais, trata-se de um contrato de forma solene, face às exigências legais de conter informações indispensáveis, conforme o já citado art. 1362, do Código Civil.

A forma solene tem por escopo garantir a autenticidade dos negócios, assegurar a livre manifestação da vontade das partes, chamando a atenção para a seriedade dos negócios que estão praticando e facilitar sua prova (DINIZ, 2006).

É também comutativo, observando-se que as partes já sabem quais são as prestações, ou seja, essas são conhecidas ou pré-definidas (TARTUCE, 2011).

Por fim, trata-se de um contrato visivelmente acessório, em razão de que depende de um negócio principal para ter validade.

Quanto ao objeto, ainda que o Código Civil de 2002 tenha se limitado a regulamentar somente a alienação de bens móveis, também é possível a alienação fiduciária de bens imóveis. Ainda, vale ressaltar a possibilidade de alienação fiduciária de bens já integrados no patrimônio do fiduciante. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento permitindo tal prática, conforme Súmula 28: “O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor.” (BRASIL, 1991).

De acordo com Rizzardo (2009, p. 415), “[...] não se deve considerar nulo um contrato no qual se institui a fidúcia em garantia de um empréstimo para fornecer à empresa capital de giro.”

Assim, é possível observar que o contrato de alienação fiduciária possui elementos particulares, os quais devem ser atendidos para que haja eficácia. Os referidos elementos servem para individualizar o contrato e torná-lo claro e objetivo quanto aos seus prazos, condições e garantias.

2.3 PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

2.3.1 Origem da propriedade fiduciária

Inicialmente, cabe destacar as raízes da propriedade fiduciária. Há indícios que de a constituição desse tipo de propriedade iniciou no direito germânico

medieval, sendo posteriormente implantada no direito romano. Chalhub (2003, p. 304) explica que “[...] a fidúcia era uma convenção pela qual uma das partes (o fiduciário), tendo recebido de outra (o fiduciante) a propriedade sobre determinada coisa, obrigava-se a lhe dar determinada destinação, restituindo-a depois.”

Cumprido observar, ainda, que a ideia originária de fidúcia teve início na Lei das Doze Tábuas, estabelecendo a Sexta Tábua que, se alguém empenha a sua coisa em presença de testemunhas, firma uma convenção com força de lei (RIZZARDO, 2009).

Conforme ensinamentos de Restiffe Neto (1976, p. 12), existiam três espécies de fidúcia no direito romano: *fiducia cum amico*, similar ao comodato; *fiducia cum creditore*, transferência da propriedade da coisa do credor, em garantia do pagamento de uma dívida; e *fiducia remanipationis causa*, pacto pelo qual o *paterfamilias* vendia um filho a outro *paterfamilias*, com a obrigação assumida por este de libertá-lo em seguida, visando à emancipação do filho.

Verifica-se que, nos casos de fidúcia existentes do direito romano, estão presentes os aspectos da transferência da propriedade a fim de obter um resultado posterior. Já no direito germânico medieval, a fidúcia tinha função econômica similar à do direito romano. Contudo, havia distinção no que se refere à natureza e aos limites do poder jurídico que o fiduciário tinha sobre o bem objeto da fidúcia.

Assim, no direito germânico, o poder jurídico sobre o bem era limitado, eis que qualquer alienação arbitrária do bem por parte do fiduciário era ineficaz, a fim de possibilitar a retomada do bem pelo fiduciante após cumprimento do pacto celebrado. Em contrapartida, no direito romano, o poder jurídico sobre o bem era ilimitado (CHALHUB, 2003).

No Brasil, a propriedade fiduciária surgiu com a Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965 – Lei de Mercado de Capitais, a fim de evoluir a garantia de bens móveis, já que somente existia o penhor e a reserva de domínio, os quais não atendiam mais às necessidades de garantia.

Dessa forma, a principal finalidade da origem da alienação fiduciária de bens móveis foi a simplificação do acesso ao crédito direto ao consumidor para a compra de bens de consumo duráveis.

Na década de 1960, o Brasil estava vivendo a industrialização e, com isso, era imprescindível a venda dos novos produtos e, para tanto, a facilitação do crédito, passando segurança ao credor com a garantia (LIMA, 2006).

Diante da ascensão do mercado imobiliário, viu-se também a necessidade de regulamentar a alienação fiduciária de bens imóveis, o que efetivamente ocorreu com a Lei n. 9514, de 20 de novembro de 1997.

2.3.2 Conceito e particularidades da propriedade fiduciária

O art. 1361,⁴ do Código Civil, conceitua a propriedade fiduciária de bem móvel. De igual forma, o art. 22,⁵ da Lei 9.514/97, trata da propriedade fiduciária de bem imóvel.

Necessário salientar que a propriedade fiduciária difere dos direitos reais limitados de garantia, quais sejam, o penhor, a anticrese e a hipoteca, porquanto nestes o titular da garantia tem um direito real em um bem alheio, enquanto na propriedade fiduciária, o titular da garantia é titular de direito em coisa própria, embora sua titularidade seja limitada em razão da propriedade resolúvel (CHALLHUB, 2003).

⁴ Art. 1361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

⁵ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

⁵ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

⁵ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.

⁵ Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

A propriedade fiduciária para fins de garantia foi disciplinada pelo direito positivo brasileiro como sendo propriedade resolúvel, ou seja, aquela que se transfere de forma restrita e temporária em um primeiro momento.

De acordo com essa característica de propriedade, o alienante fica investido de um direito expectativo, que corresponde ao direito de recuperar automaticamente a propriedade, assim que cumprida a obrigação. Ocorre a transmissão da propriedade limitada com o subsequente restabelecimento da situação jurídica anterior, uma vez implementada a condição ou com a transmissão da propriedade plena ao fiduciário ou a terceiro adquirente, na hipótese de deixarem de existir as limitações da propriedade fiduciária (CHALHUB, 2003).

O negócio jurídico com pacto adjeto de alienação fiduciária realizado entre o credor e o devedor tem por escopo, tão somente, garantir o adimplemento da dívida. A transferência da propriedade fiduciária em garantia de pagamento ocorre de forma *ficta*, considerando-se que ocorre a transferência ao credor apenas do domínio do bem móvel, permanecendo o devedor com a posse direta do bem.

Quando há propriedade fiduciária, ocorre o desdobramento da posse, visto que o devedor fica com a posse direta do bem, podendo utilizá-lo. Ocorre a transferência do domínio do bem ao credor, denominado fiduciário (em geral, uma instituição financeira, que forneceu o numerário para aquisição), em garantia do pagamento, permanecendo o devedor (fiduciante) com a posse direta da coisa. O domínio e a posse indireta passam ao credor, em garantia. Não acontece a tradição real, mas, sim, *ficta*, pelo constituto possessório (GONÇALVES, 2010).

Assim, pode-se dizer que não se opera efetivamente a tradição ou não se faz a entrega da coisa a quem a adquiriu (credor). A essência do negócio fiduciário é a retenção do bem pelo transmitente (devedor).

No que se refere aos bens móveis, em decorrência da facilidade de comercialização no mercado, o já mencionado § 1º, do art. 1361, do Código Civil, previu que a propriedade fiduciária se constitui pelo registro.

Dessa forma, tem-se como premissa que o registro é essencial para que haja o exercício de direitos nos contratos realizados com terceiros, não sendo exigível nos casos em que se busca o exercício de direitos entre as partes do contrato.

3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS

O procedimento de busca e apreensão de alienação fiduciária de bens móveis está previsto no Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, com algumas alterações que se fizeram necessárias durante o tempo de vigência.

3.1 DECRETO-LEI N. 911, DE 1º DE OUTUBRO DE 1969

O Decreto-Lei n. 911/69 foi criado para beneficiar determinados grupos econômicos, a fim de proteger o mercado de capitais. O surgimento da alienação fiduciária em garantia, em um primeiro momento, aparentava facilitar a aquisição de bens pelo consumidor. Todavia, de acordo com Póvoa (2006, p. 115), a alienação fiduciária em garantia na época foi “[...] um verdadeiro assalto ao bolso do consumidor, através de contratos leoninos carregados de obrigações e ônus para aquele que buscava adquirir qualquer bem, durável ou de consumo.”

Com o surgimento do Decreto-Lei n. 911/69, alterando a redação ao artigo que tratava da alienação fiduciária na Lei de Mercado de Capitais – Lei n. 4.728/65 –, surgiram também diversas críticas, principalmente no sentido do rigor que eram tratados os preceitos do referido Decreto-Lei.

Após a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, alguns artigos do Decreto-Lei n. 911/69 se tornaram inaplicáveis. Com diversas mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988, viu-se a necessidade de implementar o Decreto-Lei n. 911/69, o que efetivamente ocorreu com a Lei n. 10931, de 2 de agosto de 2004. A lei trouxe algumas inovações em relação à inserção de nova redação, com a alteração de redações ultrapassadas.

Dez anos após, houve a necessidade de novas alterações, surgindo, então, a Lei n. 13043, de 2 de agosto de 2014, que extinguiu a possibilidade de con-

versão da busca e apreensão em ação de depósito nos casos de não localização do bem, porquanto, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, deixou de existir a prisão civil de depositário infiel. Além disso, a lei criou mecanismos de proteção ao credor, no sentido de assegurar e facilitar a apreensão do bem.

3.2 PROCEDIMENTO PREVISTO

A ação de busca e apreensão pode ser classificada como um ato em que a autoridade competente autoriza a localização e apreensão de determinado bem móvel ou pessoa, com a finalidade de garantir o exercício de um direito. Conforme Póvoa (2006, p. 39), a busca e apreensão “[...] consiste em dois atos: procurar e apreender coisa móvel ou a pessoa, sendo inaplicável a medida a qualquer bem imóvel.”

Todavia, a ação de busca e apreensão fundada em pacto adjeto de alienação fiduciária possui como objeto somente bens móveis. O procedimento da ação de busca e apreensão de bem repassado em garantia de alienação fiduciária está previsto no Decreto-Lei n. 911/69, com as alterações da Lei n. 10931/04, bem como pela Lei n. 13043/14. O art. 2º,⁶ do Decreto-Lei n. 911/69, determina qual o procedimento que deverá ser adotado pelo credor após apreender o bem, a fim de quitar a dívida e restituir o saldo remanescente, quando houver, ao devedor.

No mesmo sentido do referido Decreto-Lei, o art. 1364,⁷ do Código Civil, dispõe procedimento idêntico que o credor deverá realizar. Portanto, o inadimplemento do contrato firmado entre as partes autoriza o credor a promover a ação de busca e apreensão, para logo após vender o bem apreendido e aplicar o valor da venda para quitação do crédito.

⁶ Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.

⁷ Art. 1364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.

Nesse sentido, entende Gonçalves (2011, p. 438) que “[...] comprovada a mora do devedor, pode o credor considerar vencidas todas as obrigações contratuais e ajuizar ação de busca e apreensão obtendo a liminar.”

3.2.1 Liminar no Processo de Busca e Apreensão

O extenso art. 3º,⁸ do Decreto-Lei n. 911/69, com a redação dada pela Lei n. 13433/14, dispõe que será concedida a medida liminar de busca e apreensão

⁸ Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.

§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no *caput*, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.

§ 3º O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar.

§ 4º A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do § 2º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição.

§ 5º Da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo.

§ 6º Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado. § 7º A multa mencionada no § 6º não exclui a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos.

§ 8º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.

§ 9º Ao decretar a busca e apreensão de veículo, o juiz, caso tenha acesso à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores – RENAVAM, inserirá diretamente a restrição judicial na base de dados do RENAVAM, bem como retirará tal restrição após a apreensão.

§ 10. Caso o juiz não tenha acesso à base de dados prevista no § 9º, deverá oficiar ao departamento de trânsito competente para que:

I – registre o gravame referente à decretação da busca e apreensão do veículo; e

II – retire o gravame após a apreensão do veículo.

§ 11. O juiz também determinará a inserção do mandado a que se refere o § 9º em banco próprio de mandados.

§ 12. A parte interessada poderá requerer diretamente ao juízo da comarca onde foi localizado o veículo com vistas à sua apreensão, sempre que o bem estiver em comarca distinta daquela da tramitação da ação, bastando que em tal requerimento conste a cópia da petição inicial da ação e, quando for o caso, a cópia do despacho que concedeu a busca e apreensão do veículo.

§ 13. A apreensão do veículo será imediatamente comunicada ao juízo, que intimará a instituição financeira para retirar o veículo do local depositado no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 14. O devedor, por ocasião do cumprimento do mandado de busca e apreensão, deverá entregar o bem e seus respectivos documentos.

do bem alienado fiduciariamente quando ocorrer a inadimplência do devedor e houver a comprovação da mora.

A mora decorre do simples vencimento do prazo para pagamento de uma prestação, ou seja, se o devedor não pagar determinada prestação na forma, na época, no valor e no lugar convencionados no contrato, estará constituído em mora (CHALHUB, 2003).

Ainda, de acordo com a Súmula 72 do Superior Tribunal de Justiça: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.” (BRASIL, 1993).

No entanto, para a medida da busca e apreensão, exige-se a condição da certeza e legalidade da dívida, inadmitindo-se em situações de excesso de juros, de multas exageradas e de inclusão de quantias que ensejam dúvida sobre a sua procedência. Assim, a cobrança de acréscimos indevidos importa na descaracterização da mora, tornando-se inadmissível a busca e apreensão liminar do bem (RIZZARDO, 2011). Portanto, a liminar depende de dois requisitos: inadimplemento do devedor e comprovação da mora deste, o que ocorre com a notificação extrajudicial positiva.

Nesse sentido, Rizzardo (2011, p. 472) entende que “[...] mesmo não esgotado o prazo assegurado para defesa, já se opera a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, o que constitui uma medida precipitada e cerceadora do direito de propriedade.”

Assim, denota-se que, após cumprida a liminar, ocorrerá a consolidação da propriedade em caso de não purgação da mora pelo devedor, mesmo considerando a possibilidade de defesa. Entretanto, em caso de improcedência da ação de busca e apreensão, quando já consolidado o bem em favor do credor, este poderá ser condenado ao pagamento de multa equivalente a 50% do valor originalmente

§ 15. As disposições deste artigo aplicam-se no caso de reintegração de posse de veículos referente às operações de arrendamento mercantil previstas na Lei no 6.099, de 12 de setembro de 1974.

financiado, devidamente atualizado, conforme preceitua o § 6º, do art. 3º, do Decreto-Lei n. 911/69.

3.2.2 Requerimentos Adicionais no Processo de Busca e Apreensão

Após o deferimento da liminar, muitas vezes o credor encontra diversas dificuldades para localização dos bens objeto da ação de busca e apreensão, principalmente veículos. Para facilitar a apreensão de bens em que o devedor dificulta a localização, o legislador, na Lei n. 13.403/2014, criou alguns mecanismos, os quais estão relacionados nos §§ 9º, 10 e 11, do art. 3º, do Decreto-Lei n. 911/69.

Assim, decretada a busca e apreensão de veículo, o Juiz, caso tenha acesso à base de dados do Renavam, deverá inserir a restrição judicial na referida base de dados. Todavia, caso isso não seja possível, deverá o Juiz oficiar ao Departamento de Trânsito para que este registre o gravame de busca e apreensão no prontuário do veículo.

Desse modo, evidente está que as medidas mencionadas servem para impossibilitar a venda do veículo, bem como facilitar a apreensão dos veículos pelas autoridades policiais.

3.2.3 Citação no processo de busca e apreensão

A Ação de Busca e Apreensão depende de um sigilo mínimo para que ocorra efetividade na localização do bem. Assim, deve-se considerar que a citação somente deverá ser efetuada após a execução da liminar, ou seja, após a efetiva busca e apreensão do bem, evitando, assim, que o devedor diligencie no sentido de ocultar o bem, a fim de impossibilitar a efetividade do processo.

O art. 214,⁹ do Código de Processo Civil, preceitua que o processo somente será válido se ocorrer a citação válida, inicial, do réu.

⁹ Art. 214. Para validade do processo é indispensável a citação inicial do réu.

Assim, considerando-se a hipótese de execução da liminar sem que ocorra a citação do devedor, os prazos previstos no Decreto-Lei n. 911/69 para que o devedor efetue a purgação da mora e conteste a ação contar-se-ão somente após a juntada do mandado de citação aos autos do processo.

3.2.4 Resposta do devedor no processo de busca e apreensão

O § 3º, do art. 3º, do Decreto-Lei n. 911/69, dispõe sobre a possibilidade de o devedor apresentar resposta. Entende-se que o devedor possa alegar em sua defesa tudo o que entender necessário e coerente. Porém, cabe ressaltar que, anteriormente às alterações do Decreto-Lei n. 911/69, o réu poderia alegar em contestação somente o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais, restringindo, dessa forma, o direito de defesa do devedor.

De acordo com o § 4º, do art. 3º, do Decreto-Lei n. 911/69, verifica-se a possibilidade do devedor apresentar defesa mesmo após a purgação da mora, com a finalidade de discutir valores.

Contudo, caso o devedor não apresente defesa no prazo de 15 dias, conforme preceitua o § 3º, do art. 3º, do Decreto-Lei n. 911/69, a este será aplicada a pena de revelia, conforme dispõe o art. 319,¹⁰ do Código de Processo Civil.

Assim, com a revelia decretada, o Juiz conhecerá diretamente do pedido, conforme art. 330,¹¹ II, do Código de Processo Civil.

3.2.5 Sentença no processo de busca e apreensão

Considerando a possibilidade de concessão de liminar prevista no Decreto-Lei n. 911/69, o legislador atribuiu um mecanismo para penalizar o autor

¹⁰ Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

¹¹ Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II – quando ocorrer a revelia (art. 319).

quando a ação é julgada improcedente, porquanto a apreensão indevida do bem pode causar diversos prejuízos ao devedor, a teor do § 6º, do art. 3º, do Decreto-Lei n. 911/69.

Cabe ressaltar que essa medida visa a conter a propositura de ações infundadas e sem o cumprimento dos requisitos legais. Aliadas a isso se encontram as palavras de Póvoa (2006, p. 132):

Tal inovação, também trazida pela Lei 10.931/04, a princípio parece favorecer o devedor fiduciante. Entretanto, em análise mais profunda deste dispositivo, verifica-se que o mesmo apenas abreviou a possibilidade de o devedor buscar a tutela jurisdicional, com a consequente reparação por perdas e danos, em razão do desapossamento indevido do bem alienado.

A sentença que julgar procedente os pedidos consolidará em definitivo a propriedade do bem em favor do autor e desafia recurso de apelação, com efeito apenas devolutivo, conforme o § 5º, do art. 3º, do Decreto-Lei n. 911/69, não impedindo, nos ensinamentos de Gonçalves (2011, p. 439), a venda extrajudicial do bem.

3.2.6 Saldo devedor e venda extrajudicial do bem objeto da ação de busca e apreensão

Após a consolidação da propriedade e venda extrajudicial do bem, o credor, autor da ação, deverá entregar ao devedor o saldo apurado favorável, se houver, devendo prestar contas. Entretanto, o que geralmente acontece é o contrário, ou seja, cabe ao devedor o pagamento de um montante ainda remanescente.

Conforme Chalhub (2003, p. 321), o credor é obrigado a vender o bem para satisfazer seu crédito e, eventualmente, promover execução contra o devedor, no caso do valor da venda do produto não ser suficiente para a amortização integral do crédito.

Portanto, existindo saldo em favor do credor, este poderá efetuar a cobrança junto ao devedor, avalistas e fiadores. Todavia, caso a alienação extrajudicial do bem seja efetuada sem o controle do devedor, fixando-se o preço por

ato exclusivamente unilateral, o saldo devedor torna-se incerto e ilíquido, não podendo, assim, o credor utilizar da via executiva para reaver seu crédito, por conta da iliquidez do título (RIZZARDO, 2011).

3.3 PURGAÇÃO DA MORA: NECESSIDADE DE PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO

Após executada a liminar de busca e apreensão do bem, ao devedor está facultado o pagamento integral da dívida pendente, a fim de recuperar o bem apreendido livre do ônus, atendendo ao que dispõe o § 2º, do art. 3º, do Decreto-Lei n. 911/69.

A respeito do assunto, Póvoa (2006, p. 130, grifo do autor) dispõe que: “Se o devedor optar pela purgação da mora, poderá fazê-lo no prazo que fala o § 1º do art. 3º do Decreto n. 911/69, ou seja, *até cinco dias* após a execução da liminar, quando, então, o bem lhe será restituído livre de ônus.”

Ocorre que existia uma divergência no que diz respeito à necessidade de pagamento da integralidade do débito para caracterização da purgação da mora pelo pagamento, não sendo suficiente adimplência somente das parcelas vencidas acrescidas dos encargos moratórios até a data do depósito.

Tal divergência estava fundamentada na Súmula 284, do Superior Tribunal de Justiça: “A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado.” (BRASIL, 2004). Sua validade estava condicionada à antiga redação do art. 3º,¹² § 1º, do Decreto-Lei n. 911/69.

¹² Art. 3º. O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

§ 1º Despachada a inicial e executada a liminar, o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, se já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requerer a purgação de mora.

Após o surgimento da Lei n. 10931/2004, a referida súmula tornou-se automaticamente inaplicável, porquanto houve alteração na redação no que diz respeito aos requisitos para purgação da mora.

Assim, o texto atual do Decreto-Lei n. 911/69 é claro ao preceituar que a purgação da mora ocorre com o pagamento integral da dívida, no que consistem as parcelas vencidas e vincendas do contrato.

Cabe ressaltar que o pagamento da integralidade da dívida para purgação da mora, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, é cabível somente aos contratos firmados posteriormente à vigência da Lei n. 10.931/2004, conforme se verifica dos ensinamentos de Theodoro Junior (2010, p. 575): “A exigência da lei nova, no entanto, não deve ser aplicada à purgação requerida ainda na vigência da norma antiga, visto que o tema da mora e sua emenda pertencem ao direito material e não ao processual.”

3.4 MEDIDA CABÍVEL QUANDO DA NÃO LOCALIZAÇÃO DO BEM

No enunciado do art. 4º,¹³ do Decreto-Lei n. 911/69, com a redação dada pela Lei n 13.403/2014, caso o credor não localize o bem, fica facultado a ele requerer a conversão da busca e apreensão em processo de execução, a fim de apropriar bens do devedor, tantos quantos bastem para assegurar o valor da dívida apresentada pelo credor.

Contudo, antes da vigência da Lei n. 13403/2014, não existia previsão expressa para conversão em processo de execução e, sim, em ação de depósito, conforme se verifica da redação do art. 4º,¹⁴ antes da revogação pela Lei n. 13.403/2014.

¹³ Art. 4º. Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, fica facultado ao credor requerer, nos mesmos autos, a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva, na forma prevista no Capítulo II do Livro II da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

¹⁴ Art. 4º. Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.

Por sua vez, quando convertida a ação de busca e apreensão em ação de depósito, utilizava-se o procedimento previsto nos artigos 901¹⁵ a 906, do Código de Processo Civil. Frise-se que a conversão em ação de depósito poderia acarretar a prisão civil do devedor, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 904, do Código de Processo Civil.

Importante salientar que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, preceitua que ninguém poderá ser detido em razão de dívidas. Outrossim, cabe mencionar que pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, foi promulgada no Brasil a Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizando no ordenamento jurídico brasileiro o Pacto de San Jose da Costa Rica.

Gonçalves (2011, p. 440),¹⁶ destaca que: “O Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu, proíbe, em seu art. 7º, n. 7, a prisão civil por dívida, excetuando apenas o devedor voluntário de pensão alimentícia.”

No entanto, apesar da adesão do Direito brasileiro ao Pacto de San José da Costa Rica, divergências ainda eram salientes, ao passo que prisões aconteciam em decorrência do desencontro jurisprudencial. Nesse mesmo viés é o entendimento de Rizzardo (2011, p. 473): “Dominava, no entanto, acirrada divergência jurisprudencial, ora se admitindo a prisão, ora não se admitindo. Nos últimos anos passou a dominar a corrente que afastou a possibilidade de prisão por qualquer modalidade de depositário infiel.”

Desde a edição do Decreto-Lei n. 911/69, foi pacífico o entendimento de que a prisão civil do devedor seria legítima. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, surgiram divergências na doutrina e na jurisprudência, considerando o que dispõe seu art. 5º,¹⁷ LVXII.

¹⁵ Art. 901. Esta ação tem por fim exigir a restituição da coisa depositada.

¹⁶ Continua, informando: “O mesmo ocorre com outros tratados sobre direitos humanos aos quais o Brasil também aderiu, como, *verbi gratia*, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, patrocinado pela ONU, e a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firmada em Bogotá em 1948.”

¹⁷ Art. 5º. LVXII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Em 16 de dezembro do ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal, decidiu sobre a prisão civil do depositário infiel, conforme Súmula Vinculante n. 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme Súmula n. 419: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.”

Logo, apesar de a conversão da ação de busca e apreensão em processo de execução ser expressamente regulamentada somente pela Lei n. 13.403/2014, tal medida já era aplicada desde a decisão do Supremo Tribunal Federal de 2009, declarando ilícita a prisão do depositário infiel. Dessa forma, a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito tornava-se ineficaz, porquanto a medida que garantia a eficácia, qual seja, a prisão do depositário infiel, tornou-se ilícita.

4 CONCLUSÃO

A alienação fiduciária em garantia tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro e é muito utilizada para obtenção de crédito. Todavia, sua contratação deve ser feita com cautela, considerando a condição legal privilegiada que o credor detém para cobrança do débito, haja vista que, apesar de não mais ser possível a transformação da ação de busca e apreensão em ação de depósito, mesmo com a venda do bem fiduciariamente alienado, é possível que ainda haja saldo devedor, a ser pago pelo devedor, que poderá ser cobrado pela instituição financeira em processo de execução.

A contratação, em sendo necessária, deve ser feita com planejamento financeiro, a fim de evitar eventuais prejuízos decorrentes da contratação da alienação fiduciária em garantia sem a observância dos seus requisitos mínimos, em especial a necessidade e a capacidade de pagamento do devedor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Decreto Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.931, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, n. 4.728, de 14 de julho de 1965, e n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 ago. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.043, de 13 de novembro de 2014. Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sobre a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros e sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias; [...] e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 nov. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13043.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 28*, de 25 de set. de 1991. O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor. Brasília, DF, 08 out. 1991. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2728%27>>. Acesso em: 02 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 72*, de 14 de abr. de 1993. A comprovação da mora e imprescindível a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. Brasília, DF, 20 abr. 1993. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2772%27>>. Acesso em: 02 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 419*, de 03 mar. 2010. Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel. Brasília, DF, 11 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=false&l=10&i=121>>. Acesso em: 03 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante n. 25*, de 16 de dez. de 2009. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Brasília, DF, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 02 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 284*, 28 abr. 2004. A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado. Brasília, DF, 13 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27284%27>>. Acesso em: 02 out. 2015.

CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade Fiduciária de bens imóveis em garantia. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, n. 21, p. 302-38, set. 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação fiduciária da Lei n. 9.514, de 20-11-1997: doutrina, modelos, legislação*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa: títulos de crédito e contratos empresariais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

PÓVOA, Liberato. *Busca e apreensão: teoria, prática, jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia Fiduciária*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CARACTERIZAÇÃO DO DOLO NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deise Michele Mantovani*
Jorge Eduardo Hoffmann**

Resumo: Neste artigo teve-se como objetivo analisar a caracterização do dolo nos atos de improbidade administrativa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O estudo da composição de tais atos indica que o ilícito da improbidade administrativa possui elemento qualificador diferenciado, havendo forte indicação pela desonestidade e pelo grave desvio ético. As doutrinas penais têm grande importância em matéria de improbidade referente ao estudo do elemento subjetivo, dolo e culpa, pois o conceito de dolo natural do direito penal, no qual o dolo se encontra presente na própria ação, pode ser aplicado ao dolo da improbidade, caracterizando-se, portanto, sem a comprovação de que o agente tinha conhecimento da ilicitude do ato, bastando praticar a conduta proibitiva, pois, assim, agiu de forma livre e consciente, a fim de atingir determinado resultado. Entretanto, percebe-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não possui entendimento pacífico acerca de como é caracterizado o dolo na improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade. Dolo. Caracterização. Jurisprudência.

1 INTRODUÇÃO

Entre outras questões polêmicas relacionadas à má gestão pública no Brasil, uma em especial chama a atenção: a prática de atos de improbidade administrativa.

* Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; deisemantovani22@hotmail.com

** Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina; jorge.hoffmann@unoesc.edu.br

Cotidianamente, o cidadão se depara com informações acerca do assunto em noticiários de TV, jornais, *sites* e redes sociais. Na sua maioria, as reportagens apontam absurdas práticas de atos de improbidade administrativa, mostrando a audácia e a desonestidade dos agentes públicos que desviam dinheiro, enriquecendo-se ilicitamente, fazem manobras políticas que atendem interesses pessoais e de grupos apoiadores, entre outras condutas ímprobas.

Não é diferente quando se pensa no que falam as pessoas em suas casas, nas ruas ou em encontros de grandes e pequenos grupos sociais. O descontentamento com a ineficiência dos serviços públicos é assunto em alta!

As constantes e absurdas informações que revelam o cometimento desses atos são tão frequentes que parecem naturais. Algumas pessoas, assustadoramente, não se surpreendem mais e chegam a considerá-los aceitáveis, ou porque são cometidos há muito tempo ou porque são praticados pela maioria. E é nesse contexto que se vive em um país com leis demais e punições de menos.

A Lei n. 8.429/92, conhecida como a Lei da Improbidade Administrativa, surgiu como meio de prevenir, combater e punir os agentes causadores dessas condutas, que há tempos assolam a Administração Pública.

No entanto, como a Lei da Improbidade Administrativa está a punir somente as condutas que estejam revestidas do elemento subjetivo, sendo o dolo exigido para os casos previstos nos artigos 9º, 10 e 11 e a culpa somente nos casos do artigo 10, pretende-se analisar neste artigo como o dolo vem sendo entendido e caracterizado na visão do Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, serão analisados os aspectos históricos, políticos e constitucionais da criação da Lei de Improbidade Administrativa, compreendendo o contexto vivido pelo Brasil nesse momento de importantes mudanças para a probidade e para a ética pública. Além disso, será abordada a questão da natureza jurídica dos atos de improbidade, a composição do ilícito praticado na improbidade e o elemento subjetivo, distinguindo o dolo e a culpa em matéria civil e penal, comparando-os, por fim, ao dolo e à culpa da Lei de Improbidade Administrativa.

Ao final, pretende-se analisar como o dolo está sendo entendido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a fim de inferir se há variedade e/ou conflito de entendimentos, ou mesmo se a questão é enfrentada suficientemente. Talvez o maior desafio nesse artigo seja entender se a jurisprudência é clara e motivada, porque o que se vê, rotineiramente, são decisões com motivação mascarada, na medida em que se limitam a indicar o fato e o dispositivo legal.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS, POLÍTICOS E CONSTITUCIONAIS DA CRIAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

Há muito tempo que as normas jurídicas se ocuparam com o poder/dever de regulamentar as condutas sociais humanas e os desejos infundáveis da sociedade. No entanto, nem sempre essa regulamentação, por meio de normas jurídicas, veio em concomitância com os problemas advindos das relações sociais.

Embora as Constituições brasileiras sempre tratassem do assunto, a improbidade administrativa ganhou corpo efetivo, sendo elevada ao nível de ordenamento constitucional, somente com a Constituição Federal de 1988, quando foram definidos elementos concretos capazes de identificar e punir os agentes ímprobos como há tempos mereciam.

Apesar de a Lei não ser o único instrumento de combate dos litígios advindos das relações sociais, é nela, infelizmente, que a sociedade deposita as maiores esperanças em expurgar de seu convívio aquelas condutas violadoras da moral.

Nesse sentido, Horta (1998 apud OLIVEIRA, 2009, p. 147) relata com propriedade que:

A lei é o instrumento por excelência para o controle da corrupção. Nem sempre atinge seus objetivos. Os recursos e as formas de corrupção são múltiplos. O seu dinamismo pela capacidade inventiva e pela burla do corruptor ultrapassa a normalidade do quadro legal. Se a lei não opuser barreira à corrupção, sua ausência favorecerá o domínio dos meios escusos da improbidade. É com a Lei que devemos contar para o combate à corrupção e seu desmantelamento implacável.

Demonstrando a antiguidade e o poder de alastramento da corrupção nas sociedades, Garcia e Alves (2002, p. 131) mencionam:

A corrupção, tal qual o câncer, é um mal universal. Combatida com empenho e aparentemente controlada, não tarda em infectar outro órgão. Iniciado novo combate e mais uma vez sufocada, pouco se espera até que a metástase se implemente e mude a sede da afecção. Este ciclo, quase que inevitável na origem e lamentável [...], é tão antigo quanto o homem. O primeiro ato de corrupção pode ser imputado à serpente seduzindo Adão com a oferta da maçã, na troca simbólica do paraíso pelos prazeres ainda inéditos da carne.

No mesmo sentido, procurando demonstrar as raízes dos atos ímprobos e a gestão do patrimônio público em prol de interesses pessoais, Garcia e Alves (2002, p. 3) comparam as ações de alguns administradores públicos às de Nabucodonosor, filho de Nabopolassar e que assumiu o Império Babilônico em 624 a.C., quando citam que este, buscando satisfazer sua Rainha Meda, saudosa das colinas e florestas de sua pátria, providenciou a construção de estupendos jardins suspensos, tendo tal excentricidade consumido anos de labor e gastos incalculáveis, culminando em erigir uma das sete maravilhas do mundo antigo (GARCIA; ALVES, 2002, p. 3).

Nesse contexto, as legislações em todo o mundo buscavam caracterizar os atos de improbidade administrativa e, por consequência, penalizá-los.

E não foi diferente na Legislação brasileira. A preocupação com a probidade administrativa há muito frequenta o direito positivo pátrio. Tanto é que, com exceção da Carta de 1824, a qual consagrou a irresponsabilidade do Imperador (art. 99), todas as Constituições republicanas previam a responsabilização do Chefe de Estado por infração à probidade da administração (GARCIA; ALVES, 2002, p. 136).

Decomain (2007, p. 11-20) faz um levantamento histórico, em âmbito brasileiro, demonstrando os caminhos percorridos na Legislação em busca da incriminação de condutas que atingem o patrimônio público. O autor relaciona desde as Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil até a entrada em vigor do Có-

digo Criminal do Império de 1830, até o atual preceito constitucional disposto no art. 37 da Constituição Federal. No mesmo sentido, Garcia e Alves (2002, p. 138-141) elencam as Legislações brasileiras que foram se aperfeiçoando até a entrada em vigor da Lei n. 8.429/92.

Porém, em que pese já estivessem previstas explicitamente com esses dispositivos a possibilidade de ação judicial de condenação e ressarcimento daqueles que praticassem atos de improbidade administrativa, nenhuma das Legislações trazia a expressão “improbidade administrativa”, tampouco fazia referência às sanções de perda do cargo ou suspensão de direitos políticos (DECOMAIN, 2007, p. 20).

Foi então que, em agosto de 1991, o Presidente da República, Fernando Collor de Mello, encaminhou à Câmara dos Deputados a mensagem n. 406/91, acompanhada de projeto de lei redigido pelo Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, resultando no Projeto de Lei n. 1.446/91. Após várias emendas e discussões no Congresso Nacional, o Projeto possibilitou o surgimento de outras duas espécies de improbidade administrativa: o dano ao erário e a violação aos princípios administrativos (GARCIA; ALVES, 2002, p. 147-148).

Como bem explica Osório (2010, p. 102), a previsão da improbidade no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, foi novidade histórica em razão do tratamento dispensado à matéria, pois agora, à luz do direito administrativo como modelo centralizador, iniciou-se uma forma original de encarar o problema, rompendo a tradição linear que as Constituições antecessoras marcaram, pois oscilavam entre a perspectiva penal e puramente ressarcitória ou cível, além do enfoque infraconstitucional sempre voltado ao campo disciplinar.

Desse modo, o âmbito valorativo da improbidade administrativa ganhou corpo efetivamente com a Constituição de 1988 e, posteriormente, com a Lei n. 8.429/92, pois trouxeram, finalmente, a pretensão constitucional à preservação da probidade, além da pretensão de sancionar os ímprobos de modo severo (DECOMAIN, 2007, p. 20).

Não se pode contestar que o direito pátrio procurava há tempos demonstrar que comportamentos ímprobos estariam a merecer sanções. Mas é incontroverso que somente com a Constituição de 1988 e após a promulgação da Lei n. 8.429/92, de fato se estabeleceram princípios e normas pertinentes à moralidade e à improbidade administrativa. Certamente, o Constituinte, cansado de constatar os inúmeros abusos de poder e os mais variados e absurdos comportamentos ímprobos, finalmente, e decidiu encorajar administrados e Administração a adotar postura de maior dignidade e, o mais importante, afastar-se dos terrenos lamacentos na qual a própria Constituição se encontrava chafurdando (GARCIA; ALVES, 2002, p. 20).

3 NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Analisando a improbidade administrativa sob o aspecto de sua natureza jurídica, denota-se que as legislações constitucionais e infraconstitucionais não a tratavam de maneira específica, especialmente, sob o enfoque administrativo, pois a interpretação ocorria sob vários aspectos, por vezes no âmbito do direito penal ou civil, outras no campo do direito disciplinar, eleitoral, ou, até mesmo, sob o enfoque político.

No entanto, a partir da Carta de 1988, a improbidade administrativa foi tratada como ilícito de responsabilidade e ilícito extra penal, desprendendo-se, portanto, das concepções constituídas anteriormente. Foram inseridas na Constituição Federal de 1988, definições distintas: uma seguindo a tradição das Constituições republicanas, do fenômeno da responsabilidade dos altos mandatários do povo, e outra inaugurando uma inédita modalidade sancionadora, que transcendeu os limites penais, pois estava “[...] intimamente ligada ao direito administrativo.” (OSÓRIO, 2010, p. 103).

Por outro lado, sabe-se que o direito penal também se ocupa com o dever de probidade administrativa. O bem jurídico protegido por esses tipos

penais pode ser denominado “probidade administrativa” ou “moralidade administrativa”, ou, inclusive, “Administração Pública”. Nessa perspectiva, crime de responsabilidade e de improbidade sempre andaram juntos; por isso ser comum que juristas se refiram a crimes de improbidade. Mas tal terminologia peca pela excessiva ambiguidade, porque foca apenas uma das facetas do fenômeno (OSÓRIO, 2010, p. 104).

Justen Filho (2005, p. 692-693) chama a atenção para as interpretações feitas com base no art. 12 da Lei n. 8.429/92, que indica que além das sanções civis, penais e administrativas já previstas em outros diplomas, serão aplicadas aquelas constantes da Lei n. 8.429/92, concluindo pela evidência da natureza complexa do instituto da improbidade, haja vista que conjuga princípios e regras de direito civil, de direito administrativo, de direito penal e de direito constitucional. O autor destaca que o instituto da improbidade é peculiar, pois reside na integração de institutos de diversas naturezas, produzindo um conjunto heterogêneo, dotado de funções de defesa dos valores essenciais à gestão administrativa, afirmando, por fim, que “[...] a improbidade não é apenas administrativa, nem somente penal, mas um instituto administrativo-penal-civil.”

Dessa forma, verifica-se que a Lei n. 8.429, de 1992, tratou a improbidade administrativa claramente como matéria estranha ao direito penal, podendo ser compreendida somente se a Lei for analisada em um contexto mais amplo de má gestão pública. Isso porque a improbidade administrativa é nada menos do que a modalidade mais grave de má gestão pública do direito administrativo (OSÓRIO, 2010, p. 106).

Fazzio Júnior (2003, p. 46-47) afirma que o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, afastou expressa e completamente qualquer conotação penal que se pretenda atribuir aos atos de improbidade administrativa, pois, por óbvio, as condutas descritas nos preceitos da Lei n. 8.429/92 podem, também, configurar ilícitos penais, mas estas serão apuradas na ação penal cabível, com sanções peculiares.

De mais a mais, o Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2797, já se posicionou acerca da natureza cível dos atos de improbidade administrativa. A matéria foi colocada em discussão em virtude da inconstitucionalidade contida nos §§ 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, que previa a prerrogativa de foro no julgamento das ações de improbidade administrativa.

Depois disso, explanados os principais pontos acerca da natureza jurídica da improbidade administrativa, percebe-se que os atos de improbidade elencados na Lei n. 8.429/92 jamais devem ser equiparados aos ilícitos penais, porquanto são, nitidamente, ilícitos de natureza civil-administrativa e, por isso, analisados na integralidade à luz dessa natureza jurídica.

4 A COMPOSIÇÃO DO ATO ILÍCITO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Neste momento, resta oportuna uma abordagem sintética acerca da composição do ato ilícito civil e penal, a fim de compará-los ao ilícito praticado no ato de improbidade administrativa.

Na concepção civil, Rizzardo (2009, p. 28) define que a culpa no sentido estrito equivale à ação ou omissão involuntária que causa danos, e que ocorre por negligência ou imprudência, expandindo-se em sentidos equivalentes, como descuido, imperícia e desatenção. No sentido lato, a culpa abrange o dolo, isto é, abrange a ação ou omissão voluntária, pretendida e almejada, que também traz danos. Assim, a ação humana eivada de tais máculas, ou seja, de culpa no sentido estrito e lato, denomina-se ato ilícito.

Portanto, verifica-se que no ilícito civil a culpa no sentido lato abrange o dolo, não havendo relevância em se fazer distinção entre dolo e culpa.

Em contraponto, observando-se a estrutura do ilícito penal, denota-se que é necessária e de grande relevância a distinção entre o dolo e a culpa.

Entre os inúmeros conceitos trazidos pelas doutrinas penais, Nucci (2008, p. 217) conceitua de maneira objetiva que o dolo “[...] é a vontade consciente de praticar a conduta típica (visão finalista – é o denominado dolo natural).” Assim, “[...] quando o agente atua, basta que objetive o preenchimento do tipo penal incriminador, pouco importando se ele sabe ou não que realiza algo proibido.”

Diferentemente, a culpa representa “[...] o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado.” (NUCCI, 2008, p. 223).

Já o elemento subjetivo que compõe a estrutura do ilícito administrativo possui uma configuração especial, isso porque o administrador público desenvolve atividades que exigem um dever de diligência peculiar, haja vista a missão de distribuir o bem comum aos administrados. Acerca do assunto, Justen Filho (2005, p. 667) discorre enfatizando que algumas atividades são potencialmente danosas à coletividade, e, nesses casos, a atuação do sujeito é apta a produzir efeitos na órbita jurídica de terceiros. Assim, escolhendo desenvolver essa atividade, o sujeito deve ter consciência de que suas escolhas serão de fundamental relevância para o bem-estar e a felicidade alheios.

Nesse contexto, Osório (2010, p. 63-64) explica que um cargo de natureza pública, é “[...] um cargo que indica confiança do cidadão, um cargo que suporta, para seu titular, a obrigação de atuar a favor do interesse público.” Basicamente, por esses motivos é que “[...] não basta aos homens públicos a honestidade. Quer-se muito mais [...] Exige-se que sejam funcionários públicos eficientes, diligentes e, sobretudo, justos.”

Por isso, fica clara a existência de peculiaridades na configuração da improbidade como ato ilícito, que, de certa forma, a diferenciam da configuração dos ilícitos civis e penais.

Ora, se no ilícito civil não há distinção entre o dolo e a culpa, pois a culpa abrange o dolo, e, no ilícito penal, o dolo difere-se da culpa, estaria à improbidade mais aproximada do ilícito penal ou do ilícito civil?

Na improbidade, assim como no direito penal, faz-se distinção entre os atos ilícitos culposos e dolosos; no entanto, como já demonstrado, a natureza do ato de improbidade não é penal. Entretanto, na improbidade a culpa não abrange o dolo como no ilícito civil.

Pois bem, seria, então, a improbidade administrativa um ilícito distinto, com características peculiares? Se distinto, o que o distingue dos demais ilícitos? Seria um ilícito qualificado? Qualificado pelo quê?

Parece notório que a improbidade administrativa não é um ilícito qualquer, ainda mais pensando no fato de que nem todo ilícito é uma improbidade.

Nas considerações de Justen Filho (2005, p. 686), a expressão “improbidade” apresenta forte conotação ética, indicando condutas que infringem a moral, a lealdade, a boa-fé, com forte cunho de corrupção econômica. No entanto, nem todo ato eticamente reprovável configura improbidade.

Baracho (2002, p. 214), afirma que “[...] a improbidade administrativa é definida como ação ou omissão, dolosa ou voluntária, praticada por agente público, que se configura por ato de desonestidade.”

Na concepção de Fazzio Júnior (2003, p. 49), os atos de improbidade estão inseridos no cenário mais amplo da corrupção no poder público, ostentando um caráter de centralidade indiscutível, como expressão de uma disfunção pública. Por isso, “[...] o desvio de poder para uma finalidade antijurídica, quer dizer, desvio com dolo, causa uma disfunção pública qualificada a que a ordem jurídica positiva classifica como ilícita [...]”

Na visão de Oliveira (2009, p. 249-271), a configuração do ato de improbidade administrativa, depende da ofensa a três vertentes axiológicas, resultantes do processo de decomposição do bem jurídico, quais sejam: a ofensa à honestidade funcional, a ofensa ao zelo na gestão patrimonial do erário e a ofensa à lealdade e à imparcialidade.

Percebe-se, desde já, que a improbidade administrativa, de fato, pode estar revestida de uma ou mais características qualificadoras, que não se percebem, necessariamente, presentes quando da configuração do ilícito civil ou penal.

Quanto à possível correlação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade por improbidade administrativa, Oliveira (2009, p. 256) reforça que não há correlação automática entre elas quando presente conduta funcional patrimonialmente prejudicial ao erário. Isso porque não é qualquer ato ou omissão de agente público gerador de responsabilidade civil do Estado que fará surgir responsabilização por improbidade administrativa.

Oliveira (2009, p. 262), nesse aspecto, faz uma importante análise do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, concluindo que a norma aponta para uma valoração ético-normativa específica na improbidade, uma valoração qualificada pela honestidade, zelo, lealdade e imparcialidade, exigidos na atividade pública e submissa à legalidade formal e material do Estado Constitucional.

Com efeito, verifica-se, ainda, que a conduta ímproba não se equipara à conduta ilegal do administrador público, muito menos é sinônimo de conduta contrária a quaisquer princípios jurídicos, pois, mais uma vez, exige-se uma nota de tipificação material específica ou sobressalente, que abre as portas para o poder punitivo dirigido à improbidade (OLIVEIRA, 2009, p. 263).

Ainda, no campo da especialidade dos ilícitos elencados na Lei n. 8.429/92, Osório (2010, p. 43) aborda o assunto da má gestão pública como espécie de improbidade administrativa. Para o autor, o princípio da boa gestão pública seria mais um dos deveres explícitos aos administradores, pois a confiança entre administradores e administrados exige a boa gestão pública, já que os primeiros têm que prestar contas de seus atos aos segundos em uma relação contínua e permanente, que não se esgota no processo eleitoral, até porque o administrador não ganha um “cheque em branco” para governar.

Silva (2004, p. 650) esclarece que improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. Assim, a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário público servir a Administração com honestidade, exercendo suas funções sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou a quem queira favorecer.

Na visão de Alvarenga (2003, p. 107), pode-se concluir que a improbidade administrativa é espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, enriquecendo ilicitamente, obtendo vantagem ilícita para si ou para outrem ou causando dano ao erário.

Portanto, denota-se que há forte inclinação para a honestidade como sendo a nota característica e específica do ilícito da improbidade.

Diante disso, parece impossível excluir o dolo do conceito de desonestidade e, conseqüentemente, do conceito de improbidade, já que se torna difícil imaginar que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito, já que ao senso de desonestidade estão jungidas as ideias de má-fé, de deslealdade, a indicar presente o dolo (ALVARENGA, 2003, p. 108).

Assim, parece prudente indicar que há uma peculiaridade e, porque não dizer, uma qualificadora, na configuração da improbidade, que a distingue dos ilícitos comuns (civil e penal). Embora não seja possível identificá-la(s) com precisão, parece que a desonestidade, o dolo, a ofensa à lealdade e à imparcialidade são as especificações sobressalentes da improbidade, certamente, por conta da relevância inerente às funções públicas e da confiança depositada pelo cidadão no administrador, que espera vê-lo imbuído de todos os atributos éticos e do espírito público.

5 DO ELEMENTO SUBJETIVO NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Parece claro à concepção dogmática de que não é admissível a *imputatio juris* de um resultado danoso sem um elo psíquico que a ele vincule o agente. Desse modo, ressalvados os casos expressos no ordenamento jurídico de responsabilidade objetiva, é insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo (GARCIA; ALVES, 2002, p. 214).

Assim, se não existir um vínculo subjetivo unindo o agente à conduta, e esta ao resultado, não será possível demonstrar “[...] o menosprezo ou descaso pela ordem jurídica e, portanto, a censurabilidade que justifica a punição (*ma-*

lum passionis ob malum actionis).” O elemento subjetivo que deflagrará esse elo de encadeamento lógico entre vontade, conduta e resultado, com a consequente demonstração da culpabilidade do agente, poderá apresentar-se sob duas únicas formas: o dolo e a culpa (GARCIA; ALVES, 2002, p. 214-215).

O arcabouço de princípios e regras do Estado Democrático de Direito impede o exercício de competências sancionatórias punitivas fundadas na responsabilidade objetiva. Assim, além da tipificação objetiva da conduta, é imprescindível a investigação da tipificação subjetiva, negando-se a conformação de improbidade sob a afirmação de que o ilícito independe de dolo ou culpa (OLIVEIRA, 2009, p. 272).

Portanto, a aplicação da Lei de improbidade administrativa exige bom-senso e pesquisa de intenção do agente, devendo ser verificado se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto (DI PIETRO, 2011, p. 843).

5.1 A DISTINÇÃO ENTRE DOLO CIVIL E DOLO PENAL E A COMPARAÇÃO COM O DOLO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Na improbidade, assim como na esfera penal, é essencial que se verifique na conduta do ímprobo a presença da liberdade do agente na realização da ação ímproba.

Nesse sentido, infere-se que o meio pelo qual se apreendem os conceitos valorativos e se avaliam de antemão as próprias ações é a consciência (AMARAL, 2003, p. 176). Mas como compreender e valorar a consciência do ímprobo a ponto de auferir estar ele agindo com dolo?

Amaral (2003, p. 176) afirma:

A consciência é um atributo próprio do homem, que se desenvolve desde a tenra idade, passando por várias fases (formação de caráter, aquisição de valores, etc.), até chegar à idade adulta, quando requer um conhecimento que em geral capacita o homem a evitar o injusto sem maiores reflexões [...]

Em termos jurídicos, o que capacita o homem para decidir entre o “lícito” e o “ilícito”, entre o “justo” e o “injusto”, entre o “direito” e o “crime” é a sua consciência do direito (AMARAL, 2003, p. 176).

Os adeptos da culpabilidade pelo fato sustentam que:

[...] o homem que pratica a conduta a ser analisada depara-se inexoravelmente com uma situação absoluta: de ter que decidir entre ouvir a voz de sua consciência ética ou seguir o caminho da tentação que os prometidos proventos do crime lhe proporcionam, e assim determinar com sua livre decisão seu mérito e sua culpabilidade [...] (AMARAL, 2003, p. 202).

Quanto à tarefa de comprovar a liberdade de vontade do indivíduo no processo, Sousa (2012) entende que em matéria de improbidade não há necessidade dessa prova por força de presunção legal. Basta a prova da ação (conduta) do agente.

Nas palavras de Amaral (2003, p. 204):

[...] não se sabe se da liberdade do homem enquanto espécie se pode inferir a liberdade do autor do fato na situação concreta, devido às constantes alterações que se passam na mente do ser humano sobre as condições em que se produz a decisão, efetivamente indemonstráveis empiricamente; nem se sabe de que forma o homem consegue resistir aos impulsos criminais que o tentam [...]

No entanto, apesar dessa indemonstrabilidade da liberdade de querer, Amaral (2003, p. 204) entende que:

É possível que o fato concreto seja somente o resultado da relação de forças existentes entre os impulsos psicológicos, e que na irrepetível situação ao autor tenham faltado as forças necessárias para determinar-se conforme o direito. Por isso, a reprovação da culpabilidade é dirigida ao autor que “na situação em que se encontrava, houvera podido atuar de outra forma, no sentido de quem, com base na experiência comum sobre a essência do homem, outro em seu lugar poderia ter atuado de outro modo nas concretas circunstâncias, empregando a força de vontade que possivelmente faltou ao autor”. Mas, mesmo assim, fica sem resposta a questão sobre se o acusado pôde contar com a suficiente força de vontade.

Certo é que “[...] todos partimos da certeza da liberdade como pressuposto de nossa atuação e esperamos igualmente uma conduta livre do próximo.” (AMARAL, 2003, p. 204).

As doutrinas penais estudam e apresentam o dolo em várias espécies e classificações. No entanto, em matéria de improbidade, a principal distinção se concentra na diferença entre o dolo natural e o dolo normativo.

Reale Júnior (2000, p. 123), quando disserta acerca da teoria da culpabilidade, aduz que:

[...] o resultado é fruto de um movimento muscular dominado pela força psíquica que o impele. Seriam, então, dois elementos diversos e que distintamente devem ser analisados: o elemento exterior, causador do resultado, em virtude do qual a ação é juridicamente relevante; e o elemento interior, que torna a ação atribuível a alguém. É a separação total entre a realização da vontade e o conteúdo da vontade.

Diferentemente, na adoção da teoria finalista da ação, admite-se que o dolo se encontra presente na própria conduta, ou seja, se o agente atua, faz porque o quer, de forma livre e consciente. Assim, na teoria causalista a investigação sobre dolo e culpa ocorre na análise da culpabilidade; já na teoria finalista da ação, dolo e culpa saem da culpabilidade e vão para a ação (SOUSA, 2012).

Nucci (2008, p. 217, grifo nosso) explica bem a distinção entre as teorias e entende que o conceito de dolo vai depender de qual teoria é adotada. Na visão finalista dolo “[...] é a vontade consciente de praticar a conduta típica”, é o denominado *dolo natural*. Na visão causalista, dolo “[...] é a vontade consciente de praticar a conduta típica, acompanhada da consciência de que se realiza um ato ilícito”, é o denominado *dolo normativo*.

Na acepção civil, para Miranda (1984, p. 72), “[...] o dolo é vontade da contrariedade a direito [...]”

Nas palavras de Lopes (1962 apud RIZZARDO, 2009, p. 1), o dolo ou a culpa em *lato sensu* consistem no “[...] ato ou omissão constituindo um descumprimento intencional ou não, quer de uma obrigação contratual, quer de uma prescrição legal.”

Gonçalves (2012, p. 417), quando fala acerca do dolo principal no direito civil, indica que se trata de um vício na declaração da vontade, no consentimento, asseverando que “[...] somente o dolo principal, como causa determinante da declaração de vontade, vicia o negócio jurídico.”

Além disso, como já mencionado anteriormente, no direito civil a culpa no sentido *lato* abrange o dolo, portanto, não há relevância em se fazer distinção entre dolo e culpa. Nesse sentido são as palavras de Rizzardo (2009, p. 29), quando menciona que “[...] o ato ilícito nasce da culpa, no sentido amplo, abrangendo o dolo e a culpa propriamente dita, distinção não importante para a reparação do dano.”

Em contraponto, na estrutura do ilícito penal é necessária e de extrema relevância a distinção entre o dolo e a culpa.

Desse modo, depois de feita essa distinção acerca do dolo, observa-se o quanto é complicada a comprovação da vontade, pois é impossível para o Direito penetrar na mente do indivíduo para identificar sua intenção.

Lucena (2011, p. 59) menciona que “[...] todos que lidam na prática sabem que o elemento subjetivo que move a conduta do agente está no interior, no íntimo, na mente dele e só é descoberto pelas circunstâncias, o modo como o ato foi praticado [...]”

Assim, chegando a esse ponto já é possível perceber porque o estudo da improbidade administrativa ocorre tanto nas doutrinas penais. Porque o dolo no direito civil indica apenas um vício de consentimento, ou vício na vontade do indivíduo na realização de um negócio jurídico, geralmente oriundo de um contrato.

Além disso, no direito civil não há relevância em se distinguir o dolo da culpa. Portanto, o dolo da improbidade não se adapta e nem pode ser interpretado como o dolo do direito civil. Isso porque a Lei de Improbidade deixou clara a necessidade e a relevância na distinção entre dolo e culpa. Além do mais, não houve menção na Lei de que os atos de improbidade administrativa precedem, necessariamente, da violação de um contrato ou de um negócio jurídico.

Já o dolo no direito penal se refere à vontade consciente de praticar o tipo descrito na lei. Porém, na improbidade administrativa não há um tipo específico a ser praticado, haja vista que a Lei n. 8.429/92 descreveu tipos genéricos de atos. Todavia, assim como no direito penal, na improbidade também se faz distinção entre dolo e culpa, sendo essa distinção de extrema relevância, como também o é na esfera penal.

Desse modo, trazendo essas considerações para a improbidade administrativa, pode-se chegar a duas conclusões alternativas: o dolo elencado na Lei n. 8.429/92 é o dolo do direito penal; o dolo da improbidade é distinto do dolo civil e do dolo penal, fazendo surgir um conceito inovador.

Parece mais prudente entender que o dolo da improbidade é o dolo do direito penal e que a Lei de Improbidade quis se aproveitar dos estudos e conceitos da esfera penal, em especial do conceito do dolo natural, no qual o agente público não necessita conhecer diretamente a ilicitude do ato, bastando, para caracterizar a improbidade, praticar a conduta descrita na Lei, de forma voluntária e com intenção de realizar os elementos que descrevem a proibição, ainda que sem a necessidade de expressa consciência do ilícito.

Assim, infere-se que em matéria de improbidade deve o elemento subjetivo ser analisado por meio do exame objetivo dos fatos. Desse modo, para se provar dolo e culpa, faz-se necessária a prova da ação do agente, quando, então, presume-se que o tenha feito dolosamente, ou seja, que tenha agido por vontade própria, de forma livre e consciente, a fim de atingir determinado resultado (SOUSA, 2012).

Analisando o dolo por essa ótica, se o agente público não prestou contas, por exemplo, a prova relativa ao elemento subjetivo de sua ação limitar-se-á à demonstração de que tinha ciência da obrigação (de prestar contas) e não a cumpriu. Não se exige a prova material de sua intenção, posto ser impossível conhecer sua mente ou seu pensamento (SOUSA, 2012).

O mesmo se verifica em relação à culpa, pois, apesar de todas as classificações e distinções que a doutrina penal e civil elencam, como já foi demonstrado

anteriormente, a culpa para o direito civil, é abordada no seu vocábulo *lato sensu*, abrangendo, portanto, o dolo, ou seja, abrange todas as espécies de comportamentos contrários ao direito.

Assim, comparando a culpa elencada na Lei de Improbidade Administrativa com a culpa penal e civil, percebe-se, mais uma vez, a necessidade de serem usados os conceitos da ciência penal, já que nesta o dolo é, necessariamente, diferenciado da culpa, como acontece em matéria de improbidade. Se a Lei de improbidade administrativa diferenciou expressamente os atos culposos dos dolosos, pretendeu igualá-la ou aproximá-la da culpa do direito penal, já que no direito civil não é relevante sua distinção.

Assim, depois de abordados os principais aspectos do dolo e da culpa no âmbito civil e penal, infere-se que a tarefa do aplicador do direito, referente à caracterização do dolo na improbidade, é enormemente complexa. Primeiro porque a comprovação da liberdade de agir do agente é extremamente subjetiva no caso concreto e, segundo, porque, mesmo diante de tantas definições sobre o tema, vê-se que a aplicação e o enquadramento da conduta ímproba aos termos doutrinários é, talvez, ainda, a maior dificuldade encontrada pelos que zelam pelos interesses da Administração Pública.

6 CARACTERIZAÇÃO DO DOLO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Lei n. 8.429/92 está prestes a completar 23 anos de vigência e ainda gera muitas discussões no campo doutrinário e jurisprudencial. É enorme a quantidade de processos que ainda discutem questões básicas como a classificação de um ato como improbidade administrativa ou, até mesmo, a exigência do dolo como elemento subjetivo.

A jurisprudência pátria, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, depois de idas e vindas, consolidou, por meio do julgamento do REsp n. 1.127.143/RS (2009/0042987-9), no voto proferido pelo Ministro Castro Meira, o

entendimento sobre a indispensabilidade de demonstração do dolo nas hipóteses dos arts. 9º e 11 e, ao menos, de culpa nas hipóteses do artigo 10, nas quais o dano ao erário precisa ser comprovado (BRASIL, 2010).

Além disso, no julgamento do REsp n. 951.389/SC (2007/0068020-6), o Ministro Hermann Benjamin pacificou o entendimento de que o elemento subjetivo necessário para caracterizar os atos de improbidade administrativa do art. 11 é o dolo genérico. Assim, não é necessária a presença de dolo específico, com a comprovação da intenção especial do agente. Na decisão, o Ministro Hermann Benjamin enfatizou que “[...] não se impõe a presença de dolo específico, ou seja, de comprovação de intenção especial do ímprobo, além da realização de conduta tida por incompatível com os princípios administrativos.” (BRASIL, 2010).

Assim, depois de superada a tese da indispensabilidade do dolo nas hipóteses dos arts. 9º e 11 e, ao menos, de culpa nas hipóteses do art. 10, restou aos Tribunais o desafio da devida avaliação da conduta do agente que revele a sua vontade em atingir o resultado vedado pela norma, à luz do contexto fático e não apenas da mera violação à lei, sem que isso consagrasse a responsabilidade objetiva em matéria de improbidade (PEREIRA; CAMMAROSANO, 2013, p. 117).

Assim, pretende-se analisar essa questão na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar como está sendo entendido o dolo na improbidade administrativa. É claro que o objetivo não é exaurir tal questão, pois foram analisadas neste artigo apenas algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça que abordam a matéria.

O Ministro Herman Benjamin, no julgamento do REsp n. 765.212/AC (2005/0108650-8), apesar de entender que tecnicamente é válida e mais correta a tese da exigência de dolo para configuração da improbidade descrita no art. 11, reconhece que há exigência de dolo específico, mas genérico, destacando ser ele “[...] a vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora.” Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, pois o dolo estaria configurado pela manifesta vontade de realizar conduta

contrária aos deveres de honestidade e legalidade e aos princípios da moralidade administrativa e da legalidade (BRASIL, 2010).

Na visão de Pereira e Cammarosano (2013, p. 117), embora a fundamentação do voto tenha acolhido a tese da indispensabilidade do dolo na configuração do ato de improbidade, não houve exame do contexto que revelaria a vontade do agente em alcançar o resultado proibido, pois se concluiu pela improbidade por não ser tolerável olvidar um princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República.

De acordo com o Ministro Herman Benjamin, o mesmo raciocínio se aplica em relação à contratação de servidor sem concurso público, uma vez que o dolo decorreria da inequívoca obrigatoriedade do certame, caracterizando, portanto, o dolo *in re ipsa*.

Para os contrários a esse entendimento, há o perigo de o aplicador da norma ignorar o dever de motivação da decisão, pois, nesse contexto do dolo genérico, bastaria suficiente o descumprimento patente da lei para constatar a improbidade, ou seja, a mera violação à norma, em relação à qual não se pode alegar desconhecimento, atestaria a conduta ímproba (PEREIRA; CAMMAROSANO, 2013, p. 116).

Investigava-se naqueles autos a eventual promoção pessoal em propaganda pelo Governador do Estado do Acre. Em seu voto, o Ministro Herman asseverou que “[...] o dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.” Isso porque a promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Por fim, fez constar que “[...] não constitui erro escusável ou irregularidade tolerável olvidar princípio constitucional da magnitude da impessoalidade.”

Percebe-se que é nesse ponto que a jurisprudência pátria oscila, pois, apesar do claro entendimento do Ministro Herman Benjamin, há decisões que asseguram que de um comportamento voluntário (causa) não se pode concluir, *ipso*

facto, necessariamente, que o resultado (efeito) tenha sido também pretendido direta e indiretamente pelo agente (PEREIRA; CAMMAROSANO, 2013, p. 117).

Esse desencontro de entendimentos jurisprudenciais demonstra o enfrentamento da discussão acerca das teorias penais citadas por Nucci, na medida em que o dolo seria realmente entendido a partir da adoção da teoria causalista ou da teoria finalista. Para a visão finalista “[...] dolo é a vontade consciente de praticar a conduta típica”, é o denominado dolo natural. Para a visão causalista “[...] dolo é a vontade consciente de praticar a conduta típica, acompanhada da consciência de que se realiza um ato ilícito”, é o denominado dolo normativo.

Nesse sentido, no já mencionado julgamento do AgRg no Recurso Especial n. 975.540/SP (2007/0180690-1), percebe-se que o Ministro Teori Albino Zavascki explica a necessidade de serem usados os conceitos do direito penal para compreensão da caracterização do elemento subjetivo da improbidade administrativa. Veja-se parte da importante decisão:

[...] para efeito de caracterização do elemento subjetivo do tipo, em atos de improbidade administrativa, devem ser obedecidos, *mutatis mutandis*, os mesmos padrões conceituais que orientam nosso sistema penal, *fundados na teoria finalista, segundo a qual a vontade constitui elemento indispensável à ação típica de qualquer crime* [...] No crime doloso, a finalidade da conduta é a vontade de concretizar um fato ilícito [...] Dito de outra forma: O tipo doloso implica sempre a causação de um resultado (aspecto externo), mas caracteriza-se por requerer também a vontade de causá-lo. *Essa vontade do resultado, o querer do resultado, é o dolo* [...] (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Diferentemente do REsp. n. 765.212, nos autos do AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 270.857/MG (2012/0253567-6), o Ministro Geraldo Og Fernandes entendeu ausentes os elementos subjetivos e objetivos, porquanto não comprovada a má-fé dos agentes ou dano ao erário na compra de três retransmissores de televisão sem o devido processo licitatório.

Nesses autos o Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que partiu da premissa de que a infringência aos ditames da Lei n. 8.666/93, por si só, não seria suficiente para a subsunção

automática das condutas dos demandados aos tipos previstos na Lei de Improbidade. O Ministro entendeu que a inexistência de prova de que o administrador teria se beneficiado com as possíveis falhas, tampouco teria delas advindo real prejuízo ao erário municipal, levaria a improcedência da condenação da prática de improbidade administrativa, isso porque seria apenas a infringência da Lei n. 8.666/93 suficiente para a configuração do ato de improbidade.

Entendeu o Ministro, portanto, que a comprovação da vontade consciente de praticar a conduta típica teria que estar acompanhada da consciência da ilicitude do ato, adotando, assim, os preceitos da teoria causalista, do dolo normativo.

No julgamento do Recurso Especial n. 1.164.881/MG (2009/0217737-6), interposto em face de decisão que reconheceu a inexistência de dolo ou de culpa grave em contratação de empresa sem prévia licitação, o Relator Ministro Mauro Campbell Marques deu provimento ao recurso, entendendo plenamente caracterizado o dolo. Veja-se parte do voto:

Como a origem atrelou a ausência de dolo à inexistência de dano ao erário, a questão da configuração do elemento subjetivo doloso teve análise insuficiente pela origem. Isto porque esta Corte Superior possui jurisprudência no sentido de que [o] dolo compreende necessariamente o conhecimento e o querer (vontade). Como se sabe, entretanto, dentro desta perspectiva, existem dois tipos de dolo: direto (imediate ou mediato) e eventual, dispensando o dolo específico, ou o especial fim de agir (voto-vista de minha lavra no REsp 765.212/AC), não se relacionando, portanto, à (in)existência de resultado lesivo. 6. Na espécie, *o elemento subjetivo na modalidade doloso está plenamente caracterizado, na medida em que a contratação sem realização de licitação foi levada a cabo pelo recorrido, sem justificativa plausível para tanto, com violação a preceito básico da Administração Pública, que é a obrigatoriedade genérica e apriorística do prévio procedimento de licitação para fins de contratação.* (BRASIL, 2011, grifo nosso).

A questão do dolo também foi discutida nos autos do Recurso Especial n. 1.193.248/MG (2010/0084042-2) (BRASIL, 2014), pelo Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, quando mencionou que a aplicação cega do *caput* do art. 11, leva, sem dúvida, à conclusão judicial de que toda ilegalidade é ímproba e,

portanto, o seu autor se sujeita às sanções previstas para essa conduta. O Ministro afirmou que a ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), eis que cada uma tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.

No entanto, o próprio Ministro assume a complexidade de demonstração desse elemento subjetivo, aduzindo que a discussão acerca do dolo é interminável, gerando dúvida se deve ser aplicado o específico, ou se bastará o chamado dolo genérico, tão próximo da culpa grave.

Dessa forma, percebe-se que a questão da caracterização do dolo na improbidade administrativa é matéria polêmica e que ainda renderá muitas discussões no campo jurisprudencial. Além disso, pode-se verificar que a questão carece de aprofundamento.

7 CONCLUSÃO

Não é recente a preocupação com o combate das condutas ímprobas na Administração Pública. As normas jurídicas há tempos se ocupam com a tarefa de definir o que é juridicamente e moralmente inaceitável no trato com a coisa pública. É certo que a Lei n. 8.429/92 em muito contribuiu para o avanço na coibição de condutas desonestas, mas ainda há muito que se fazer em matéria de preservação da ética pública.

Depois das abordagens feitas neste artigo, pode-se concluir, em apertada síntese, que o dolo da improbidade administrativa é mais aproximado do dolo do direito penal, podendo o conceito de dolo natural ser aplicado ao dolo da improbidade administrativa. Assim, para ser caracterizada a improbidade, o agente público não necessita conhecer da ilicitude do ato, basta praticar a conduta descrita na Lei.

Desse modo, para se provar dolo e culpa, faz-se necessária somente a prova da ação do agente, quando, então, presume-se que o tenha feito dolosamente, ou seja, que tenha agido por vontade própria, de forma livre e consciente, a fim de atingir determinado resultado.

No que se refere à jurisprudência do STJ, constatou-se que são escassas as decisões claras e objetivas e que enfrentam, exaustivamente, a matéria sobre o dolo. Muitas se limitam a apontar a ausência de dolo, sem elucidar a justificativa, resumindo a caracterização à ausência de enriquecimento ilícito ou de prejuízo ao erário.

Foi possível observar que há indicação pelo estudo e aplicação das doutrinas e conceitos penais em matéria de improbidade, mesmo que de forma tímida. Verificou-se entendimento no sentido de que o dolo da improbidade deve se utilizar das teorias do direito penal, e, nesse ponto, há decisões apontando pela aplicação da teoria finalista, do dolo natural, na qual o dolo é a vontade consciente de praticar a conduta descrita na lei, não havendo necessidade de se provar que o agente conhecia a ilicitude do ato.

De outro norte, viu-se que na maioria das decisões o dolo não foi caracterizado, pois ausente a prova da vontade do agente em produzir resultado ilícito, ou melhor, por não terem sido identificadas nas condutas a má-fé e a desonestidade do agente. As decisões se limitam a mencionar que a simples subsunção do fato à conduta descrita na lei não basta para caracterizar ato de improbidade administrativa.

Assim, em algumas decisões, viu-se que o STJ entendeu mais prudente aplicar ao dolo da improbidade administrativa os fundamentos da teoria causalista, do dolo normativo, na qual se exige não somente a comprovação da vontade consciente de praticar a conduta típica, mas também a consciência de que se realizava um ato ilícito.

Portanto, restou claro que as decisões oscilam, no momento em que exigiram para alguns casos a comprovação de que o agente tinha agido com má-fé, desonestidade e que, além disso, tivesse plena consciência da ilicitude do ato, e em outras decisões, admitiram que o dolo se encontrava presente na ação, ou

seja, bastando a comprovação de que o agente tinha agido com consciência livre e vontade de realizar a conduta proibitiva para restar caracterizada a improbidade.

Em vista disso, pode-se perceber que não há entendimento unânime de como o dolo da improbidade é caracterizado.

Assim, depois do estudo feito neste artigo, foi possível verificar a riqueza e o aprofundamento das doutrinas penais acerca do dolo. O que se espera é essa análise seja mais detalhada e definitiva em matéria de improbidade, já que a composição do ilícito da improbidade administrativa possui uma nota peculiar em razão da forte conotação ética de suas condutas, o que indica um estudo específico, voltado à proteção dos interesses públicos.

Com o enfrentamento da matéria pelos Tribunais Superiores Brasileiros, esperam-se, em consequência, julgamentos mais claros, com adjetivos mais precisos e realmente motivados. Além disso, a pacificação do assunto possibilitará maior clareza na comprovação do dolo para aqueles que zelam pela probidade no setor público.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Junqueira Aristides. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O dever de Probidade e o Administrador Público. In: SAMPAIO, José Adérico Leite et al. (Org.). *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 270.857/MG*, de 17 de outubro de 2013. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Sérgio Antonio de Assis e outro. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31686120&num_registro=201202535676&data=20131029&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Recurso Especial n. 975.540/SP*, de 17 de novembro de 2011. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: José Cardim de Souza. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18998034&num_registro=200701806901&data=20111128&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.127.143/RS*, de 22 de junho de 2010. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Ivan Carlos Paim e outro. Relator: Ministro Castro Meira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10870791&num_registro=200900429879&data=20100803&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.164.881/MG*, de 14 de setembro de 2010. Requerente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Requerido: Christiano Augusto Bicalho Canedo e outro. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12202144&num_registro=200902177376&data=20101006&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.193.248/MG*, de 24 de abril de 2014. Requerente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Município de Serra do Salitre e outros. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31415825&num_registro=201000840422&data=20140818&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 765.212/AC*, de 02 de março de 2010. Requerente: Ministério Público do Estado do Acre. Recorrido: Francisco Batista de Souza e outro. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4702977&num_registro=200501086508&data=20100623&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n. 951.389/SC*, de 09 de junho de 2010. Requerente: João Valmir Schallatter. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8723174&num_registro=200700680206&data=20110504&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2797*, de 15 de setembro de 2005. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=39571>>. Acesso em: 10 set. 2014.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: comentários*, artigo por artigo, da Lei n. 8.429/92 e do DL 201/67. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LUCENA, Mário Augusto Drago de. *Uma análise crítica da ação de improbidade com especial relevo para os tipos culposos*. 2011. 103 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual e Cidadania)–Universidade Paranaense, Umuarama, 2011. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Dissertacoes/Mario_Augusto_Drago_de_Lucena.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção; ineficiência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Flávio Unes; CAMMAROSANO, Márcio. Improbidade Administrativa e a Jurisprudência do STJ. *Revista CEJ*, Brasília, DF: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ano 27, n. 61, p. 115-121, set./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1835/1793>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406 de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. Nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional n. 42 de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003). São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SOUSA, Eduardo Nepomuceno de. Elementos subjetivos nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Doutrina TRF4*, 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Eduardo_Sousa.html>. Acesso em: 20 abr. 2015.

DA PRISÃO EM FLAGRANTE POR CRIME DE FURTO: UM BREVE ESTUDO SOBRE O VÍCIO EM CRACK COMO POSSÍVEL FATO ENSEJADOR DO DELITO

Fabiano Marca*
Rafaella Zanatta Caon Kravetz**

Resumo: No presente artigo teve-se por objetivo mostrar sucintamente como foi a construção dos direitos e garantias fundamentais (direitos humanos) ao longo dos anos e a importância de se preservarem esses direitos, especialmente no que diz respeito à prisão em flagrante por crime de furto. Por meio de abordagem qualitativa, utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, partindo-se de uma premissa geral para, então, atingir uma premissa específica. Isto é, no trabalho abordam-se questões de direitos humanos e sua histórica construção, bem como se mencionam os tipos de prisão em flagrante, pois é justamente nesse momento que o Estado retira direitos e garantias fundamentais em razão da lavratura do flagrante delito, especialmente referente ao crime de furto praticado pelos usuários de *crack*. Ainda, contextualizam-se as drogas, em especial a maconha e o *crack*, drogas que podem ensejar do crime de furto. Neste estudo concentrou-se na doutrina e em dados extraídos de pesquisa na internet e em matérias de veículos de comunicação, traçando um paralelo entre o usuário de drogas, o crime de furto e o respeito aos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Prisão em flagrante. Furto. Drogas. *Crack*.

1 INTRODUÇÃO

Com a evolução da sociedade, é natural que o direito penal brasileiro se adapte aos novos ditames sociais criando mecanismos de coerção, defesa da ordem e pacificação social, sempre pautado nos princípios que regem os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

* Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

** Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Criminal pelo Centro Universitário Curitiba; rafaella.caon@unoesc.edu.br

Os direitos humanos foram sendo construídos e evoluídos com o passar do tempo; assim, cada geração de direitos humanos alcançada com base em determinados acontecimentos históricos, obtendo por resultado o que hoje se entende por direitos fundamentais, tutelados em praticamente todo o mundo.

O assunto abordado é de extrema importância, pois a prisão em flagrante delito atua justamente no momento da quebra da ordem pública e das regras do nosso ornamento jurídico, exigindo que o Estado atue imediatamente por meio de seus órgãos fiscalizadores, no caso do presente estudo, a Polícia Militar, para restabelecer a normalidade alterada pelo delito cometido. Esse restabelecimento deve obedecer aos princípios constitucionais e zelar pela preservação dos direitos humanos e direitos fundamentais conquistados ao longo do tempo.

Atualmente, a prisão em flagrante acontece justamente na hora em que há uma quebra da ordem pública, quando efetivamente há um fato típico, anti-jurídico e culpável, como um caso de furto, anelado às mais diversas formas de prisão em flagrante e a todas as peculiaridades trazidas pelo legislador quanto à tipificação e ao “*modus operandi*” do crime.

Frequentemente se pode perceber nos noticiários e demais meios de comunicação que o crime de furto acontece com certa constância, restando dúvidas quanto aos motivos que levam as pessoas a cometerem esse tipo de delito.

Entre as várias possibilidades que podem ser elencadas, a droga surge como um possível fato ensejador do crime, com motivos que fazem acreditar que usuários podem cometer o delito para manter seu vício.

Ao analisar os efeitos na saúde e sociais que as drogas podem causar, percebe-se que os usuários e dependentes possuem laços estreitos com delitos de furto ou roubo, pois não se trata apenas de questões psíquicas, mas também de questões financeiras, conforme se apurará no decorrer do estudo.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM BREVE SÍNTESE HISTÓRICA

É notória a importância dos direitos e garantias fundamentais em nosso cotidiano; mesmo eventualmente, sem perceber, convive-se diuturnamente com situações em que o direito está presente e próximo, no entanto, nem ao menos se percebe que se tratam de direitos essenciais para o convívio social, os quais foram, ao longo dos anos, construídos e conquistados, passando por diversas transformações e arguidos das mais diversas formas até obterem a consistência e a forma atualmente conhecidas.

Para Mendes (2014, p.135), a transformação dos direitos fundamentais em normas obrigatórias é resultado de uma maturação histórica, permitindo que o direito evolua em todas as épocas, adaptando-se de acordo com cada situação lógica existente. Foi assim em diversas fases históricas, como no cristianismo, por exemplo. Grecco (2011, p. 40) contribui com esse entendimento ao mencionar que “O cristianismo primitivo, ou seja, aquele que era efetivamente praticado até o início do século IV, [...] era composto por determinações humanitárias, seguidas fielmente pelos cristãos.” O referido autor complementa, ainda, informando que o cristianismo revolucionou aquele tempo ao tratar de outros direitos para todos, inclusive das mulheres, já que eram tratadas apenas como objetos de trabalho, assim, o amor ao próximo passou a reger o comportamento de todo ser humano (GRECCO, 2011, p. 40).

Existem algumas gerações de direitos fundamentais que foram sendo construídas ao longo da história, em que as primeiras garantias abrangeriam os direitos referidos nas Revoluções Americana e Francesa, por isso conhecidas como de primeira geração, pois fixavam uma certa autonomia pessoal frente à expansão do Poder. Essa autonomia pode ser facilmente compreendida quando Mendes (2014, p. 136) menciona que seriam consideradas indispensáveis a todos os homens, considerando-os individualmente.

O que se percebe é que os direitos individuais estão sendo criteriosamente preservados, como os direitos de consciência, de reuniões, que eram rigorosamente observados àquela época, além da inviolabilidade de domicílio, o que trouxe para o homem um certo estado de conforto, ao ter um local “seguro” para si e sua família.

Em relação aos direitos fundamentais de primeiro grau, Sarlet (2011, p. 46) também manifesta que se tratam de direitos que demarcam uma zona de não intervenção estatal e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. Alega, ainda, que tais direitos e garantias fundamentais são posteriormente completados por uma série de liberdades, incluindo as conhecidas liberdades de expressão e de participação política, antes somente permitidas a quem mantinha certo poder econômico, deixando claro que os direitos de primeira geração têm em seu fundamento a separação das atividades estatais da sociedade.

Surge a necessidade de estabelecer uma liberdade real e igual para todos e poderia ocorrer mediante ações corretivas dos Poderes Públicos, elas passivas ou ativas; essas ações fizeram com que o Estado fosse mais cauteloso na atuação e em suas relações com os indivíduos. Nessa seara, Mendes (2014, p. 137) menciona que uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os poderes públicos a assumirem o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais; são direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas.

Os direitos referidos por Mendes (2014, p. 137) dizem respeito aos direitos fundamentais de segunda geração, como assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer e outros; esses direitos surgiram da necessidade de o Estado se relacionar mais e melhor com os indivíduos. Complementando, Sarlet (2011, p. 47) manifesta o comprometimento do Estado com a sociedade, já que “Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados [...], caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direito a prestações sociais estatais.”

Para os direitos fundamentais chamados de direitos de terceira dimensão, ou de terceiro grau como alguns doutrinadores preferem se manifestar, Men-

des (2014, p. 138) entende que estes possuem cunho coletivo, não se balizando apenas no indivíduo, mas no coletivo, pois

[...] os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Nesse sentido, Sarlet (2011, p. 49) complementa que a formação dos direitos chamados de terceira dimensão são resultados de diversas reivindicações

Cuida-se na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Conforme o estudo, houve de fato a transformação de direitos e garantias fundamentais em normas positivadas, oriundas da própria evolução e do progresso social em que o Estado passou a reconhecer o homem como indivíduo de direitos igualitários, bem como reconhecendo seus direitos sociais.

Para Barroso (2011, p. 272), a influência religiosa foi importante para um entendimento bem criterioso sobre esse assunto. Ele diz que:

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo [...] Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional.

Já Baez (2011, p. 176) afirma que “[...] a Dignidade Humana equivale a um valor existente na sociedade e que corresponde a uma ideia de justiça e de adequação essencial ao desenvolvimento da vida humana e sua plenitude”,

é essencial para entender o porquê de a dignidade humana ser tão relevante em qualquer dispositivo, pois trata de ideia de justiça e preservação da vida.

A dignidade da pessoa humana teve sua relevância confirmada quando da Declaração Universal de Direitos do Homem (1948), firmando a consideração que esse princípio impõe um dever de condutas positivas, voltadas para o bem, com o fito de preservar e proteger a pessoa humana em sua plenitude, recaindo para o Estado o dever/poder de promover e viabilizar as condições que possibilitem o gozo de tais direitos.

Para Guerra (2013, p. 71, grifo do autor)

O princípio da dignidade da pessoa humana adquiriu contornos universalistas desde que a Declaração Universal de Direitos do Homem o concebeu em seu preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

A dignidade da pessoa humana é revestida de valores morais diretamente do indivíduo, trazendo consigo uma carga de responsabilidades e respeito com os demais. Assim, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana também é preservado nas linhas de nossa Constituição Federal, embora esteja expressamente manifesta em seu artigo 1º, inciso III (BRASIL, 1988).

Extraí-se desses conceitos a certeza de que a lei deve preservar ao homem o que ele tem de melhor, seus valores, sua cultura, sua família, enfim, seus direitos como um todo. Nesta seara, ao perceber que nossa Constituição é elaborada cautelosamente com a preservação dos direitos fundamentais, presume-se, via de regra, que as normas derivadas dela, julgadas infraconstitucionais, devem obedecer ao mesmo lastro em seu processo de formação, pois como visto anteriormente, o constituinte manteve um zelo todo especial em relação a esses direitos, de forma que eles devem ser preservados quando da formação daquelas.

2.1 O PAPEL DA POLÍCIA NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com tantas normas, direitos e garantias, é fundamental que o Estado seja capaz de garantir a todo cidadão o exercício destes. De igual forma, também é certo que para se conseguir tal feito, necessita-se de uma força, um órgão, uma “ponta de lança” que esteja em meio e próximo à sociedade; nesse sentido, a Polícia Militar tem se apresentado como um dos principais órgãos do Estado notoriamente mais próximo do cidadão, para garantir direitos, protegê-lo ou reprimê-lo quando há quebra da ordem pública.

Entendem-se sucintamente por ordem pública a paz e a tranquilidade no meio social. Assim, qualquer situação que modifique esse “estado” em que as coisas estão pode ser considerada que a ordem pública foi quebrada, necessitando da ação estatal para restabelecê-la.

Restabelecer a ordem pública é um dever do Estado e responsabilidade de todos, conforme preconiza o artigo 144 da Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988). Partindo dessa premissa, o Estado, por meio da polícia, tem legitimidade para agir em qualquer situação que demande intervenção, pois ao conceder ao Estado parte de nossa liberdade para a sua formação, torna-se este hábil e competente para realizar determinadas ações em busca do restabelecimento e manutenção da ordem pública, incluindo prender em flagrante infratores por crime de furto.

A ação da Polícia, anota-se, deve estar sempre pautada no princípio da legalidade, para que o impacto sobre a vida e os direitos do cidadão seja menos gravoso possível. Sobre o princípio da legalidade, Grecco (2013, p. 54) ensina que

O princípio da legalidade pode ser considerado a “espinha dorsal” do Estado de Direito, e, através dele, podemos entender que a liberdade é a regra; e a sua restrição, a exceção. O princípio da legalidade limita, de um lado, a tendência à onipotência dos detentores do poder e, por outro, esclarece à população em geral o que pode e o que não pode ser feito, isto é, explicita todas as proibições, uma vez que o que não é proibido, segundo a regra geral, é permitido fazer.

Como visto, esse princípio serve para limitar o Estado em sua atuação, ou seja, que ele não tenha uma autoridade absoluta sobre o direito e sobre a vida das pessoas.

Embora a missão das Polícias decorra da Constituição Federal, é importante afirmar que sua subordinação e sua organização têm caráter estadual, em que a estrutura e a organização da Polícia Militar se pautam em leis e estatuto próprio para efetivar e favorecer o trabalho da Polícia na preservação da ordem pública. Tal estrutura se torna importante, pois cada região possui costumes e culturas diferentes, nesse sentido, cada Estado pode melhor adaptar a atuação de cada órgão de acordo com a necessidade de seu povo.

O § 5º, do artigo 144, da Constituição Federal é prudente ao mencionar a missão principal da Polícia Militar:¹ “§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; [...]”; assim, com base no conceito de ordem pública, fica evidente que a atividade de polícia vai muito além das letras contidas em nossa Carta Maior, em razão da importância da atividade e da relevância dos serviços, acarretando a concessão do poder de polícia do Estado para com o policial.

Nas palavras de Meirelles (2009, p. 604, grifo do autor), pode-se conceituar poder de polícia da seguinte forma:

Poder de polícia não é apenas “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” mas faculdade esta que se exerce mediante ordem coerciva da autoridade.

Portanto, a Polícia Militar de cada Estado tem legitimidade para interferir na vida de todos aqueles que não cumprirem o grande “pacto social”, ou seja, que cometerem alguma ilegalidade, por força de nossa Carta Maior, ou leis infraconstitucionais, conforme o caso; bem como tutelar e manter a ordem social,

¹ O presente trabalho está pautado na atuação da Polícia Militar quando da prisão em flagrante por crime de furto, pois como mencionado no trabalho, é justamente nesse momento que direitos e garantias fundamentais, conquistados ao longo dos anos, podem ser supridos dos infratores em decorrência de sua conduta ilícita.

tudo dentro da legalidade de forma a respeitar todos os direitos conquistados ao longo dos tempos, principalmente no que se refere à liberdade.

3 DA PRISÃO FLAGRANTE

Por tratar de um momento delicado e importante, ressalta-se que o ato de prender é dever do Estado, porém, direito e responsabilidade de todos. É justamente esse o momento em que direitos e garantias fundamentais eventualmente são supridos dos infratores, pois quando o Estado atua prendendo, direitos como a liberdade são restringidos em decorrência da tutela das leis.

Para a prisão em flagrante, a Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal Brasileiro) foi criada, e ao passar dos anos alguns artigos foram atualizados e modificados para melhor atender aos anseios sociais em relação à prisão e ao flagrante e outros assuntos de competência processual penal.

Tais atualizações contribuem para a preservação de direitos e liberdades individuais, pois se espera que todas estejam em consonância com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

3.1 CONCEITO DE PRISÃO

Quando se ouve “prisão em flagrante” logo se imagina uma conduta humana que não condiz com as normas vigentes, ou seja, um delito e por consequência a atuação do Estado em neutralizar tal ação de imediato por meio da prisão.

O Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941) define flagrante em seu artigo 302, o qual menciona que:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

No entanto, há diversas maneiras e situações a serem analisadas quando da prisão em flagrante, principalmente com o advento da Lei n. 12.403/11, que modificou alguns procedimentos no Título IX do Código de Processo Penal passando a operar com o seguinte título: “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória.” (BRASIL, 2011). Assim, atenta-se apenas na parte que trata da prisão, as medidas cautelares e a liberdade provisória podem ser objeto de pesquisa e estudo de outros trabalhos.

A redação do artigo 283 do Código de Processo Penal Brasileiro trata prisão da seguinte maneira:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

Nesse sentido, percebe-se que há certa exigência legal para se efetuar uma prisão e que ela pode ocorrer de diversas formas e espécies, porém, antes de se ater para esses quesitos é necessário entender qual é o conceito de prisão. Nesta seara, Capez (2013, p. 313) conceitua prisão sendo

[...] a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva [...]

De maneira clara e objetiva, Rangel (2011, p. 731) conceitua prisão como o momento do cometimento do delito, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos de tipo penal; ainda, Nucci (2013, p. 587) corrobora manifestando-se que a prisão “[...] é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere.”

Portanto, prisão em flagrante é a privação da liberdade do indivíduo em decorrência de exigências legais e infrações.

Segundo Nucci (2013, p. 601), a prisão em flagrante vai além de simplesmente privar a liberdade, ela procura produzir o máximo de elementos para se chegar à verdade real, objeto indispensável para o direito penal.

Sobre a natureza jurídica da prisão em flagrante, Nucci (2013, p. 601) afirma que esta é uma medida cautelar de efeito provisório, ou seja, que não perdura eternamente. Existem algumas modalidades de prisão em flagrante adotadas pela doutrina, como flagrante próprio, impróprio, presumido, compulsório ou obrigatório, preparado ou provocado, esperado, prorrogado ou retardado e flagrante forjado.

O flagrante próprio é chamado por Capez (2013, p. 327, grifo do autor) de propriamente dito, real ou verdadeiro, extraíndo-se da mesma obra o conceito de que:

[...] é aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la (CPP, art. 302, I e II). Nesta última hipótese devemos interpretar a expressão “acaba de cometê-la” de forma restritiva, no sentido de uma absoluta imediatidade, ou seja, o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal (sem qualquer intervalo de tempo).

Ainda quanto ao flagrante próprio, Rangel (2011, p. 736) é objetivo ao mencionar que este é próprio quando acontece que o indivíduo estiver cometendo ou acaba de cometer a infração penal, nos moldes dos incisos I e II do artigo 302 do Código de Processo Penal.

Já para o flagrante impróprio, Capez (2013, p. 327, grifo do autor) afirma que acontece:

[...] quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser o autor da infração (CPP, art. 302, III) [...] a expressão “logo após” compreende todo espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor.

No mesmo sentido, Nucci (2013, p. 605) menciona que ocorre quando o agente conclui a infração penal e não é preso no local do delito, pois por fugir, faz com que haja perseguição por parte da polícia, da vítima ou de qualquer do povo.

Nota-se que não há um juízo de certeza e sim uma presunção; a legitimidade para prender, nesse caso, estende-se ao ofendido e a qualquer um do povo, conforme o artigo 301 do Código de Processo Penal, “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.” (BRASIL, 1941).

Quanto ao o flagrante presumido, o infrator é pego logo após com instrumentos que presumem ser ele o autor do fato. Capez (2013, p. 327) ensina que:

[...] o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos, ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (CPP, art. 302, IV). Não é necessário que haja perseguição, bastando que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito em situação suspeita.

Para Nucci (2013, p. 606), flagrante presumido “[...] constitui-se na situação do agente que, logo depois da prática do crime, embora não tenha sido perseguido, é encontrado portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que demonstrem, ser ele o autor da infração penal.”

Essa modalidade trata de prisão em flagrante em que não há juízo de certeza, apenas presunção, pois o agente delituoso sai das vistas de quem é legitimado a prender em flagrante, além de o lapso de tempo ser maior.

Já o flagrante compulsório trata de situação em que o agente é obrigado a efetuar a prisão em flagrante, não tendo discricionariedade sobre a conveniência ou não de efetivá-la (CAPEZ, 2013, p. 328). O autor afirma ainda que “diz respeito à autoridade policial e seus agentes, que têm o dever de efetuar a prisão em flagrante.”

O flagrante se torna facultativo quando se analisa o artigo 301 do Código de Processo Penal e a situação se encaixa no tipo penal. Para Capez (2013, p. 328), consiste na capacidade de efetuar o não flagrante, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Nesta seara, extrai-se de flagrante facultativo uma certa discricionariedade, dependendo de variáveis para se chegar à prisão.

O flagrante preparado ou provocado, como o próprio nome diz, presume-se de acontecimentos de determinadas exigências anteriores ao acontecimento deste, essas exigências são causadas pelos responsáveis pela prisão para então poder efetivar o flagrante, como se percebe na exposição de Capez (2013, p. 328), “[...] podemos dizer que existe flagrante preparado ou provocado quando o agente, policial ou terceiro, conhecido como provocador, induz o autor à prática do crime, viciando sua vontade e logo em seguida, o pende em flagrante.”

Portanto, no flagrante preparado, há uma certa encenação, algo previsto anteriormente que fomenta o cometimento do delito, em que são fornecidos todos os elementos do tipo penal para que se consuma o fato. Para melhor entender, pode-se exemplificar com uma situação hipotética na qual o proprietário de uma determinada loja de bebidas, desconfiado da honestidade de seu funcionário, solicita que este permaneça após o expediente normal para guardar no depósito algumas garrafas de vinho, deixando-o sozinho no depósito da empresa, ao mesmo tempo que coloca policiais escondidos e de espreita, previamente solicitados, que surpreendem o suposto autor no ato de furtar.

Contra esse tipo de prisão cabe relaxamento conforme o disposto no artigo 5º, LXV, da Constituição Federal do Brasil, o qual aduz que toda prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. Outrossim, em relação ao flagrante preparado, criou-se uma Súmula de n. 145 do Supremo Tribunal Federal que reitera o assunto afirmando, *in verbis*: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação.”

O flagrante esperado, por sua vez, difere-se um pouco do flagrante preparado, enquanto este exige um certo “teatro” antecedendo a conduta, em tese, delituosa, aquele se consuma por força própria. Bonfim (2007, p. 174) explica que: “[...] o flagrante é válido quando a polícia, informada da possibilidade de ocorrência de um delito, se dirige até o local, aguardando sua execução.”

Percebe-se que nessa modalidade o crime de fato acontece sem participação ou preparação de nenhum terceiro, ou seja, presume-se que o crime acontece com frequência em determinado local.

Essa espécie de flagrante é tratada com muito afinco por Rangel (2011, p. 749), justificando que:

Trata-se de procedimento policial que tem como escopo manter observação e acompanhamento de determinada empreitada criminosa, praticada por organização ilegal, visando o momento oportuno e conveniente para realizar a prisão em flagrante, obtendo assim, provas e informações sobre o atuar da quadrilha ou organização.

Portanto, a atitude do agente tão somente consiste em aguardar o melhor momento para atuar, é o que entende por flagrante esperado Capez (2013, p. 329).

O flagrante retardado, ou prorrogado, por sua vez, confunde-se com o flagrante esperado; este exige um certo “teatro” antecedendo a conduta, em tese, delituosa, aquele se consuma por força própria. Bonfim (2007, p. 174) explica que “[...] o flagrante é válido quando a polícia, informada da possibilidade de ocorrência de um delito, se dirige até o local, aguardando sua execução.” Já o flagrante retardado trata de um retardo na tomada de decisão em que os policiais preenchem todos os requisitos do flagrante retardado, porém, aguardam para maior produção de provas. É, aliás, o que afirma Bonfim (2007, p. 174), ao dizer que esse flagrante “[...] permite ao agente policial retardar a prisão das pessoas surpreendidas na prática de infrações [...], aguardando o momento mais eficaz do ponto de vista da formação das provas [...]”, com isso, atuando em momento mais oportuno para a realização da prisão.

A semelhança com o flagrante esperado confunde, enquanto naquele a autoridade policial já está em situação que se presuma acontecer a prisão, neste se depende de prévia informação de que o delito possa vir a ocorrer.

Quanto ao flagrante forjado, fabricado ou maquiado, Bonfim (2007, p. 174, grifo do autor) explica que esse tipo de flagrante “Ocorre nas hipóteses em que terceiros “plantam” elementos probatórios com o intuito de incriminar determinada pessoa, causando sua prisão. Obviamente o flagrante inexistente.”

Como visto, esse tipo de flagrante não é admitido, pois há de se entender que existe má-fé por parte do agente policial quando da prática de tais atitudes para poder se efetivar a prisão. Oras, o Estado deve prezar pela idoneidade e

justiça, que a verdade seja descoberta, não se admite, assim, que seus servidores tenham determinadas condutas.

Por fim, percebe-se que a doutrina define prisão em flagrante como aquela prisão do indivíduo justamente no momento da prática do delito sem qualquer documento escrito ou determinação judicial. O flagrante pode ser realizado por qualquer pessoa sendo obrigado à ação do representante do Estado por não depender da manifestação judiciária e por força de lei. Pode acontecer de diversas formas, porém, algumas são irregulares e outras efetivas. Para avaliar a complexidade do uso da droga como fato ensejador do crime de furto, bem como compreender o conceito de prisão em flagrante, faz-se necessário um breve estudo sobre o delito de furto, que será analisado adiante.

3.1.1 Furto: Noções gerais sobre o delito

O crime de furto está entre os mais comuns, exigindo atenção por parte de todos, principalmente por ser o tipo de crime em que demanda uma atuação estatal mais eficaz e imediata.

Essa espécie de crime está tipificada no Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, na parte dos crimes contra o patrimônio em seu artigo 155, o qual menciona o seguinte: “Artigo 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. O legislador teve o zelo para tratar de dois tipos de furto neste mesmo artigo 155, o furto comum e o furto qualificado.” (BRASIL, 1940).

O furto acontece no momento em que o agente se torna possuidor do objeto da ação, como manifesta Prado (2011, p. 497), ao mencionar que “[...] se considera consumado o crime de furto, [...], no momento em que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente se torna possuidor da res furtiva”, considerando a violência supracitada quando do crime de roubo.

O artigo 155 do Código Penal Brasileiro menciona a palavra subtrair que tem por escopo o sentido de retirar, pegar, tomar para si. Grecco (2011, p. 6) expõe

que “[...] o mencionado tipo penal é composto por vários elementos, a saber: o núcleo subtrair; o especial fim de agir caracterizado pela expressão para si ou para outrem; bem como pelo objeto da subtração, ou seja, a coisa alheia móvel.”

Percebe-se que a coisa deve ser necessariamente alheia e móvel, presumindo-se que não há como furtar algo imóvel, tal procedimento trata de outro tipo penal.

A intenção de autor do crime de furto é apoderar-se do objeto furtado como se seu fosse. Mirabette e Fabrini (2011, p. 189) afirmam: “É, pois, o assenhoreamento da coisa com o fim de apoderar-se dela de modo definitivo”; percebe-se que não se trata de empréstimos de coisa ou algo adquirido consensualmente.

Para Mirabette e Fabrini (2011, p. 195), o tipo de furto noturno é uma espécie de furto qualificado em razão dessa condição temporal acontecer durante o repouso noturno, o qual se caracteriza pela ausência de luz solar.

As causas majorantes dessa modalidade possuem fundamento no sentido de que as pessoas se tornam mais vulneráveis nesses períodos, conforme prevê Capez (2010, p. 440), ao assinalar que a majorante do repouso noturno se norteia no perigo a que é exposto o bem jurídico em virtude da “[...] diminuição da vigilância e dos meios de defesa daqueles que se encontram recolhidos à noite para repouso, facilitando a prática delituosa.”

Por sua vez, o § 3º, do artigo 155, do Código Penal equipara a energia elétrica à coisa móvel. Posicionando-se sobre o assunto, Prado (2011, p. 498) afirma que “Comete furto de energia elétrica quem, de forma consciente, aceita que se proceda a adulteração de seu medidor.”

Portanto, comete crime de furto de energia aquele que desvia a energia antes do medidor, entende-se por energia aquela economicamente viável. Grecco (2011, p. 21) aduz que “Abrange o dispositivo, pela interpretação analógica, as energias térmicas, solar, atômica, luminosas, mecânicas, etc.”

Quanto ao furto privilegiado, exposto no § 2º do artigo 155 do Código Penal Brasileiro, trata-se da subtração de pequenas coisas ou com valor econômico muito baixo, sendo o objeto indispensável para a vivência humana. Prado

(2011, p. 498) afirma que o crime “[...] caracteriza-se pela aptidão, dos bens subtraídos para satisfazer necessidades primárias (gêneros alimentícios) e inadiáveis do agente ou seus familiares.”

Sobre o assunto, Mirabette e Fabrini (2011, p. 194) discorrem que furto privilegiado “Trata-se de furto de pequeno valor ou furto mínimo, em que a menor gravidade do fato e a primariedade do agente recomendam um tratamento penal menos severo.” Portanto, esse tipo de furto pode ser analisado pelo princípio da insignificância.

Para o furto qualificado, nos parágrafos 4º e 5º do artigo 155 do Código Penal Brasileiro, o rol é taxativo de situações, a saber:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

[...]

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. (BRASIL, 1940).

A primeira qualificadora trata de destruição de obstáculos, sendo estes aquele objeto destinado à proteção de algo. Argumenta Grecco (2011, p. 23) que “[...] considera-se obstáculo tudo aquilo que tenha finalidade precípua de proteger a coisa e que também não seja a ela naturalmente inerente.”

A segunda qualificadora trata do abuso de confiança ou mediante fraude, escalada ou destreza. Para Capez (2010, p. 448), a confiança decorre de algumas relações estabelecidas entre os agentes, não restando à qualificadora se não se utilizar dessa relação para cometer o delito. Quanto à fraude, Capez (2010, p. 449) conclui ser “[...] o ardil, artifício, meio enganoso empregado pelo agente para diminuir, iludir a vigilância da vítima e realizar a subtração.”

No que diz respeito à escalada, Grecco (2011, p. 27) ensina que: “[...] para que possa raciocinar em termos de escalada, é preciso que o ingresso do agente se dê por via anormal, que demande esforço também anormal, a exemplo daquele que, a fim de ingressar na residência da vítima, salta um muro com 3 metros de altura.”

Já com emprego de chave falsa, Prado (2011, p. 501) esclarece que “O conceito de chave falsa abrange qualquer instrumento utilizado para abrir fechaduras em geral”, assim, o que aduz o inciso III do § 4º do artigo 155 pode se estender além daquela forma comumente conhecida por chave. Portanto, qualquer instrumento que possa abrir uma fechadura, pode ser considerado chave para efeitos penais.

A última qualificadora incide mediante concurso de duas ou mais pessoas. Para Mirabette e Fabrini (2011, p. 199), deve-se existir a união de esforços por parte de duas pessoas para o cometimento do crime. Percebe-se que não importa quem está praticando, basta haver concurso de pessoas e há de se entender que deve prevalecer o liame subjetivo, com intenções de cometer o crime.

Para encerrar, o crime de furto é notoriamente um delito bastante comum e pode se apresentar de diversas formas. Contudo, faz-se necessária a análise social do delito, isto é, o estudo sobre a possibilidade do uso de drogas, em especial do *crack*, pode contribuir para que estatísticas cada vez mais elevadas sobre o cometimento dessa espécie de delito sejam estampadas pela imprensa.

4 O *CRACK* COMO POSSÍVEL FATO QUE ENSEJA O COMETIMENTO DO CRIME DE FURTO

Como visto, o crime de furto é bastante comum, por isso a necessidade de compreender os possíveis fatos que levam os infratores a cometerem esse tipo de delito, quais seriam os fatos ensejadores deste crime.

As notícias nos meios de comunicação de crimes envolvendo usuários de drogas são frequentes, especialmente crimes ligados ao patrimônio, como é o exemplo do crime de furto. Podem as drogas colaborar para que o fato ilícito

aconteça, atuando como causa ou consequência da infração. Portanto, imprescindível se faz o estudo sobre o conceito de droga, conforme se verá na seção a seguir.

4.1 CONCEITO DE DROGA

Diuturnamente, ao prestar atenção nos meios de comunicação, percebe-se que há uma grande massa de informações sobre drogas, principalmente no que se refere às drogas psicotrópicas, que mesmo de maneira recatada estão inseridas no meio social ocasionando diversas formas de prejuízos.

Considera-se psicotrópica a droga que atua sobre o nosso cérebro, alterando de alguma maneira nosso psiquismo (CENTRO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS PSICOTRÓPICAS, 2010, p. 7). Portanto, ao atuar em nosso cérebro, é bem possível que sua abstinência leve o usuário a cometer o crime de furto para poder adquirir mais drogas e manter o cérebro sob efeito da substância.

O termo droga, segundo o Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas, (2010, p. 7, grifo do autor), “[...] teve origem na palavra *droog* (holandês antigo) que significa folha seca: isso porque antigamente quase todos os medicamentos eram feitos à base de vegetais.” Atualmente, a medicina define droga como qualquer substância capaz de modificar a função dos organismos vivos, resultando em mudanças fisiológicas ou de comportamento.

Ao considerar que as drogas alteram o funcionamento do organismo, pode-se concluir pela probabilidade de exercerem influência nos usuários a ponto de incentivarem o cometimento de delitos (como o furto) para a aquisição da substância ilícita em decorrência de seu estado mental conturbado.

Para Ghodse (1995, p. 32), droga é uma “[...] substância que, quando administrada ou consumida por um ser vivo, modifica uma ou mais de suas funções, com exceção daquelas substâncias necessárias para a manutenção da saúde normal.”

O autor supracitado, ao mencionar “manutenção da saúde normal”, refere-se àquelas drogas em que sua dosagem e comercialização acontecem com prescrições médicas e devidamente controladas pela Anvisa.

Assim, o conceito de drogas é bastante simples pelo fato de ser uma substância que causa uma modificação no funcionamento do organismo. Porém, ao analisar com mais afinco os efeitos que as drogas podem ocasionar, pode-se relacionar algumas drogas como benéficas e outras malévolas, dependendo de como ela é utilizada e sua dosagem. Segundo a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas:

Uma droga não é por si só boa ou má. Existem substâncias que são usadas com a finalidade de produzir efeitos benéficos, como o tratamento de doenças, e são consideradas medicamentos. Mas também existem substâncias que provocam malefícios à saúde, os venenos ou tóxicos. É interessante que a mesma substância pode funcionar como medicamento em algumas situações e como tóxico em outras (NICASTRI, 2013).

Esses conceitos são deliberadamente aceitos pela Organização Mundial da Saúde, sendo adotados em muitos países para fins didáticos e científicos, inclusive como possíveis fatos ensejadores do crime de furto. Muitas são as espécies de drogas, como: maconha, *crack*, cocaína, heroína, etc. No entanto, ao artigo cabe o estudo detalhado dos dois primeiros entorpecentes, eis que muitas vezes atuam como fatores determinantes para o cometimento de crimes contra o patrimônio, também assuntos da pesquisa.

A *Cannabis sativa* é uma droga muito conhecida, popularmente chamada de maconha, está presente em todo mundo e há quem diga que serve para curar doenças e outras finalidades benéficas, porém, não há comprovações científicas estreitas desses efeitos.

O principal princípio ativo da maconha é o Tetrahydrocannabinol (THC), (CENTRO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS PSICOTRÓPICAS, 2010, p. 45), assim quanto maior a concentração dessa substância na planta, maior será o efeito para quem o utiliza.

Portanto, pode-se perceber que há variação de efeitos, dependendo da sensibilidade da pessoa, ou seja, cada ser humano reage de uma forma quando utiliza esse tipo de droga. Dependendo de uma combinação de fatores, haverá efeitos distintos, inclusive a exigência de drogas mais fortes como o *crack*.

Para Gitlow (2008, p. 218), “O THC é o elemento mais psicoativo dessa droga e, em geral, está presente em maior concentração hoje do que há 40 anos.” Com isso, conclui-se que houve uma certa modificação nas propriedades da maconha para que tal feito pudesse potencializar a concentração de THC na planta, a fim de obter resultados mais rápidos e duradouros.

Os efeitos da maconha podem durar horas, considerando-se os fatores a serem observados como antes mencionados, ou seja, a capacidade do indivíduo, sua condição física e psíquica. Segundo De Paula (2011, p. 56), “Quando a droga é fumada, seu pico sanguíneo é atingido em aproximadamente 10 minutos, mas os efeitos fisiológicos e subjetivos mais proeminentes podem demorar até 30 minutos. A intoxicação, em média dura de duas a três horas.”

Diante de tal informação, é de se concluir que se a duração da droga é de no máximo três horas, em um mesmo dia o usuário pode usar mais de uma vez para que o efeito seja prolongado, consumindo, assim, mais droga e aumentando a probabilidade de ter de praticar algum crime com o intuito de comprá-la.

Corroborando para o entendimento de que o estado psíquico pode levar o usuário ao cometimento de delitos para obtenção da droga, Longenecker (2002, p. 91) aduz que:

A tolerância e a dependência ocorrem somente com doses muito altas ingeridas entre intervalos muito curtos durante muito tempo. Ocorre sintomas leves de abstinência, incluindo irritabilidade, inquietação, calafrios, náuseas e possivelmente vômitos. A síndrome de desmotivação, caracterizada por desinteresse, baixa performance no trabalho e na escola e disfunção de memória são problemas concernentes ao uso regular e prolongado.

Com isso, pode-se extrair que ao haver desinteresse no trabalho há uma grande possibilidade de o usuário vir a perder o emprego e com baixo estímulo ou

performance. Conforme Longenecker (2002, p. 91), resta desinteresse em procurar por novo trabalho, emprego ou estudo; não possuindo nenhuma fonte de renda, como esse usuário irá manter seu vício? Talvez a resposta para essa pergunta seja com a prática de crimes, entre os quais o mais comum seria furtar para trocar a rês furtiva por substâncias psicotrópicas, no caso, possivelmente a maconha ou o *crack*.

Afirma ainda Longenecker (2002, p. 92) que “A maconha é uma droga ilícita, [...]. É, também, considerada uma droga de passagem ou introdutória para outras drogas.” Portanto, além de o usuário ter problemas de saúde e sociais como visto anteriormente, pode ainda iniciar no uso de drogas mais fortes, como o *crack*, por exemplo. Logo, o usuário que antes fumava um cigarro de maconha com duração de três horas passa a usar uma droga ainda mais devastadora e potencialmente causadora de mais problemas sociais ou crimes.

O *crack* é uma espécie de cocaína, porém, utilizada de forma “fumada”. Longenecker (2002, p. 62) manifesta que “Crack refere-se à forma não salgada da cocaína isolada numa solução de água, depois de um tratamento de sal dissolvido em água com bicarbonato de sódio.”

Pode-se ressaltar que, por se tratar de uma forma de cocaína, pode ser facilmente “moída” e misturada com a maconha, o que corrobora o que diz Longenecker (2002, p. 92), que a maconha é considerada uma droga de passagem ou introdutória para outras drogas. Ao se misturar *crack* com maconha, sem que o usuário saiba ou perceba, pode-se estar condicionando-o a viciar-se em *crack*.

Entre as drogas atualmente conhecidas, pode o *crack* ser considerado uma das mais devastadoras, tanto no aspecto orgânico fisiológico quanto no social.

Portanto, um consumo mais intenso do *crack* no cotidiano de um usuário, considerando que o efeito causado pelo entorpecente dura poucos minutos e leva o consumidor dessa droga a se valer de mais quantidade da droga diariamente, exige um investimento maior, logo, surgindo a necessidade de cometer mais furtos para poder trocar os objetos furtados por pedras de *crack*, se não possuir renda o suficiente para manter o vício.

Nesse sentido, Detoni (2011, p. 33) corrobora dizendo:

A dependência se instala rapidamente, – em algumas semanas ou até mesmo dias –, desestruturando a vida do usuário. Os sintomas de abstinência são tão desagradáveis que o usuário passa a fazer tudo para fumar mais pedra. Ele larga família e emprego para viver em função da droga e pode roubar² ou mesmo envolver-se em violência e crime para sustentar o hábito.

Segundo o *site* Antidrogas (2015), a pedra de *crack* pode ser comprada com preços variados, de R\$ 5,00 a R\$ 50,00, dependendo do tamanho e da qualidade. Para fins do presente estudo, considera-se o valor de R\$ 10,00 por pedra de *crack*.

Tal base de cálculo também considera matéria veiculada no *site* do Jornal Ifolha, havendo o registro de um furto de bateria de oficina por um mecânico que trocava o produto pelo *crack*, mais precisamente duas pedras da droga por R\$ 20,00 (MECÂNICO..., 2015).

Tirando, por exemplo, o crime registrado, considerando o preço médio do *crack* em R\$ 10,00 por pedra e que ainda um dependente pode fumar em média 18 pedras por dia, com a finalidade de obter seis horas de efeito da droga, uma vez calculados os 30 dias mensais, seriam 540 pedras por mês, gerando um gasto mensal de R\$ 5.400,00 para manter seu vício, além das despesas inerentes a vestuário, alimentação, moradia, etc. Não se afigura razoável que um usuário de drogas consiga arcar todos os valores para manter o vício e sustentar-se.

A quantidade de droga utilizada diariamente também se baseia em matéria veiculada no *site* Drogastofora, que descreve que um usuário da cidade de Blumenau chegou a “destruir” (vender) um imóvel ganho de herança para manter o vício, chegando a fumar 30 pedras de *crack* por dia, reforçando a média utilizada para fins de estudo do presente trabalho, que é de 18 pedras (DE CADA..., 2015).

² Percebe-se que a autora utiliza a palavra “roubo” em sua citação. Importante mencionar que roubo e furto possuem aspectos muito parecidos, enquanto para a configuração daquele o doutrinador se refere ao cometimento com violência ou grave ameaça; para este, basta a subtração da coisa, não exigindo a violência ou grave ameaça, portanto, o crime de furto pode ser cometido com mais frequência, pois ainda se presume que o usuário não pretende demonstrar sua identidade, muito menos ser conhecido como dependente de droga.

Diante do exposto, torna-se claro que o *crack* possui um efeito devastador à saúde e à vida social do usuário. Porém, se se considerar o tempo de duração do seu efeito, discorda-se de que o crack é uma das formas mais baratas de se obter cocaína, isso seria possível se o usuário utilizasse apenas uma ou duas pedras para se saciar, o que não pode ser considerado, uma vez que, como visto, o *crack* possui efeitos psicológicos muito fortes e duração rápida, o que leva o usuário a se valer de maiores quantidades da droga.

Percebe-se, ainda, que os efeitos psicotrópicos do *crack* levam a paranoias, deixando os usuários dependentes cheios de energia e ativos para buscar a droga, podendo fazer com que essa energia seja empregada no cometimento de pequenos furtos para obter pedras de *crack*, pois são capazes de vender tudo o que possuem para adquirir a droga.

Corroboram esse entendimento Siqueira, Marech e Backer (2012, p. 139), quando mencionam que “[...] com a dependência da droga, e na falta de condições financeiras, os usuários se sentem obrigados a buscarem atividades ilícitas, tais como assaltos, roubos, tráfico e outros para manter o vício.”

Portanto, o crime de furto pode estar diretamente ligado ao estado psíquico do usuário, que, desesperado por querer mais droga, acaba comento o delito demasiadamente.

5 CONCLUSÃO

A legislação atual tem evoluído no sentido de manter os direitos humanos historicamente construídos, direitos esses formados sob influência de vários fatores, entre eles o cristianismo e o pensamento liberal burguês, os quais colocavam os direitos individuais em frente ao Estado. Tais direitos se dividem em primeira, segunda e terceira gerações.

Os direitos de primeira geração correspondem à separação de interesses estatais dos individuais como liberdades de expressão e participação política. Os direitos de segunda geração surgiram da necessidade de o Estado se relacionar

melhor com os indivíduos, fazendo surgir a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, entre outros, seria o comprometimento do Estado com a sociedade. Já os direitos de terceira geração se mantiveram no cunho coletivo, porém, dessa vez considerando o homem coletivamente e não isoladamente, podendo citar o meio ambiente, a paz, a autodeterminação dos povos e a qualidade de vida como exemplos clássicos de direitos de terceira geração.

Percebeu-se que os direitos humanos, de primeira, segunda ou terceira gerações, quando da sua formação, procuraram preservar a dignidade da pessoa humana em sua plenitude, exigindo desse conceito um dever de condutas positivas que foram firmadas em 1948, quando da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Ainda, a construção da Constituição Federal de 1988 permitiu ao legislador manter os direitos fundamentais como escopo para todos os atos de estado bem como para a formação de nossa legislação. Assim, além de mencionar os direitos a serem tutelados, informou quem tem legitimidade para supri-los em caso de necessidade e dentro das normas vigentes.

Nesta seara, à Polícia Militar é concedido, em seu artigo 144, o poder de polícia e a nobre missão de preservar a ordem pública, aquele estado de normalidade em que o povo vive e convive harmonicamente e em paz.

Preservar a ordem pública significa agir quando ela está sendo corrompida, e quanto mais rápido se age, maior é a eficiência e eficácia do agente responsável pela aplicação da lei.

Uma forma fácil de identificar a atuação estatal é quando da prisão em flagrante, sendo a forma que o Estado tem de privar a liberdade do indivíduo, suprindo-lhe a liberdade que é um direito fundamental, por motivo lícito ou por ordem legal mediante clausura.

A prisão em flagrante é uma medida restritiva da liberdade de natureza cautelar e processual, não dependendo de ordem escrita da autoridade competente, mas de uma conduta típica, antijurídica e um infrator culpável. Pode acontecer de várias maneiras, como flagrante próprio, flagrante impróprio, flagrante

presumido, flagrante compulsório, flagrante facultativo, flagrante preparado ou provocado, flagrante esperado, flagrante retardado e flagrante forjado.

Como visto, qualquer que seja a modalidade de prisão em flagrante, estará ligada à coibição de uma conduta ilegal, por exemplo, o crime de furto, o qual é descrito no artigo 155 do Código Penal Brasileiro, tratando-se de uma conduta em que há um assenhoreamento da coisa com o fito de se apoderar definitivamente.

O crime de furto pode acontecer de diversas formas e cada situação pode ensejar em uma classificação descrita dentro do próprio artigo 155, qualificando-o conforme for o caso.

Existe um motivo que pode ensejar o crime de furto: o vício em drogas. Conforme já se apurou, pessoas podem viciar-se com o uso desses entorpecentes e, com o intuito de continuar utilizando-os, são capazes de cometer delitos. Tanto o uso indiscriminado de maconha quanto o de *crack*, a depender do caso concreto, podem fazer o usuário cometer crimes para conseguir a droga.

Sendo a maconha uma porta de entrada para o vício em outras drogas – especialmente o *crack* – pode-se concluir que sim, a droga atua como um importante fato ensejador do crime de furto. Ainda, tendo como consequência eventual prisão em flagrante decorrente da obrigatoriedade do Estado em atuar, resta o suprimento de direitos e garantias fundamentais conquistados ao longo dos tempos quando da prisão em flagrante; outrossim, medidas sociais devem ser pensadas para que a sociedade brasileira iniba problemas relativos à dependência de drogas, evitando, assim, o aumento desenfreado de crimes contra o patrimônio.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/188beb804775db238667a697f5c37773/42+-+RDC+n%C2%BA+08-2015-DOU-republicada.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglass. *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais – Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Mimeografado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Processo Penal 1. Dos fundamentos à sentença*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Constituição: República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.html>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Lei. n. 2.848, de 07 de outubro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 04 maio 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato211-2014/2011/lei/12403.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art26>. Acesso em: 01 maio 2015.

BRASIL. Secretaria Nacional Antidrogas. *Prevenção ao uso indevido de drogas – Curso de Capacitação para Conselheiros Municipais*. Brasília, DF, 2008. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Curso de Prevenção do Uso de Drogas para educadores das Escolas Públicas*. 4. ed. Brasília, DF, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CENTRO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS PSICOTRÓPICAS E SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. *Curso de Capacitação para Conselheiros Municipais*. Drogas Psicotrópicas. 5. ed. Brasília, DF, 2010.

COSTA LEITE, Marcos da. *Cocaína e Crack: dos fundamentos ao tratamento*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul Ltda., 1999.

DE PAULA, Wilson Kraemer. *Viver Livre das Drogas*. 5. ed. Florianópolis: Letras Brasileiras, 2011.

DETONI, Marcia. *Guia Prático Sobre Drogas*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

DROGAS TÔ FORA. *Artigo*. Disponível em: <http://www.drogastofora.com/index_arquivos/Page2210.html>. Acesso em: 22 abr. 2015.

GHODSE, H. *Drugs and addictive behavior: a guide to treatment*. 2nd. ed. Oxford: Blackwell Science, 1995.

GITLOW, Stuart. *Transtornos Relacionados ao Uso de Substâncias*. 2. ed. Tradução Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2008.

GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal, parte especial*. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2011.

GRECCO, Rogério. *Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos – Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LONGENECKER, Gesina L. *Como agem as drogas. Antidroga*, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.antidrogas.com.br/oquedrogas.php>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

LONGENECKER, Gesina L. *Drogas: Ações e Reações*. São Paulo: Market Book, 2002.

MECÂNICO preso por furtar bateria de trator para comprar crack. *iFOLHA*, Olimpia, 26 mar. 2015. Disponível em: <http://www.ifulha.com.br/ler_noticias.php?titulo=Mec%C3%A2nico_preso_por_furtar_bateria_de_trator_para_comprar_crack&id_j=15311>. Acesso em: 22 abr. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. In: JUNIOR, Nelson Nery. *Constituição Federal Comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETTE, Julio Fabbrini; FABBRINI Renato N. *Manual de Direito Penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NICASTRI, Sérgio. Drogas: classificação e efeitos no organismo. In: BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Prevenção do uso de drogas: capacitação para conselheiros e lideranças comunitárias*. 5. ed. Brasília, DF: SENAD, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PREÇO DO crack está baixo para traficantes cariocas. *Antidrogas*. Disponível em: <<http://www.antidrogas.com.br/mostranoticia.php?c=6599&msg=Pre%E7o%20do%20crack%20est%E1%20mais%20baixo%20para%20traficantes%20cariocas>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SIQUEIRA, Daiana Foggiato de; MARECH, Claudete.; BACKER, Dirce Stein. Vivendo em função da droga/crack: vivências de usuários. *Revista Nursing*, São Paulo, v. 14, n. 166, p. 136-140, mar. 2012.

DIREITO À VIDA *VERSUS* DIREITO À MANIFESTAÇÃO CULTURAL INDÍGENA: UM DEBATE ENTRE O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O USO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Samanta Vecchi*
Rafaella Zanatta Caon Kravetz**

Resumo: Com o presente artigo, objetivou-se discutir sobre o conflito existente entre dois direitos fundamentais, o direito à vida e o direito à manifestação da tradição indígena, diante da prática de infanticídio indígena no Brasil. Mostrou-se do que se trata, bem como sobre o reconhecimento do que é um direito fundamental e sua força jurídica. Fez-se necessário expor sobre a evolução histórica e jurídica dos dois direitos fundamentais, nos âmbitos nacional e internacional, apresentando quais documentos foram os pioneiros em consagrar o direito à vida e o direito à cultura, de modo especial o direito à manifestação da tradição indígena em seus textos, mostrando a força jurídica de ditos documentos face aos países que o adotaram. Ainda, foi encontrada como forma de solução do conflito entre direitos fundamentais a aplicação de técnicas de ponderação por meio do princípio da proporcionalidade, a qual se mostra o melhor instrumento na resolução de conflitos dessa classe. Assim, entendeu-se que o direito à vida deve ser ponderado como o adequado a sobressair em face ao direito de manifestação da tradição indígena, resolvendo-se o conflito entre o direito à vida da criança e o direito indígena de praticar o infanticídio como forma de manifestação de sua cultura. Quanto ao método, neste estudo utilizou-se o método dedutivo da análise, sendo a natureza da discussão qualitativa de aporte bibliográfico.

Palavras-chave: Infanticídio indígena. Direito à vida. Direito à cultura indígena. Princípio da proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O assunto em evidência no presente trabalho é o conflito existente entre o direito à vida e o direito à manifestação indígena, em particular sobre

* Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

** Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Criminal pelo Centro Universitário Curitiba; rafaella.caon@unoesc.edu.br

o infanticídio nas tribos de crianças com deficiências, irmãos gêmeos e demais casos. Sendo o direito à vida e o direito à manifestação da tradição indígena dois direitos fundamentais, torna-se necessário o esclarecimento acerca do que consiste ser um direito fundamental, assim como, sobre os chamados direitos humanos. Neste contexto, será explanado sobre a necessária evolução dos direitos humanos no decorrer da história da humanidade, diante dos terríveis acontecimentos que deixaram grandes cicatrizes nas diversas nações espalhadas pelo mundo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi criada para que fosse firmado um compromisso entre as nações, com o fim de proteger na forma da lei os direitos fundamentais do homem, como o direito à vida, à saúde e à igualdade, no intuito de preservar a dignidade da pessoa humana em todas as suas formas. Desse modo, o direito à vida foi alcançado ao *status* internacional de forma significativa pela primeira vez, bem como o direito à cultura, e, conseqüentemente, diversos dispositivos nacionais e internacionais foram criados pelas nações que aderiram a Declaração, tornando a proteção desses direitos fundamental em todo o mundo.

Foram estabelecidos, no decorrer da história, direitos de proteção especialmente a crianças e adolescentes, resguardando em especial seu direito à vida, e muito mais que isso, o direito a ter uma vida digna, protegida por todos e de modo especial pelo Estado. Assim como ocorreu com o direito de manifestar a cultura indígena, sendo positivado, além de no âmbito das normas internacionais, nacionalmente, com estatutos e diversos outros dispositivos.

É nesse ponto que ocorre o conflito de direitos fundamentais, posto que a Constituição da República Federativa do Brasil, assim como normas e tratados internacionais, exalta o direito à manifestação da tradição indígena também como um direito fundamental, e sendo o infanticídio uma manifestação cultural que ainda é passada de geração em geração em diversas tribos, obtém-se o conflito entre qual direito restringir: a vida da criança ou à manifestação da cultura indígena?

Nesse sentido, o que se encontra como solução é a aplicação de técnicas de ponderação por meio do princípio da proporcionalidade, considerado o instrumento mais adequado na solução situações em que se apresentem conflitos

de direitos fundamentais. Mediante o princípio da proporcionalidade pondera-se entre um direito e outro e busca-se qual deles deve ser limitado para que o outro seja efetivado.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Com a evolução do homem durante a história da humanidade, surgiram múltiplos e indispensáveis direitos e obrigações, tanto em seu âmbito coletivo quanto no individual. Essas garantias se tornaram indispensáveis e fundamentais para a convivência do homem em sociedade, garantindo o bem-estar social das populações. Tais preceitos surgiram da necessidade de limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado e a consagração dos princípios da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.

Os direitos e garantias fundamentais do homem são obra de um longo progresso histórico dos direitos humanos, que surgiram de forma positivada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a qual criou a concepção de sistema de proteção internacional do homem, de seus direitos como pessoa humana. Seu art. II dispõe:

1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (UNESCO, 1998).

Com o decorrer da história da humanidade, em razão das grandes guerras e atrocidades cometidas, as nações uniram-se e criaram a Organização das Nações Unidas, em 1945, e logo após, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos universalizou os direitos fundamentais de proteção à vida humana, para que o homem fosse protegido e para que se evitasse uma terceira guerra mundial. Dispõe assim o art. III: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.” (UNESCO, 1998).

Os direitos fundamentais são tidos como um agrupamento de direitos institucionais e garantias do ser humano, com o intuito de respeitar sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e estabelecer condições mínimas de vida e o livre desenvolvimento da personalidade humana (ALMEIDA et al., 2011).

Fundado no direito constitucional positivo, e integrando a perspectiva material e formal, Sarlet (2001, p. 11) entende que os direitos fundamentais:

Podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais).

Os direitos da pessoa humana estão fundamentados na ideia de dignidade: assim, todo ser humano tem um valor inerente a ele, independentemente de condição, apenas por ser humano. Nos dias de hoje, os direitos humanos têm posição hermeneuticamente acima dos outros direitos previstos no ordenamento jurídico mundial por trazerem como características a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a irredutibilidade, a inviolabilidade, a universalidade, a efetividade, etc., que os tornam valorativamente mais importantes que as outras regras estabelecidas nos ordenamentos (ALMEIDA et al., 2011).

Entre esses direitos fundamentais, o direito à vida é considerado o primeiro e mais essencial direito do homem.

A vida é o bem mais precioso do ser humano, por isso existem tantos níveis de proteção e garantias de efetivação desse direito. Moraes (2014, p. 34) assinala que “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”

2.1 CONCEITUAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Nesta seção serão analisados alguns elementos importantes sobre o direito fundamental à vida, como seu conceito, em que momento a vida se inicia, bem como sobre a sua relevância diante de outros direitos fundamentais.

Sob o olhar de Marmelstein (2011, p. 92):

A vida, sobretudo a vida humana, ainda tem para nós significado um tanto quanto místico e sobrenatural, fruto da nossa incapacidade de encontrar uma explicação “científica” para sua existência. Daí a crença de que a vida é sagrada, um presente de Deus e por isso mesmo possui um valor intrínseco.

Para Sarlet (2012, p. 352), “Cuida-se, portanto, de critério meramente biológico, sendo considerada vida humana, toda aquela baseada no código genético humano.” Seria, então, o direito de todos os seres humanos viverem, ou seja, possuírem existência corporal, no sentido biológico e fisiológico do ser humano.

Sobre o início da vida, explica Moraes (2014, p. 34):

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez.

Bulos (2014, p. 543) dispõe que é função do “[...] Estado assegurar o direito à vida sob duplo aspecto: direito de nascer e direito de subsistir ou sobreviver.”

Nesse contexto, busca-se afastar qualquer concepção de ordem moral, social, política, religiosa ou racial acerca do que consiste a vida humana, principalmente às que anseiam por uma diferenciação entre uma vida digna e uma vida indigna de ser vivida, e nesse intuito, reconhecida e tutelada pela ordem jurídica. A vida, nesse sentido, torna-se pressuposto fundamental para todos os outros direitos fundamentais, como um pré-requisito da existência dos demais direitos constitucionalmente consagrados (SARLET, 2012, p. 352-353).

2.2 CONTEXTO HISTÓRICO E JURÍDICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

A primeira declaração dos direitos humanos da época moderna é a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, escrita por George Mason e proclamada pela Convenção da Virgínia, que em seu art. 1º incluía a vida no rol dos direitos inerentes à pessoa humana, foi o primeiro documento a consagrar um direito à vida, em um aspecto que se pode considerar próximo da noção moderna de direitos humanos e fundamentais (SARLET, 2012, p. 350).

Ainda, conforme dispõe Sarlet (2012, p. 350):

A Constituição Federal Norte-Americana de 1787, por sua vez, não contemplava um “catálogo” de direitos e garantias, tendo sido apenas mediante a aprovação da quinta emenda, de 1791, que o direito à vida passou a assumir a condição de direito fundamental na ordem jurídico-constitucional dos Estados Unidos da América, de resto, a primeira consagração do direito à vida como direito fundamental (de matriz constitucional) da pessoa humana na história constitucional. De acordo com a dicção da quinta emenda, “Nenhuma pessoa [...] será desprovida de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal.”

A Segunda Guerra Mundial, no ano 1945, quando ocorreram grandes violações de direitos humanos, é considerada o marco teórico e um dos momentos mais importantes da história dos direitos humanos. Foi nesse momento que os Estados se conscientizaram e os direitos humanos passaram a ser questão de interesse na comunidade internacional, o que os levou a criar a Organização das Nações Unidas (ONU) em prol de estabelecer e manter a paz no mundo (BELLINHO, [2009?], p. 3).

A criação das Nações Unidas simboliza a necessidade de um mundo de tolerância, de paz, de solidariedade entre as nações, que faça avançar o progresso social e econômico de todos os povos. Os principais objetivos das Nações Unidas passam por manter a paz e a segurança internacional desenvolver relações amigáveis entre as nações, realizar a cooperação internacional, resolvendo

problemas internacionais do cariz econômico, social, intelectual e humanitário e desenvolver e encorajar o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais sem qualquer tipo de distinção (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no seu artigo III, consagrou o direito à vida dispondo que “[...] toda pessoa tem o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 dispôs em seu art. 6º, § 1º, que “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.” Além disso, o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1989, aprovou a abolição da pena de morte pelos Estados aderentes, excetuados os casos de punição militar em períodos de guerra, o qual o Brasil ratificou em 2003, e já o havia incorporado em seu texto constitucional (SARLET, 2012, p. 350-351).

A Constituição de 1988 marca o processo de democratização do Estado Brasileiro, ao solidificar a ruptura com o regime autoritário militar, instalado em 1964. Esse processo se iniciou dentro do próprio regime, em razão das dificuldades em solucionar problemas internos e, em consequência disso, as forças de oposição da sociedade civil se favoreceram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que possibilitaram importantes conquistas sociais e políticas (PLANALTO, 2011).

O direito à vida foi expressamente considerado, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, direito inviolável, estando elencado no art. 5º, caput, o qual dispõe que: “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988).

No que se refere às formas de proteção do direito à vida, no contexto jurídico, trata-se da proteção expressa mais tangente na grande maioria dos or-

denamentos vigentes, estando definitivamente positivado em âmbito nacional e internacional.

Os tratados internacionais, na qualidade de acordos entre Estados, apenas são aplicáveis aos Estados-partes, que são aqueles que consentiram expressamente com a sua adoção, não podendo criar obrigações entre os Estados que não consentiram. A convenção de Viena dita que “Todo Tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser observado por elas de boa-fé”, de modo que os tratados são a expressão de consenso (PIOVESAN, 2012, p. 73).

Exercendo força obrigatória entre os Estados-partes, ocorre a necessidade de monitoramento das obrigações dispostas pelos tratados. Os Estados-partes devem elaborar relatórios dos tratados de proteção de direitos humanos, com o objetivo de esclarecerem, perante os “Comitês”, a forma pela qual estão cumprindo as obrigações internacionais assumidas no instrumento. Esses relatórios precisam conter medidas legislativas, administrativas e judiciais, que são adotadas pelo Estado de forma a implementar o tratado, assim como os fatores de dificuldades encaradas. Entre os mecanismos de proteção, o que constitui a via mais eficaz é o direito de petição, pois por meio dela, na hipótese de violação de direitos humanos e respeitados determinados requisitos de admissibilidade, será possível recorrer às instâncias internacionais competentes, as quais poderão adotar medidas que restaurem ou reparem os direitos que foram violados (PIOVESAN, 2012, p. 77-78).

Diante do exposto, fica a dúvida quanto ao valor jurídico da Declaração Universal de 1948. Conforme dispõe Piovesan (2013), a Declaração não se trata de tratado, portanto, não possui força de lei. Ela foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução, tendo como propósito promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais que se mencionam na Carta da ONU. Por meio dela é que a utilização da expressão direitos humanos tem sido autorizada, apresentando, em razão disso, força jurídica vinculante. Além disso, por conta de sua natureza jurídica vinculante e por ser um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX,

transformou-se em direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional. Desse modo, é classificada como código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional, exercendo, ainda, impacto nas ordens jurídicas nacionais, na medida em que os direitos nela previstos têm sido incorporados por constituições nacionais, sendo também utilizada, quando necessário, como fonte para decisões judiciais nacionais, ocasionando a obrigação de promover o respeito e a observância universal dos direitos elencados na Declaração (PIOVESAN, 2013, p. 130).

Portanto, o direito à vida, disposto no artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, deve ser observado e respeitado em razão da força jurídica que possui o referido dispositivo.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, trouxe disposição sobre o direito à vida, em seu art. 6º, afirmando que “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.” (BRASIL, 1992b).

Outro dispositivo que veio proteger o direito à vida foi a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969, que em seu artigo 4º dispõe que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” (BRASIL, 1992c).

Tendo o art. 5º da Constituição Federal consagrado a inviolabilidade do direito à vida, cabe, agora, deixar claro em que momento a vida tem início e qual o seu término natural, para que dessa forma se possa identificar o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais (MAGALHÃES, 2012, p. 103).

Nesse contexto, o Código Penal Brasileiro de 1940, Parte Especial, em seu Título I, que prevê os crimes contra a pessoa, e o Capítulo I, que trata dos Crimes Contra a Vida, traz em seu art. 123 a previsão do crime de Infanticídio, o qual é o centro do presente trabalho, dispondo que “Matar, sob a influência do

estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos.” (BRASIL, 1940).

Mas o foco do presente trabalho se encontra no direito à vida da criança, a qual, no caso do infanticídio indígena, na maioria das vezes, é ceifada pela própria genitora logo após o parto. Note-se que muito foi explanado sobre a história do direito à vida e seu contexto jurídico no Brasil, bem como sobre o direito comparado de forma geral, fazendo-se necessário um enfoque específico aos direitos da criança.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, que entrou em vigor internacionalmente em 02 de setembro de 1990, destacada como o tratado internacional de proteção de direitos humanos com o maior número de ratificações, contando desde 2010 com 193 Estados-partes, promulgada no Brasil em 21 de novembro de 1990, dispõe em seu preâmbulo que:

Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a *devida proteção legal*, tanto antes quanto *após o seu nascimento*.” (PIOVESAN, 2012, p. 234, grifo nosso).

Ainda sobre tratados, além de fortalecerem e ampliarem o catálogo de direitos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro, apresentam também importantes garantias para a proteção desses direitos (PIOVESAN, 2012, p. 76).

Nesse sentido, o art. 21 da Convenção de Direitos Humanos de Viena, de 1993, denota que:

Em todas as iniciativas relativas à infância, a não-discriminação e o interesse superior da criança deverão constituir *considerações primordiais*, devendo ter-se na devida conta as opiniões da criança. Os mecanismos e programas de âmbito nacional e internacional deverão ser reforçados com vista à defesa e à proteção das crianças, em particular, das meninas, das crianças abandonadas [...] A cooperação e a solidariedade internacionais deverão ser promovidas, com vista a *apoiar a aplicação da Convenção*, e os direitos da criança deverão *constituir uma prioridade* no âmbito da ação alargada do sistema das Nações Unidas na área dos Direitos Humanos. (PORTAL DE DIREITO INTERNACIONAL, 1993).

Desse modo, resguarda-se qualquer violação do direito à vida da criança e à sua integridade física, visto que os Estados-partes, incluído o Brasil, tendo ele promulgado a Convenção, assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança, ou seja, além da vida da criança, que ela tenha uma vida digna, que tenha qualidade de vida.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma grande alteração jurídica para crianças e adolescentes, pois introduziu diversos dispositivos que tratam da criança e do adolescente de forma consoante com as diretrizes internacionais e de direitos humanos.

Ainda sobre a proteção dos direitos das crianças, tem-se no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990, o qual dispõe sobre direitos fundamentais das crianças, sanções, tipificações de crimes, mas, principalmente, sobre seus direitos e sobre o dever do Estado para com elas:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

Diante do exposto, percebe-se que não faltam meios de assegurar e proteger o direito à vida de todos, em especial à das crianças, seja por meio de tratados ou convenções, no âmbito internacional, seja pela Constituição Federal, seus decretos e legislações, no âmbito brasileiro, que devem ser obedecidos e respeitados por todos, bem como fiscalizados pelo Estado brasileiro.

3 O DIREITO À MANIFESTAÇÃO DA TRADIÇÃO INDÍGENA

Não há como tratar diretamente sobre o direito à manifestação da tradição indígena e seu contexto histórico e jurídico sem antes introduzi-lo no contexto do direito à cultura, de modo que se torna necessário reportar-se novamente aos direitos humanos fundamentais.

Com a ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem no decorrer da história, tornou-se dificultoso atribuir-lhes um conceito substancial e preciso. Ademais, considerando-se os diversos termos utilizados para denominá-los, como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais do homem, essa dificuldade só aumentou (SILVA, 2005, p. 175).

No que se refere aos direitos fundamentais, Moraes (2014, p. 29, grifo do autor) dita que

[...] a doutrina apresenta-nos a classificação dos direitos fundamentais de *primeira, segunda e terceira gerações*, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente conhecidos. [...] os *direitos fundamentais de primeira geração* são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Charta*.

Os de *segunda geração* são os direitos sociais econômicos e culturais, e de *terceira geração* são os direitos de solidariedade ou fraternidade, respectivamente (MORAES, 2014).

Promover todos os direitos humanos e liberdades fundamentais é um grande desafio nos dias de hoje, especialmente quando se trata de discutir universalismo *versus* relativismo cultural. Para os primeiros, os direitos humanos decorrem da dignidade humana, enquanto valor intrínseco à condição humana. Para os segundos, a noção de direitos está estritamente ligada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Para o relativismo, o discurso acerca dos direitos humanos fundamentais se relaciona com as circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade, possuindo, assim, cada cultura o seu discurso, conforme a sua história. Ou seja, a história do mundo

é formada pela história de uma pluralidade de culturas, e essas culturas produzem seus próprios valores (PIOVESAN, 2006, p. 12).

Nesse sentido, Santos (1997, p. 115, grifo do autor) fala da necessidade de um diálogo intercultural, o qual resultaria em uma concepção multicultural dos direitos humanos:

No caso de um diálogo intercultural, a troca não é apenas entre diferentes saberes, mas também entre diferentes culturas, ou seja, entre universos de sentidos diferentes e, em grande média, incomensuráveis. Tais universos de sentido consistem em constelações de *topoi* fortes. Os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos. *Topoi* fortes tornam-se altamente vulneráveis e problemáticos quando “usados” numa cultura diferente. O melhor que lhes pode acontecer é serem despromovidos de premissas de argumentação a meros argumentos. Compreender determinada cultura a partir dos *topoi* de outra cultura pode revelar-se muito difícil, se não mesmo impossível.

Para Piovesan (2006, p. 14), a abertura de um diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irredutível”, alcançado por um universalismo de confluência.

Tratando sobre a temática, Santos (1987, p. 7) afirma que:

A cultura diz respeito à humanidade como um todo e ao mesmo tempo a cada um dos povos, nações, sociedades e grupos humanos. Quando se considera as culturas particulares que existem ou existiram, logo se constata a sua grande variação. Saber em que medida as culturas variam e quais as razões da variedade das culturas humanas são questões que provocam muita discussão.

Cada grupo, constituindo uma realidade cultural, possui a sua lógica interna, a qual se deve buscar conhecer, para que suas práticas, costumes, crenças, concepções e as mudanças pelas quais passam possam fazer sentido. Todas as

variações, como as formas de família, maneiras de habitar, vestir e o que comer, resultam das condições de vida e da história de sua existência, e o seu estudo contribui para combater preconceitos, oferecendo uma base de respeito e dignidade entre as relações humanas (SANTOS, 1987, p. 8).

Desse modo, não faria sentido o estudo de uma sociedade particular considerando de maneira isolada cada uma das formas culturais diversas que nela existem. As sociedades indígenas mais retiradas, por exemplo, possuem seu destino ligado à sociedade nacional, que em sua expansão as envolve, tornando sua sobrevivência física e cultural incerta, conduzindo-a a mudanças em sua forma de viver e introduzindo-a a concepções novas de vida, idiomas, bem como a novos problemas (SANTOS, 1987, p. 17).

No que diz respeito à concepção de cultura, existem várias maneiras de entender o que ela significa; a primeira delas preocupa-se com os aspectos de uma realidade cultural, assim, segundo Santos (1987, p. 21-22), ela diz respeito a “[...] tudo aquilo que caracteriza a existência social de um povo ou nação, ou então de grupos no interior de uma sociedade”; a segunda aborda aspectos referentes ao conhecimento, ideias e crenças de determinado povo (SANTOS, 1987).

3.1 CONCEITUAÇÃO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO DA TRADIÇÃO INDÍGENA

As Nações Unidas (1986 apud LUCIANO, 2006, p. 27) apresentam a definição técnica dos indígenas como aqueles que contam com uma continuidade histórica de sociedades anteriores à colonização ocorrida em seus territórios, eles se consideram distintos de outros povos da sociedade e são decididos a conservar e transmitir por meio das gerações futuras sua identidade como um todo, veja-se:

[...] as comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, contando com uma continuidade histórica das sociedades anteriores à invasão e à colonização que foi desenvolvida em seus territórios, consideram a si mesmos distintos de outros setores da sociedade, e estão decididos a conservar, a desenvolver e a transmitir às gerações futuras seus territórios ancestrais e sua identidade étnica, como base

de sua existência continuada como povos, em conformidade com seus próprios padrões culturais, as instituições sociais e os sistemas jurídicos. (NAÇÕES UNIDAS, 1986 apud LUCIANO, 2006, p. 27).

Os povos indígenas do Brasil no decorrer dos últimos 20 anos conquistaram pouco a pouco, mediante muita luta, mobilização e pressão política, o *status* político de cidadania brasileira, significando a possibilidade de usufruírem dos direitos garantidos aos cidadãos brasileiros ao mesmo tempo em que continuaram adotando a sua própria maneira de viver, pensar, fazer e ser (LUCIANO, 2006, p. 87).

No tocante ao conceito propriamente dito sobre o direito à manifestação da tradição indígena, pode-se construí-lo por meio do que se observa na Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural, de 2002, que dispõe em seu preâmbulo um conceito sobre cultura:

Reafirmando que a cultura deve ser considerada como o conjunto de traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças. (UNESCO, 2002, grifo do autor).

Em 1989, a Recomendação da Unesco sobre a Salvaguarda da Cultura Popular e Tradicional, 25^a Reunião, em 15 de novembro de 1989, definia a cultura como “[...] o conjunto de criações que emanam de uma comunidade cultural fundadas na tradição, expressas por um grupo ou por indivíduos e que reconhecidamente respondem a expectativas da comunidade enquanto expressão de sua identidade.” (UNESCO, 1989).

Portanto, a identidade cultural e social, com traços que os distingam de outros grupos, como o modo de vida, os sistemas de valores, tradições e crenças, bem como a língua, o artesanato, a mitologia, a música e a dança, transmitidas por diversas formas de expressão, podem formar o conceito da manifestação da tradição indígena.

Diante disso, por meio da educação tradicional indígena, os povos continuam considerando a alteridade, ou seja, a liberdade de o índio ser ele próprio, desse modo, cada povo indígena deseja e tenciona para si um tipo de alteridade, o que acaba se confundindo com a constituição da pessoa e seu ideal.

É nesse contexto que o infanticídio indígena se enquadra, pois sua ocorrência se deve à cultura da tribo, à sua maneira de organizar a comunidade, às suas crenças e às formas de lidar com as situações que se apresentam no decorrer da vida. De acordo com os ensinamentos passados de geração para geração, considera-se que as mães, na maior parte das vezes, são direcionadas a matar seus próprios filhos por pressão exercida pela comunidade, pois quando nascem crianças com alguma deficiência ou característica considerada prejudicial pelos membros da tribo, ou ainda, quando nascem gêmeos ou trigêmeos, os indígenas acreditam que esses recém-nascidos podem se tornar ou trazer algum mal ou prejuízo para o andamento da tribo.

3.2 CONTEXTO HISTÓRICO E JURÍDICO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO DA TRADIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

De acordo com os dados apresentados pela Organização das Nações Unidas (ONU), os povos indígenas permanecem destacando-se entre as pessoas pobres, as analfabetas e as desempregadas. Em torno de 370 milhões de pessoas no mundo são indígenas, representando cerca de 5% da população mundial, assim como 15% das mais pobres, vivendo em extrema pobreza em áreas rurais do mundo. A situação brasileira dos povos indígenas tem um quadro parecido com o apresentado. Pressupõe-se que quando os europeus tomaram as terras que aqui encontraram, os indígenas eram distribuídos em mais de mil povos diferentes, contando com, aproximadamente, dois a quatro milhões de pessoas. Hoje, no Brasil, encontram-se 233 povos, que, por sua vez, falam cerca de 180 línguas diferentes (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 38).

No que se refere à legislação sobre a matéria indígena, a brasileira é considerada como extremamente avançada pela ONU, a qual também destaca e reconhece os esforços que são levados à risca pelo governo brasileiro para melhorar a condição desses povos.

Os direitos dos povos indígenas, que hoje se encontram fundamentados na Constituição brasileira, foram sendo conquistados e amadurecidos no curso de uma história nem sempre justa ou generosa que, por muito tempo, sequer permitiu aos índios se fazerem ouvir (ARAÚJO et al., 2006, p. 24).

Panorama esse que vai sendo transformado pouco a pouco, dando espaço a um papel de protagonista aos povos indígenas e suas organizações, o qual é exercido amplamente nos dias de hoje; esses povos, com o apoio de outros setores da sociedade, têm buscado colocar cada vez mais a lei em prática para encontrar soluções no que se refere à implantação de seus direitos e para a garantia da viabilidade de projetos futuros (ARAÚJO et al., 2006, p. 24).

Desde então os indígenas têm ganhado cada vez mais proteção, por intermédio de legislações nacionais e internacionais.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos veio assegurar o direito à cultura, sendo disposto no artigo 27, veja-se:

Artigo 27º 1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam. 2. Todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.

Dessa forma, assegura-se o direito de todos os povos exercerem livremente sua cultura, no qual se enquadram todas as formas de cultura, incluindo a indígena e a proteção do direito de se manifestarem.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, estabeleceu direitos que se tornaram importantíssimos no que se refere ao povo indígena, assegurando a autodeterminação dos povos, ou seja, o direito que todos possuem de manifestar, reproduzir e ensinar a cultura da qual fazem parte,

estabelecendo seu próprio modo de desenvolvimento econômico, social e cultural: “Artigo 1º – 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.”(BRASIL, 1992a).

O documento tido como o mais abrangente dos direitos dos povos indígenas, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2008, na opinião de Juca Ferreira, Ministro da Cultura (apud ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 41), constitui no âmbito internacional um instrumento importantíssimo na luta pela afirmação e garantia dos direitos dos povos indígenas. Segundo o Ministro, tal Declaração estimula e norteia diretrizes, ao reconhecer e afirmar direitos fundamentais e universais no contexto das culturas, necessidades e realidades indígenas, para estabelecer políticas e legislações que dizem respeito a sua população, contribuindo para uma mudança de atitude na sociedade mundial.

O primeiro aspecto de proteção jurídica a ser abordado funda-se na proteção do direito à cultura, do qual é decorrente o direito à manifestação da tradição indígena. Diante disso, a proteção ao direito de participar livremente da vida cultural de sua comunidade encontra-se estabelecido no artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o qual dispõe que “Artigo 27 - 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.” (UNESCO, 1998).

Continuando a proteção desse direito, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, foi um dos documentos mais importantes para a preservação dos direitos culturais, pois trouxe inúmeras disposições sobre os direitos referentes às culturas dos povos, e foi adotado pelo Estado brasileiro. Estabelece, em seu artigo 1º, da Parte I, a autodeterminação dos povos, a qual constitui um direito essencial para a preservação e perpetuação da cultura dos povos indígenas: “Artigo 1º - 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto

político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.” (BRASIL, 1992).

Mostra-se, então, pelo exposto anteriormente no que se refere à força jurídica dos tratados, que os Estados que fazem parte desse acordo têm o dever de promover, assegurar e respeitar o direito à autodeterminação dos povos, enquadrando nesse contexto, então, o direito à manifestação da cultura indígena, como cultura a ser respeitada e protegida.

Outro documento de suma importância para assegurar a manifestação da tradição indígena é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, já citado anteriormente. Tal Declaração traz disposto em seu texto o direito à autodeterminação dos povos indígenas, podendo determinar livremente sua condição política e desenvolvimento social, econômico e cultural em seu artigo 3º.

Talvez um dos mais importantes artigos relacionados ao direito em tela seja o artigo 4º, o qual dispõe que no exercício do direito à autodeterminação, os indígenas têm direito à autonomia no que se refere às questões internas, ou seja, quando a questão for relacionada a assuntos internos do grupo, como no infanticídio de determinadas crianças, o qual eles têm autonomia para decidirem. Na íntegra:

Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas. (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

Isso posto, observa-se que o direito de manifestar sua cultura é protegido amplamente, tendo eles autonomia para lidar com questões internas de seu interesse. O artigo 8º da referida Declaração dispõe, ainda, que os indígenas possuem o direito de não sofrer assimilação forçada ou destruição de sua cultura, devendo o Estado estabelecer meios eficazes para prevenção e reparação dessas interferências. Ademais, os artigos 11 e 12 do mesmo documento garantem a prática e a revitalização das tradições e costumes indígenas e o direito dos povos in-

dígenas de manifestarem, praticarem, desenvolverem e ensinarem suas tradições, costumes espirituais e cerimônias religiosas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura o direito à manifestação das tradições culturais, inclusive a indígena, estabelecendo, ainda, que é dever do Estado protegê-las, de acordo com o artigo 215:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos *direitos culturais* e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a *difusão das manifestações culturais*. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, *indígenas* e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. [...] 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II produção, promoção e difusão de bens culturais; III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV democratização do acesso aos bens de cultura; V valorização da diversidade étnica e regional. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Ainda, no território brasileiro existe o Estatuto do Índio, Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, anterior à Carta Magna, de 1988, construído com o intuito de regular e proteger os índios, assim como preservar sua cultura, assegurando no artigo 47 o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, além dos seus valores artísticos e meios de expressão.

Desse modo, mostra-se bastante cristalino que o direito à manifestação da tradição indígena, assim como o direito à vida, é defendido amplamente nas esferas internacional e nacional, de maneira tal que estabelecer qual dos direitos deve prevalecer, ou encontrar uma solução para o conflito entre esses direitos fundamentais, o qual se apresenta perante a prática do infanticídio indígena, não se mostra tão simples. Na seção seguinte serão expostos alguns critérios e possíveis soluções para tal divergência.

4 O CONFLITO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E O DIREITO À MANIFESTAÇÃO DA TRADIÇÃO INDÍGENA, E O USO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA RESOLVER O IMPASSE

Quando se fala sobre os direitos humanos, o direito à vida e os direitos dos povos indígenas previstos na Constituição Federal, principalmente quando se toca na questão do infanticídio indígena, fala-se de um conflito entre civilizações e entre direitos fundamentais. Esses conflitos geram discussões que têm alcançado a mídia, porém, apesar de não existirem dados seguros, é sabido que no Brasil cerca de 20 etnias diferentes, entre as mais de 220 tribos, realizam a prática do infanticídio (ALVES; VILAS BOAS, 2010, p. 5).

Apesar da existência de diversas tribos no Brasil que já deixaram de realizar essa prática, aprendendo a conviver com as causas que a motivam, existem ainda algumas etnias, como os uaiuai, bororo, mehinaco, tapirapé, ticuna, amondaua, eru-eu-uau-uau, suruwaha, deni, yanomami paracanã, entre outras, que ainda praticam o infanticídio indígena (HAKANI, 2008).

As pessoas não índias que conviviam e convivem com os indígenas têm conhecimento sobre a prática do infanticídio nas tribos e o entendem como uma prática cultural tradicional, adotando sempre uma atitude de respeito, reconhecendo-o como uma cultura presente entre os indígenas. Assim como os antropólogos, a Funai adota uma política de não intervenção dessa prática, primando sempre pela manutenção e preservação da cultura indígena, ou seja, sem interferir na ocorrência do infanticídio dentro de quaisquer tribos (ALVES; VILAS BOAS, 2010, p. 4).

Sobre esse aspecto, Sousa (2009, p. 7 apud SIMÕES, 2012) explica que a violência contra a criança começa no momento em que a parturiente, por conta da tradição de sua tribo, ou até mesmo por não desejar a criança, dirige-se para a mata e decide entre tirar-lhe a vida ou não:

[...] porque entre muitas tribos o infanticídio é tabu. Em muitas tribos, quando uma índia está para dar a luz, ela vai sozinha para a floresta, ainda que seja muito jovem e aquele seja seu primeiro filho. *Se a criança é perfeita e nasceu no sexo desejado, a mãe a trará de volta para tribo. Mas se tiver algum defeito, real ou suposto (lábio leporino ou alguma marca de nascimento na pele, tratar-se de gêmeos ou pertencer ao sexo não desejado, provier da mãe solteira ou nascer em família considerada já grande, etc.), a criança será afogada ou estrangulada ou enterrada viva, ou então simplesmente deixada na mata para morrer.* (SOUSA, 2009, p. 7 apud SIMÕES, 2012, grifo nosso).

Ainda, conclui o referido autor que:

[...] existe um silêncio tácito sobre o fato de a mulher grávida ter voltado sozinha para a maloca. Ninguém fala do assunto. O único som capaz de quebrar o silêncio é o choro da criança na mata. *Mas o silêncio logo volta quando a criança morrer, comida por algum animal ou vitimada por alguém da tribo que, farto com o barulho, acabou com o “problema” através de um golpe de tacape ou do estrangulamento.* (SOUSA, 2009, p. 7 apud SIMÕES, 2012, grifo nosso).

Um das principais e chocantes causas de infanticídio indígena estão relacionadas ao nascimento de filhos gêmeos, pois nesse caso a mãe teria cuidado maior com as crianças, sendo exigido pela tribo que fosse sacrificada uma ou as duas crianças. Outra causa está ligada à incapacidade da criança em sobreviver ao ambiente onde a tribo está colocada. Para algumas tribos, a vida se traduz apenas em quando a criança nasce e se desenvolve sem nenhuma deficiência física ou mental, caso contrário, ela não terá condições de sobreviver na comunidade, pois não conseguiria desenvolver as atividades e dependeria sempre da ajuda dos demais integrantes, interferindo, dessa maneira, na definição cultural de sua tribo (REIS [2013?], p. 11-12).

Outro motivo do infanticídio indígena está ligado ao sexo da criança, o qual, em tribos como os suruwahá, atinge principalmente crianças do sexo feminino, sendo rejeitadas e desvalorizadas em comunidades tidas como patriarcais. Ainda como causa, não se pode deixar de falar das crianças que nascem de

mulheres solteiras ou relações ilegítimas, tornando-se inadmissível a presença da criança no meio da comunidade, uma vez que a presença do pai e da mãe na sua criação é imprescindível. Nesse caso, são mortas principalmente crianças do sexo feminino, de modo que se for do sexo masculino poderá ser aceita pela comunidade com base no argumento de que esse menino pode vir a ser útil para desenvolver atividades como pesca e caça, contudo, com um *status* inferior dos demais (REIS [2013?], p. 11-12).

Ainda conforme Reis ([2013?], p. 12), existem relatos de que no caso de a criança nascer em meio a alguma das situações descritas anteriormente, a comunidade indígena acaba por exercer pressão sobre a família, obrigando-a a tirar-lhe a vida, não existindo consenso entre os membros em relação à sua permanência na comunidade, causando, dessa forma, um sofrimento imenso para a mãe e para a família dessa criança, pois a maioria destes se encontra sem coragem de matar seus filhos ou familiares e acabam se suicidando por conta de tal “escolha”.

Desse modo, mostra-se tangente o conflito que existe entre o direito fundamental à vida e o direito à cultura indígena.

Nessa perspectiva, a previsão dos direitos humanos fundamentais é direcionada à proteção e dignidade da pessoa humana de forma ampla; nesse aspecto, Alves e Vilas Boas (2012, p. 3-4) ressaltam que “[...] como construção ocidental, o rol dos direitos humanos apresentam-se como aporias político-jurídicas, se confrontados com as práticas culturais de vários povos.”

Portanto, o que se propõe por meio da discussão entre o conflito existente entre os direitos fundamentais expostos é o desafio de encerrar a problemática de como garantir a efetivação dos direitos humanos em face das manifestações culturais que os confrontam, e qual seria a estratégia mais apropriada na solução desses conflitos. Com a dificuldade na aplicação de uma solução adequada no que se refere à problemática apresentada, faz-se necessário observar de perto como ocorre o conflito, bem como o que é apresentado, até o momento, como uma possível forma de solução.

A colisão entre os direitos fundamentais caracterizam-se como difíceis ou duvidosos, porque são expressos constitucionalmente, dispendo de hierarquia e força vinculativa idêntica (SIMÕES, 2012):

Barroso (2003, p. 338) ensina que, além de essas regras serem carregadas de objetividade e os princípios possuírem mais teor de abstração, não existe hierarquia entre princípios e regras, em face ao princípio da unidade da Constituição.

O choque entre direitos fundamentais ocorre no momento em que a Constituição ampara dois ou mais direitos que se encontravam em contradição no caso concreto; sempre que a Constituição proteger dois valores simultaneamente em contradição, haverá a colisão entre direitos fundamentais. Isso ocorre em razão do caráter flexível dos direitos fundamentais na sua efetivação na vida social das pessoas (PACHECO, 2007).

Para Alexy (1997, p. 607), a colisão de direitos fundamentais ocorre de duas formas: em sentido estrito e em sentido amplo. Dessa forma, observa-se que o choque de direitos fundamentais em sentido estrito e em sentido amplo manifestam-se sob formas de concorrência de direitos fundamentais. No caso do presente trabalho, existe a colisão em sentido amplo, por se tratar da colisão de direitos individuais fundamentais (o direito à vida) e bens coletivos protegidos pela Constituição (o direito à manifestação da tradição indígena).

Destarte, conclui-se que os direitos fundamentais não têm caráter de absoluto, e em decorrência disso, o seu exercício está facultado a limites, assim como, por serem comumente estruturados como princípios, os direitos fundamentais são aplicados mediante ponderação (LOPES, 2012), que surge quando há a necessidade de encaixar o direito ao caso concreto como forma de solucionar os problemas existentes entre bens protegidos juridicamente (CANOTILHO, 2002, p. 1109). A ponderação consiste em verificar os bens que são aplicados no caso concreto na busca de uma solução para esse conflito.

Steinmetz (2001, p. 69) assevera que:

Na colisão, não se trata de pura e simplesmente sacrificar um dos direitos ou um dos bens em jogo. [...] a solução da colisão é impensável com a mera subsunção a normas ou com

a estrita aplicação dos cânones clássicos de interpretação; além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige, sobretudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade – de modo especial, o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens) – e a argumentação jusfundamental.

O conflito em tela ocorre entre normas constitucionais, entre direitos individuais e coletivos, casos difíceis de serem solucionados. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade se apresenta como o melhor instrumento para buscar a solução na colisão entre os direitos fundamentais. Pela sua instrumentalidade, o princípio da proporcionalidade possui grande destaque no âmbito do direito constitucional, tornando-se o parâmetro utilizado na solução de conflitos entre direitos fundamentais, nas situações que exigem a limitação de alguns direitos para a solução dos conflitos (LOPES, 2012).

Marmelstein (2011, p. 385) fala sobre a utilidade do princípio da proporcionalidade, destacando que:

[...] o princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva e suficiente) e proporcional em sentido estrito.

O autor ainda informa que a doutrina tem adotado três dimensões do princípio da proporcionalidade, baseando-se nas decisões da Corte Constitucional Alemã, são elas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Mostrando-se possível, dessa forma, a limitação de um direito fundamental se estiverem presentes na medida correta todos esses aspectos (MARMELSTEIN, 2011, p. 374).

Pela dimensão da adequação do princípio da proporcionalidade, pode-se entender que devem ser utilizadas medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir, deve-se questionar se o meio escolhido é o adequado para atingir o resultado, caso contrário, desrespeitou-se o princípio da proporcionalidade, de modo que a medida deve ser anulada pelo

poder judiciário. No que se refere à dimensão da necessidade, a medida desejada deve ser completamente necessária, não podendo ser excessiva, tampouco insuficiente. Já a proporcionalidade em sentido estrito está atrelada à ponderação, posto que exige a análise de vantagens e desvantagens que trará a medida, assim, deve-se fazer o seguinte questionamento: o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que os que a medida buscou preservar? (LOPES, 2012).

Segundo Lopes (2012), para responder a essa pergunta, precisa-se realizar um exercício de balanceamento ou de ponderação, assim, por meio disso, o jurista considerará todos os interesses em jogo, objetivando encontrar uma solução que se mostre constitucionalmente adequada, fundamentada em fortes e firmes argumentos, de forma coerente e convincente.

5 CONCLUSÃO

Assim, não restam dúvidas de que o direito fundamental, primordial, o primeiro dos direitos do homem, o direito à vida, é o que deve prevalecer, em detrimento do direito à manifestação cultural, no conflito entre direitos fundamentais no âmbito do caso estudado no presente trabalho. A vida é um direito básico e deve ser respeitado em todas as suas formas.

Portanto, a técnica da ponderação se mostra essencial para a aplicação e existência da proporcionalidade em sentido estrito nos casos concretos apresentados pelas relações da sociedade, de modo que se esta não for existente deverá ser declarada nula (LOPES, 2012).

O princípio da proporcionalidade mostra-se como o instrumento mais adequado para buscar a solução do conflito existente entre o direito à vida e o direito à manifestação da tradição indígena. Ou seja, deve-se ponderar se o direito básico à vida, à existência daquela criança nascida nas condições que ensejam sua morte, segundo os costumes da sua tribo, deve ser retraído perante o direito à manifestação da tradição indígena, perante as cresças e os costumes da tribo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón de Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA, Anderson Maia et al. Os direitos humanos sob a ótica do relativismo cultural: uma breve análise do infanticídio indígena no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 14, n. 92, set. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10376&revista_caderno=27>. Acesso em: 04 mar. 2014.
- ALVES, Fernando de Brito; VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater. Direito à cultura e o direito à vida: visão crítica sobre a prática do infanticídio em tribos indígenas. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3822.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2015.
- ARAÚJO, Ana Valéria et al. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. Brasília, DF: Ministério da educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BELLINHO, Lilith Abrantes. *Uma evolução Histórica dos Direitos Humanos*. [2009?]. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/lilith-abrantes-bellino.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2015.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2015.
- BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jul. 1992a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 jul. 1992b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 nov. 1992c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 24 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

HAKANI. Infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil. *Hakani, uma voz pela vida*. 2008. Disponível em: <http://www.hakani.org/pt/infanticidio_entrepovos.asp>. Acesso em: 15 set. 2015.

LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 15, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 15 set. 2015.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2006.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conheça a ONU*. Brasil, 2014. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/conheca/>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

PACHECO, Eliana Descovi. Colisão entre direitos fundamentais e formas de solucionar a questão juridicamente. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 10, n. 43, jul. 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4228%3E>. Acesso em: 15 set 2015.

PALÁCIO DO PLANALTO. Presidência da República. *A Constituição Federal*. Brasília, DF: Portal do Planalto, 04 jul. 2011. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/constituicao-federal>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional – Módulo V*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTAL DE DIREITO INTERNACIONAL. *Declaração e Programa de Ação de Viena*. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena: Cedin, 1993. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%A7%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

REIS, Junior Barreto. *Infanticídio Indígena: Um Conflito entre a Diversidade Cultural e os Direitos Humanos*. Jacarezinho, [2013?]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab28ad5cc818e94c>>. Acesso em: 15 set. 2015.

SANTOS, Boa Ventura Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*, São Paulo, v. 39, 1997.

SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. (Coleção primeiros passos)

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMÕES, Jonathas da Silva. *Infanticídio Indígena em Tribos Brasileiras*. Paraíba, 2012. Disponível em: <<http://oabpb.org.br/artigos/infanticidio-indigena-em-tribos-brasileiras/>>. Acesso em: 14 set. 2015.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

UNESCO. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Brasília, DF: Unesco do Brasil, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

UNESCO. *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*. Conferência Geral. Brasília, DF: Unesco, 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

UNESCO. *Recomendação sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular*. Conferência Geral da Unesco. 25ª reunião. Paris: Unesco, 1989. Disponível em: <http://cvc.instituto-camoes.pt/cpc2007/patrimonio/bloco2/recomendacao_%20sobre_a_salvaguarda_da_cultura_tradicional.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

DIREITO DO CONSUMIDOR: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES POR DEFEITOS NOS PRODUTOS ALIMENTÍCIOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

João Ricardo Spagnol*
Magda Cristiane Detsch da Silva**

Resumo: No presente trabalho se aborda a responsabilidade civil dos fornecedores por defeitos nos produtos alimentícios à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Examina-se, inicialmente, a responsabilidade civil objetiva, a diferença entre vício e defeito e a responsabilidade pelo fato do produto. Por fim, analisa-se como o Superior Tribunal de Justiça vem julgando os litígios que lhe são apresentados em relação ao tema. Concluiu-se o trabalho com a constatação da existência de divergência na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em virtude da ingestão, ou não, do produto alimentício defeituoso pelo consumidor. De um lado, verifica-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no que se refere à responsabilidade civil dos fornecedores nos casos em que os produtos alimentícios defeituosos tenham sido ingeridos pelos consumidores e que estejam dentro do prazo de validade estipulado, fato este que caracteriza a existência de risco de dano à saúde ou incolumidade física dos consumidores. Do outro lado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mostra-se ainda dividida no que se refere à possibilidade de reparação de dano moral em virtude de produtos alimentícios defeituosos que não chegaram a ser ingeridos pelos consumidores.

Palavras-chave: Consumidor. Responsabilidade civil. Produtos alimentícios. Defeito.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho desenvolvido ocupa-se da responsabilidade civil dos fornecedores por defeitos nos produtos alimentícios à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

* Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

** Mestre em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; magda.dasilva@unoesc.edu.br

Os produtos colocados no mercado de consumo, de maneira geral, são essenciais em nosso dia a dia. Na agitada vida moderna e diante do atual modelo de produção e de consumo em massa, raramente participamos do processo de fabricação dos produtos que consumimos, principalmente na área alimentícia, de modo que precisamos comprá-los rotineiramente no varejo por meio de relações de consumo protegidas pelo Direito do Consumidor.

Ocorre que, algumas vezes, referidos produtos apresentam algum tipo de defeito que compromete a segurança ou a saúde do consumidor, como o caso da consumidora que encontrou, enquanto cozinhava para sua família, preservativo masculino dentro de um extrato de tomate.

Nesses casos, os riscos ou os danos ocasionados à saúde ou à segurança dos consumidores geram para eles, na via reflexa, o direito de serem efetivamente ressarcidos, seja material ou moralmente.

Assim, o presente trabalho aborda, inicialmente, em síntese, como a legislação e a doutrina consumerista tratam a responsabilidade civil dos fornecedores em relação aos produtos defeituosos colocados no mercado de consumo.

Em seguida, investigou-se como o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando a legislação consumerista para resolver os litígios relacionados a produtos alimentícios defeituosos que lhe são apresentados, com o objetivo precípua de conferir se as disposições constantes no Diploma Consumerista estão encontrando, na prática, a correspondência esperada, visando garantir a efetiva proteção dos consumidores.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES POR DEFEITOS NOS PRODUTOS

Na presente seção analisou-se, inicialmente, de que modo a responsabilidade civil do fornecedor é tratada no contexto do direito consumerista. Em seguida, diferenciaremos o conceito de defeito do conceito de vício, finalizando a seção com o estudo da responsabilidade pelo fato do produto.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO FORNECEDOR

Antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, as relações jurídicas de consumo acabavam sendo julgadas com base no Código Civil, diante da inexistência de legislação específica. Nesse sentido, o modelo de responsabilidade civil baseado na culpa (subjetiva) encontrava entraves para ser aplicado quando o indivíduo afetado era o consumidor, principalmente, em virtude da dificuldade de produção de prova relativa à culpa do fornecedor.

Com interessante análise de caso concreto, Cavalieri Filho (2010, p. 481) demonstra como era insuficiente a proteção outrora conferida aos consumidores pelo sistema de responsabilidade civil tradicional:

[...] o Código do Consumidor engendrou um novo sistema de responsabilidade civil para as relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, porquanto a responsabilidade civil tradicional revelara-se insuficiente para proteger o consumidor. Tomemos como exemplo o caso de uma senhora julgado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Ap. Cível 10.771/98). Ao abrir, no recesso do seu lar, um litro de um determinado refrigerante, para servi-lo aos seus dois filhinhos, a tampa explodiu, bateu com tal violência em um dos seus olhos que a deixou cega daquela vista. À luz da responsabilidade tradicional, quem seria o causador do dano? A quem aquela senhora poderia responsabilizar? A garrafa que não seria, porque a coisa não responde por coisa alguma. Poderia responsabilizar o vendedor do refrigerante, o supermercado, digamos? De acordo com a responsabilidade tradicional este haveria de se defender com a máxima facilidade, alegando que não teve culpa pois limitou-se a vender o refrigerante tal como o recebeu do fabricante – fechado, embalado, lacrado –, sem qualquer participação no processo de fabricação. Poderia a vítima responsabilizar o fabricante? Também este, de acordo com o Direito tradicional, haveria de afastar qualquer responsabilidade de sua parte dizendo que nada vendeu para a vítima, que não havia nenhuma relação contratual entre eles, e que só responde pelo fato da coisa enquanto ela estiver sob a sua guarda, comando ou direção, jamais depois que ela saiu de sua fábrica. Essa é a própria essência da teoria da guarda. Como se vê, aquela senhora, pelo sistema tradicional de responsabilidade, estaria ao desamparo, não obstante agredida violentamente no recesso do seu lar.

Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em março de 1991, e com a inauguração de uma nova ordem jurídica, com novos personagens e regras próprias, optou o legislador por consagrar a responsabilidade objetiva dos fornecedores no âmbito do direito consumerista, reconhecendo a vulnerabilidade dos consumidores e fornecendo-lhes ferramentas de proteção contra danos experimentados no mercado de consumo.

Nesse sentido, leciona Filomeno (2011, p. 199, grifo do autor):

O Código Civil de 1916 adotara a chamada teoria da culpa para dar ensejo à indenização reclamada por alguém prejudicado pela ação, dolosa ou culposa, de outrem. Isto é, conforme se depreende do art. 159 do mesmo diploma legal, *todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, ou seja, por dolo; ou, então por negligência, imperícia ou imprudência, causar um prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar os danos causados*. A grande desvantagem desse tipo de responsabilidade era que, em muitos casos, embora o agente do dano fosse conhecido, a vítima do dano era obrigada a demonstrar que o mesmo fora causado por dolo ou culpa. Ora, para o consumidor seria extremamente penoso demonstrar essa circunstância, mesmo porque ele é a parte vulnerável nas relações de consumo, tendo o Código de Defesa do Consumidor optado pela responsabilidade objetiva.

A consagração da responsabilidade civil objetiva no Código de Defesa do Consumidor é reforçada pela doutrina pátria. Netto (2011, p. 114) afirma que “[...] os produtos que, por seus defeitos, causarem danos, fazem surgir a responsabilidade civil do fornecedor, independentemente de culpa.”

No mesmo sentido, Marques, Benjamin e Miragem (2013, p. 433, grifo do autor) explicam:

Se definirmos responsabilidade objetiva simplesmente como aquela que prescinde de culpa, certamente podemos concluir que o art. 12 do CDC segue a *teoria objetiva*, na medida em que este artigo afirma nascer a responsabilidade de determinados fornecedores “independentemente da existência de culpa”.

Tartuce e Neves (2013, p. 124, grifo do autor) destacam:

[...] o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consagra como regra a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, frente aos consumidores. Tal opção visa a facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em prol da *reparação integral dos danos*, constituindo um aspecto material do acesso à justiça. Desse modo, não tem o consumidor o ônus de comprovar a culpa dos réus nas hipóteses de vícios ou defeitos dos produtos ou serviços.

A única exceção à responsabilidade objetiva, conforme destacado anteriormente, diz respeito aos profissionais liberais, aos quais é imputada a responsabilidade subjetiva caso causarem dano no mercado de consumo, necessitando a demonstração de sua culpa (art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor).¹

Por fim, Grinover et al. (2011, p. 194-195) ponderam:

O esquema clássico da responsabilidade civil está sujeito ao temperamento do art. 186 do Código Civil, fundado na configuração da culpa em sentido subjetivo. O dano causado só é indenizável quando o agente age com negligência ou imprudência. A moral convencional quer salvaguardar a liberdade de agir dos homens e só responsabilizá-los quando se configurar uma conduta culpável. No entanto, uma sociedade civil cada vez mais reivindicante reclamava mecanismos normativos capazes de assegurar o ressarcimento dos danos se necessários fosse, mediante sacrifício do pressuposto da culpa. A obrigação de indenizar sem culpa surgiu no bojo dessas ideias renovadoras por duas razões: a) a consideração de que certas atividades do homem criam um risco especial para outros homens, e que; b) o exercício de determinados direitos deve implicar ressarcimento dos danos causados.

Consagrada a responsabilidade civil objetiva no Diploma Consumerista, mostra-se importante a análise da razão de tal modalidade de responsabilidade civil ter sido adotada pelo legislador. Conforme observado na doutrina anteriormente exposta, a sociedade civil ansiava por mecanismos normativos que fossem capazes de assegurar o ressarcimento dos danos experimentados no mercado de consumo, mesmo se necessário o sacrifício do pressuposto da culpa.

¹ § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

E esse anseio da sociedade civil surgiu em virtude das drásticas mudanças nos modelos de produção e de consumo ocasionados pela Revolução Industrial e pelo surgimento da sociedade de massa. Em sua doutrina, Nunes (2013, p. 218-219) relembra as características desse contexto histórico:

Com a explosão da revolução industrial, a aglomeração de pessoas nos grandes centros urbanos e o inexorável aumento da complexidade social, exigia-se um modelo de produção que desse conta da sociedade que começava a surgir. A necessidade de oferecer cada vez mais produtos e serviços para um número sempre maior de pessoas fez com que a indústria passasse a produzir em grande quantidade. Mas o maior entrave para o crescimento da produção era o custo. A solução foi a produção em larga escala e em série, que, a partir de modelos previamente concebidos, permitia a diminuição dos custos. Com isso, era possível fabricar mais bens para atingir um maior número de pessoas. O século XX inicia-se sob a égide desse modelo de produção: fabricação de produtos e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, com um custo de produção menor de cada um dos produtos, possibilitando sua venda a menor preço individual, com o que maiores parcelas de consumidores passaram a ser beneficiadas.

Conforme destacado, o século XX inicia-se sob a égide do modelo de produção em massa e da ampla oferta. Nunes (2013, p. 218-219) apresenta as consequências da adoção desse modelo:

Muito bem. Em produções massificadas, seriadas, é impossível assegurar como resultado final que o produto ou o serviço não terá vício/defeito. Para que a produção em série conseguisse um resultado isento de vício/defeito, seria preciso que o fornecedor elevasse seu custo a níveis altíssimos, o que inviabilizaria o preço final do produto e do serviço e desqualificaria a principal característica da produção em série, que é a ampla oferta para um número muito maior de consumidores. Dessa maneira, sem outra alternativa, o produtor tem de correr o risco de fabricar produtos e serviços a um custo que não prejudique o benefício. Aliado a isso está o indelével fato de que produções desse tipo envolvem dezenas, centenas ou milhares de componentes físicos que se relacionam, operados por outra quantidade enorme de mãos que os manuseiam direta ou indiretamente. A falha é inexorável: por mais que o fornecedor queira, não consegue evitar que seus produtos ou serviços cheguem ao mercado sem vício/defeito. [...] Logo, temos de lidar com esse fato

inevitável (e incontestável): há e sempre haverá produtos e serviços com vício/defeito.

A consequência da adoção do modelo de produção em série, de forma padronizada e uniforme, a baixo custo, foi o reconhecimento, para o fornecedor, do risco de os seus produtos apresentarem algum vício ou defeito. Esse foi um risco que os fornecedores decidiram assumir ao adotar tal modelo de produção.

Por outro lado, com esse novo modelo de produção, os riscos para os consumidores também cresceram drasticamente. Em relação a esse aumento significativo dos riscos ao consumidor, destaca Cavalieri Filho (2010, p. 482):

[...] o desenvolvimento tecnológico e científico, a par dos incontáveis benefícios que trouxe a todos nós e à sociedade em geral, aumentou ao infinito os riscos do consumidor, por mais paradoxal que isso possa parecer. E assim é porque na produção em série um único defeito de concepção ou de fabricação pode gerar riscos e danos efetivos para um número indeterminado de consumidores. São os riscos do consumo, riscos em série, riscos coletivos.

Constata-se, desse modo, que a atual sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor relega ao fornecedor o ônus de suportar os riscos ocasionados por produtos e serviços colocados no mercado de consumo, notadamente, quando eles ocasionam danos aos consumidores. E, nesse sentido, ao relegar ao fornecedor o risco de suportar os danos que possam advir de seus produtos, o Código de Defesa do Consumidor protege, efetivamente, o patrimônio material e moral do consumidor.

Nesse sentido, ressalta Nunes (2013, p. 219):

Poder-se-ia dizer que antes – por incrível que possa parecer – o risco do negócio era do consumidor. Era ele quem corria o risco de adquirir um produto ou serviço, pagar seu preço (e, assim, ficar sem seu dinheiro) e não poder dele usufruir adequadamente ou, pior, sofrer algum dano. [...] Agora, com a Lei n. 8.078, o risco integral do negócio é do fornecedor.

Essa assunção do risco pelo fornecedor não poderia ser diferente. Considerando a altíssima probabilidade de ocorrência de vício/defeito, Nunes (2013,

p. 219) conclui que, “[...] dessa maneira, nada mais adequado do que controlar, como fez o CDC, o resultado da produção viciada/defeituosa, cuidando de garantir ao consumidor o ressarcimento pelos prejuízos sofridos.”

Em conclusão, pode-se afirmar que a responsabilidade civil objetiva, hoje consagrada, constitui-se em uma das principais garantias dos consumidores diante do poderio dos fornecedores, ao passo em que garante a eles, objetivamente, o ressarcimento dos prejuízos experimentados por vícios e defeitos nos produtos colocados no mercado de consumo.

A superação da responsabilidade civil subjetiva, com certeza, foi histórica no que concerne à efetividade da proteção conferida aos consumidores pelo Código de Defesa do Consumidor.

2.2 VÍCIO *VERSUS* DEFEITO

Após a apresentação da análise acerca da responsabilidade civil objetiva, cumpre estudarmos as diferenças entre vício e defeito, dois institutos jurídicos presentes no Diploma Consumerista e que, constantemente, geram dúvidas aos operadores do Direito em geral.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 12, § 1º, definiu o produto defeituoso, *in verbis*:

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
I - sua apresentação;
II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
III - a época em que foi colocado em circulação. (BRASIL, 1990).

Assim, verifica-se que o diploma legal caracteriza o defeito no produto quando este não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Deve-se deixar claro, no entanto, que a segurança do produto está limitada por aquilo que dele legitimamente se espera, consoante lecionam Marques, Benjamin e Miragen (2013, p. 436-437, grifo do autor):

Note-se que no CDC a garantia de segurança do produto ou serviço deve ser interpretada enquanto reflexo do princípio geral do CDC de proteção da confiança. Nesse sentido, o dever de qualidade-segurança será limitado, como afirma o § 1º do art. 12 do CDC, à “segurança que dele legitimamente se espera”. Não se trata de segurança absoluta, mesmo porque o CDC não desconhece ou proíbe que produtos naturalmente perigosos sejam colocados no mercado de consumo; ao contrário, concentra-se na ideia de *defeito*, de falha na segurança legitimamente esperada.

Na mesma linha de interpretação, destaca Cavalieri Filho (2010, p. 491, grifo do autor): “As regras da experiência comum evidenciam que os bens de consumo sempre têm um resíduo de insegurança, que pode não merecer a atenção do legislador. O Direito só atua quando a insegurança ultrapassar o patamar da *normalidade* e da *previsibilidade* [...]”

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 18, traz o conceito de vício, nos seguintes termos:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (BRASIL, 1990).

No trabalho a ser desenvolvido, adotamos, assim como Almeida (2013, p. 288), “[...] a posição que diferencia vício de defeito, pois entendemos que assim o faz o Código de Defesa do Consumidor ao relacionar defeito com a insegurança do produto ou do serviço e vício com a mera inadequação aos fins a que se destinam.”

Nessa mesma linha de entendimento, também leciona Nunes (2013, p. 229-230):

São considerados vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor. Da mesma forma são conside-

rados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária. Os vícios, portanto, são os problemas que, por exemplo: a) fazem com que o produto não funcione adequadamente, como um liquidificador que não gira; b) fazem com que o produto funcione mal, como a televisão sem som, o automóvel que “morre” toda hora etc.; c) diminuam o valor do produto, como riscos na lataria do automóvel, mancha no terno etc.; d) não estejam de acordo com informações, como o vidro de mel de 500 ml que só tem 400 ml; o saco de 5 kg de açúcar que só tem 4,8 kg; o caderno de 200 páginas que só tem 180 etc. O defeito, por sua vez, pressupõe o vício. Há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício. O vício é uma característica inerente, intrínseca do produto ou serviço em si. O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento, o não funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago – já que o produto ou serviço não cumpriram o fim ao qual se destinavam. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/ou moral e/ou estético e/ou à imagem do consumidor.

Igualmente é a doutrina de Netto (2011, p. 110, grifo do autor), o qual trata o defeito como “fato”:

Embora tanto no vício quanto no fato haja responsabilidade civil do fornecedor, ambos não se confundem no sistema brasileiro. No vício há um descompasso entre o produto ou serviço oferecido e as legítimas expectativas do consumidor (intrínseco, *in re ipsa*). Já no fato há um dano ao consumidor, atingindo-o em sua integridade física ou moral (extrínseco). Pode-se dizer, em extrema simplificação, que o vício atinge o produto, enquanto que o fato atinge a pessoa do consumidor (danos materiais ou morais).

Tartuce e Neves (2013, p. 133-134, grifo do autor) também diferenciam os institutos:

No *vício* – seja do produto ou serviço –, o problema fica adstrito aos limites do bem de consumo, sem outras repercussões (*prejuízos intrínsecos*). Por outra via, no *fato ou defeito* – seja também do produto ou serviço –, há outras decorrências, como é o caso de outros danos materiais, de danos morais e dos danos estéticos (*prejuízos extrínsecos*). De outra forma, pode-se dizer que, quando o dano permanece nos li-

mites do produto ou serviço, está presente o vício. Se o problema extrapola os seus limites, há fato ou defeito, presente, no último caso, o acidente de consumo propriamente dito.

A doutrina apresenta exemplos concretos a fim de facilitar o entendimento acerca da diferença entre vício e defeito, alguns já apresentados. Ainda nesse diapasão, Tartuce e Neves (2013, p. 134, grifo do autor) destacam:

De início, determinado consumidor compra um ferro de passar roupas. Certo dia, passando uma camisa em sua casa, o aparelho explode, não atingindo nada nem ninguém. Nesse caso, está presente o *vício do produto*. Por outra via, se o mesmo eletrodoméstico explode, causando danos físicos no consumidor, há *fato do produto* ou *defeito*. Como segunda ilustração, alguém para o seu veículo em uma ladeira. Porém, o sistema de frenagem do automóvel apresenta problemas e o mesmo desce a ladeira, sem atingir nada ou ninguém (vício do produto). Se o veículo descer a ladeira e atingir uma pessoa ao final da descida, está presente o fato do produto ou defeito.

Verifica-se, assim, que grande parcela da doutrina reconhece a diferença entre os institutos do vício e do defeito, diferenças essas que ficaram bem delineadas após a apresentação de diversos conceitos sobre os institutos.

Tal diferenciação é essencial para o desenvolvimento do presente trabalho. Iremos analisar, exclusivamente, como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem responsabilizando os fornecedores por defeitos nos produtos alimentícios, entendendo-se, como entende grande parcela da doutrina, os defeitos como problemas de segurança dos produtos, que atentam contra a vida ou saúde dos consumidores.

Tal responsabilidade por defeito de segurança nos produtos é conhecida, igualmente, como responsabilidade pelo fato do produto. Leciona Netto (2011, p. 110-111) que:

[...] o vício alude a problemas de inadequação, ao passo que o fato envolve defeitos de segurança. Nesse sentido apontou, recentemente, o STJ: “No sistema do CDC, a responsabilidade pela qualidade biparte-se na exigência de adequação e segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços. Nesse contexto, fixa, de um lado,

a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança; e de outro lado, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que abrange os vícios por inadequação” (STJ, REsp 967.623, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª. T., DJ 29/06/09). (BRASIL, 2009).

Feitas essas considerações, finalizaremos esta seção com o estudo da responsabilidade pelo fato do produto.

2.3 RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO

A responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto está regulada no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL, 1990).

Em um primeiro momento, deve-se destacar que o Diploma Consumerista não deixa dúvidas ao conferir ao fabricante, produtor, construtor e importador a responsabilidade objetiva (independentemente da existência de culpa) pelos danos causados aos consumidores por defeitos de seus produtos, bem como, por informações insuficientes ou inadequadas.

E quando se fala em ressarcimento dos danos, mostra-se importante reiterar que tal ressarcimento deve ser integral, consoante doutrina de Nunes (2013, p. 225):

[...] na apresentação dos princípios e direitos básicos do consumidor, a lei garante ao consumidor a reparação integral dos danos patrimoniais e morais (no inciso VI do art. 6º). Logo, quando, na Seção II do Capítulo III (nos arts. 12 a 17), o CDC determina a reparação dos danos, está-se referindo à ampla reparação dos danos materiais (patrimoniais), morais, estéticos e à imagem.

Comentando o art. 12 transcrito anteriormente, Cavalieri Filho (2010, p. 489, grifo do autor) apresenta o conceito de fato do produto:

Depreende-se desse dispositivo que fato do produto é um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um *defeito do produto*. Seu fato gerador será sempre um defeito do produto; daí termos enfatizado que a palavra-chave é *defeito*.

Existe uma série de defeitos que podem causar danos aos consumidores, defeitos que variam desde a concepção dos produtos até a sua apresentação ou acondicionamento.

Assim, conforme visto no *caput* do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, caso for constatado defeito em algum produto colocado no mercado de consumo, qualquer que seja a natureza do defeito, e este vier a ocasionar danos aos consumidores, seja material ou moral, devem os fornecedores responder objetivamente pela reparação dos danos causados.

Em relação à responsabilidade pelo fato do produto, destaca Almeida (2013, p. 290, grifo do autor):

No tocante à responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, as atenções estão centradas basicamente na incolumidade física e psicológica do consumidor. Tal assertiva busca amparo no fato de que a expressão “fato do produto ou do serviço” refere-se a acidente de consumo decorrente de um produto ou serviço defeituoso. [...] Assim, aquele que compra um *Tablet* que explode em seu rosto ao ser ligado sofre um acidente de consumo em razão de um produto defeituoso. Nessa modalidade de responsabilidade, a preocupação está mais voltada para a segurança do consumidor.

Percebe-se que a responsabilidade pelo fato do produto objetiva a preservação da incolumidade física e psicológica do consumidor, as quais são prejudicadas quando do aparecimento de defeito no produto.

E essa preocupação do legislador com a incolumidade física e psicológica do consumidor é tamanha que previu a responsabilidade objetiva do fornecedor nos casos de defeito nos produtos. Assim, na responsabilidade pelo fato do

produto basta ao consumidor fazer prova do dano sofrido, do nexo causal entre o dano e o produto e indicar o responsável pelo produto para, então, ser ressarcido integralmente pelos danos experimentados.

Nessa linha, conforme a doutrina de Nunes (2013, p. 333):

Concluída essa fase pelo consumidor, da prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano sofrido e o produto, com a indicação do responsável pelo produto, deve este último pura e simplesmente pagar o valor da indenização que for apurada, sem praticamente possibilidade de defesa. Suas únicas alternativas de contestação são as previstas no § 3º do art. 12.

Igualmente a lição de Cavalieri Filho (2010, p. 490, grifo do autor):

[...] o fato gerador da responsabilidade do fornecedor não é mais a conduta culposa, tampouco a relação jurídica contratual, mas sim o *defeito* do produto. Bastará o nexo causal entre o defeito do produto ou serviço e o acidente de consumo. Pode-se concluir que os pressupostos da responsabilidade do fornecedor são o defeito, o nexo causal e o dano.

Ainda, conforme destacado por Netto (2011, p. 120), a prova do defeito também não é responsabilidade do consumidor, devendo o fornecedor arcar com esse ônus probatório:

Não cabe ao consumidor a prova do defeito do produto ou serviço. O consumidor provará o dano sofrido, e o nexo causal entre o dano e o produto ou serviço. Cabe ao fornecedor, detentor dos meios técnicos da produção, provar a inexistência do defeito. É o que deflui das disposições normativas do CDC que preveem que o fornecedor só não será responsabilizado se provar que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente (art. 12, § 3º); ou que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente (art. 14, § 3º). A prova da ausência do defeito, portanto, segundo expressa dicção legal, fica a cargo do fornecedor.

Desse modo, provando o consumidor o dano e o nexo causal entre o dano e o produto defeituoso, deve o fornecedor ressarcir-lo integralmente. Conforme visto, as únicas possibilidades de defesa do fornecedor são as excludentes de

responsabilidade, previstas no art. 12, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:
I - que não colocou o produto no mercado;
II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (BRASIL, 1999).

Portanto, provada pelo fornecedor alguma das excludentes de responsabilidade, não há que se falar em responsabilidade pelo fato do produto.

Outro ponto importante a ser abordado trata da responsabilidade solidária dos fornecedores. De acordo com Cavalieri Filho (2010, p. 494), “[...] havendo mais de um fabricante para um mesmo produto, ou mais de um causador do dano, todos respondem solidariamente pela reparação. O Código trata da solidariedade em várias passagens – art. 7º, parágrafo único, 18 e 25, § 1º e 2º.”

Apresentados os principais aspectos da responsabilidade pelo fato do produto, podemos passar à análise central do presente trabalho: verificar como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem responsabilizando os fornecedores por defeitos nos produtos alimentícios.

Ainda que sucintamente, pretendeu-se, até o momento, apresentar o arcabouço normativo e a interpretação doutrinária acerca dos principais aspectos ligados à responsabilidade civil dos fornecedores no âmbito consumerista. Imbuídos dos pressupostos teóricos, passemos à análise prática do assunto, verificando como o Superior Tribunal de Justiça vem lidando com os casos concretos de defeitos de produtos alimentícios que lhe são apresentados para julgamento.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES POR DEFEITOS NOS PRODUTOS ALIMENTÍCIOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apresentados, até o momento, os pressupostos teóricos da responsabilidade civil dos fornecedores por defeitos nos produtos, analisaremos, nessa seção, como o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o Código de Defesa do Consumidor para solucionar os litígios que lhe são apresentados relativamente aos defeitos nos produtos alimentícios.

3.1 A COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Constituição Federal, em seu artigo 105, inciso III, alínea *a*, dispõe acerca de uma parcela da competência do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; (BRASIL, 1988).

Assim, será o Superior Tribunal de Justiça competente para julgar, em recurso especial, quando cabível, as causas cuja decisão contrariar lei federal. Considerando ser o Código de Defesa do Consumidor lei federal (Lei n. 8.078/90), caberá ao Superior Tribunal de Justiça a palavra final em litígio que questione a aplicação ou interpretação do Código de Defesa do Consumidor, a não ser em hipótese cujo litígio versar sobre questão constitucional.

Por esse motivo, a escolha pelo estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cujas decisões no contexto consumerista geram reflexos jurídicos em toda a atividade jurisdicional do País nessa mesma área.

3.2 DECISÕES RELATIVAS A PRODUTOS ALIMENTÍCIOS DEFEITUOSOS

Notoriamente, os produtos alimentícios, na maioria industrializados, fazem parte do dia a dia dos brasileiros, eis que essenciais à sobrevivência.

Quando devidamente fabricados e acondicionados, os produtos alimentícios, via de regra, não comprometem a saúde do consumidor. O ilícito ocorre quando o produto alimentício apresenta algum defeito em sua fabricação, gerando riscos à saúde do consumidor. Nesses casos, as consequências podem ser graves.

Muitos casos de defeitos em produtos alimentícios chegaram à análise do Superior Tribunal de Justiça, casos curiosos e que geram certo grau de repugnância pela natureza dos defeitos. Observou-se, nesse aspecto, uma diferenciação no resultado dos julgamentos pelo fato de o produto alimentício defeituoso ter sido ingerido ou não pelo consumidor, conforme demonstra-se a seguir.

3.2.1 Decisões relativas a produtos alimentícios defeituosos que foram ingeridos pelos consumidores

Quando se trata de produtos alimentícios defeituosos que foram ingeridos pelos consumidores, o Superior Tribunal de Justiça tem sido firme no que se refere ao reconhecimento da responsabilidade civil do fornecedor pelos riscos à saúde dos consumidores. Em todos os casos a seguir apresentados, o fornecedor foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais e/ou materiais.

O primeiro exemplo trata de aquisição e posterior utilização, pelo consumidor, de lata de leite condensado contendo inseto, no caso uma barata, em seu interior. O consumidor foi ressarcido moralmente no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). O litígio foi julgado em 10 de maio de 2011 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1236060/MG, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi. A seguir a ementa do referido acórdão:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ADESIVO. ADMISSIBILIDADE. REQUISITOS. AQUISIÇÃO DE ALIMENTO COM INSETO DENTRO. INGESTÃO PELO CONSUMIDOR. DANO

MORAL. EXISTÊNCIA. VALOR. REVISÃO PELO STJ. POSSIBILIDADE, DESDE QUE IRRISÓRIO OU EXORBITANTE.

[...].

3. A aquisição de lata de leite condensado contendo inseto em seu interior, vindo o seu conteúdo a ser parcialmente ingerido pelo consumidor, é fato capaz de provocar dano moral indenizável.

4. A revisão da condenação a título de danos morais somente é possível se o montante for irrisório ou exorbitante. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. Recurso adesivo não conhecido. (BRASIL, 2011).

O segundo exemplo trata de caso inusitado e repugnante, no qual a consumidora encontrou um preservativo masculino dentro de lata de extrato de tomate, enquanto cozinhava para sua família. A sentença de 1º grau reconheceu a existência de dano moral e condenou o fornecedor ao pagamento de indenização no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Em acórdão proferido em 12 de junho de 2012 no julgamento do REsp n. 1317611/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, o Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão de 1º grau. Segue a ementa do acórdão:

DIREITO CIVIL. DANO MORAL. PRESERVATIVO ENCONTRADO EM LATA DE EXTRATO DE TOMATE. PROVA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PERÍCIA REQUERIDA PELO FORNECEDOR INDEFERIDA. PRECLUSÃO. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. ENTREVISTA POSTERIOR. IRRELEVÂNCIA.

1. A ausência de impugnação oportuna da decisão que indeferiu o pedido de produção de prova pericial pelo fornecedor justifica a negativa de anulação da sentença, pelo Tribunal. Se esse fundamento foi alçado a razão de decidir no acórdão recorrido, a falta de impugnação do ponto impede do conhecimento da matéria, no recurso especial.

2. O fato de a consumidora ter dado entrevista divulgando sua vitória na ação de indenização não é indicativo de inexistência do dano moral. Ao contrário, divulgar o fato e a obtenção da indenização, demonstrando a justiça feita, faz parte do processo de reparação do mal causado.

3. O montante da indenização não comporta revisão na hipótese em que, em processo semelhante, no qual consumi-

dor encontra inseto dentro de lata de leite condensado, esta Corte manteve indenização fixada em valor semelhante.
4. Recurso especial conhecido e improvido. (BRASIL, 2012).

A seguir, apresentamos mais três acórdãos do Superior Tribunal de Justiça acerca de produtos alimentícios com defeitos. Nos três casos os fornecedores foram condenados ao ressarcimento de danos morais aos consumidores. O primeiro caso trata da ingestão por consumidor de isotônico contendo fungos (AgRg no REsp n. 1354077/SP, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 16 de setembro de 2012, Terceira Turma); o segundo de ingestão por consumidor de barra de cereal contendo ovos e lagarta morta (AgRg no AREsp n. 409.048/RJ, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, julgado em 26 de novembro de 2013, Terceira Turma); e o terceiro de consumo parcial de barra de chocolate com três pedaços de borracha no seu interior (AgRg no AREsp n. 38957/SP, de relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 06 de novembro de 2012, Quarta Turma):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. INGESTÃO DE ISOTÔNICO CONTENDO FUNGOS. PRODUTO IMPRÓPRIO PARA O CONSUMO EXPOSTO À VENDA E INGERIDO PELO CONSUMIDOR. DEFEITO DO PRODUTO RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. DANO MORAL “IN RE IPSA”. INDENIZAÇÃO ARBITRADA COM RAZOABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO. (BRASIL, 2012).

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - INGESTÃO DE BARRA DE CEREAL CONTENDO OVOS E LAGARTA MORTA - DANOS MORAIS - AUSÊNCIA DE OMISSÕES NO ACÓRDÃO - PROVA PERICIAL - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

1.- Não se detecta qualquer omissão, contradição ou obscuridade no Acórdão Recorrido, uma vez que a lide foi dirimida com a devida e suficiente fundamentação, apenas não se adotou a tese do Agravante.

- 2.- Ultrapassar os fundamentos do Acórdão recorrido, afastando os danos morais reconhecidos, demandaria, inevitavelmente, o reexame de provas, incidindo, à espécie, o óbice da Súmula 7 desta Corte.
- 3.- Não houve demonstração de dissídio jurisprudencial, diante da falta do exigido cotejo analítico entre os julgados mencionados, bem como pela ausência de similitude fática, de maneira que inviável o inconformismo apontado pela alínea c do permissivo constitucional.
- 4.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.
- 5.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que foi fixado o valor de indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devido pelo ora Agravante à autora, a título de danos morais decorrentes de ingestão de alimento contaminado por ovos e larvas de inseto
- 6.- O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.
- 7.- Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.
- 8.- Agravo Regimental improvido. (BRASIL, 2013).

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AQUISIÇÃO DE BARRA DE CHOCOLATE CONTENDO CORPO ESTRANHO. PEDAÇOS DE BORRACHA. PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE E DO DANO MORAL. SÚMULA N. 7/STJ.

1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.
2. No caso concreto, a análise das razões apresentadas pela recorrente, quanto à insuficiência das provas da existência do nexo de causalidade e do dano moral, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório.
3. O Tribunal de origem entendeu configurados o nexo de causalidade e o dano moral e destacou que o laudo pericial forneceu a “necessária verossimilhança à versão do autor, pois indica a existência de três pedaços de borracha na barra de chocolate por ele adquirida e parcialmente consumida”.
4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de reconhecer a possibilidade de lesão à honra subjetiva decorrente

da aquisição de alimentos e bebidas contendo objeto estranho.

5. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2012).

Conforme observado por meio das decisões anteriormente colacionadas, a ingestão, por consumidores, de produtos alimentícios com defeitos já foi alvo de vários julgamentos pelo Superior Tribunal de Justiça. Em todos eles, reconheceu-se a responsabilidade civil do fornecedor em virtude dos riscos provocados à saúde e incolumidade física do consumidor.

Deve-se ressaltar, no entanto, que para a caracterização da responsabilidade civil do fornecedor o produto alimentício defeituoso deve estar dentro do prazo de validade estipulado no respectivo rótulo. Interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça, a seguir apresentado, não reconheceu o dever de indenizar do fornecedor em virtude de consumo, por consumidor, de produto alimentício com defeito mas com prazo de validade expirado.

Embora tenha sido constatado defeito no produto alimentício gerador de potencial risco à saúde do consumidor (larvas em bombons), o fato de o produto ter sido consumido quando já expirado seu prazo de validade rompe, no entender do Superior Tribunal de Justiça, o nexo de causalidade, afastando-se o dever de indenizar. O caso foi analisado no REsp n. 1252301/PR, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 07 de fevereiro de 2012:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - BOMBONS - LARVAS - EXISTÊNCIA - PRODUTO CONSUMIDO APÓS A DATA DE VALIDADE - ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE - EXIGÊNCIA - GARANTIA DO PRODUTO - SEGURANÇA E QUALIDADE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRAZO - ESTUDOS BIOLÓGICOS E QUÍMICOS - VALIDADE DETERMINADA PELO FABRICANTE - RECURSO IMPROVIDO.

I - Ainda que as relações comerciais tenham o enfoque e a disciplina determinadas pelo Código de Defesa do Consumidor, tal circunstância não afasta, para fins de responsabilidade civil, o requisito da existência de nexo de causalidade, tal como expressamente determina o artigo 12, § 3º e incisos, do Código de Defesa do Consumidor.

II - O fabricante ao estabelecer prazo de validade para consumo de seus produtos, atende aos comandos imperativos do próprio Código de Defesa do Consumidor, especificamente, acerca da segurança do produto, bem como a saúde dos consumidores. O prazo de validade é resultado de estudos técnicos, químicos e biológicos, a fim de possibilitar ao mercado consumidor, a segurança de que, naquele prazo, o produto estará em plenas condições de consumo.

III - Dessa forma, na oportunidade em que produto foi consumido, o mesmo já estava com prazo de validade expirado. E, essa circunstância, rompe o nexo de causalidade e, via de consequência, afasta o dever de indenizar.

IV - Recurso especial improvido. (BRASIL, 2012).

Assim, de acordo com o resultado dos julgamentos, pode-se afirmar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no que se refere à responsabilidade civil dos fornecedores por defeitos em produtos alimentícios, desde que eles tenham sido ingeridos pelos consumidores e que estejam dentro do prazo de validade estipulado, fato este que caracteriza a existência de risco de dano à saúde ou incolumidade física dos consumidores.

3.2.2 Decisões relativas a produtos alimentícios defeituosos que não foram ingeridos pelos consumidores: divergência

Quando o produto alimentício com defeito é ingerido pelo consumidor, o Superior Tribunal de Justiça tem sido firme no sentido de responsabilizar civilmente os fornecedores, tanto moral quanto materialmente, pelo risco de dano ocasionado aos consumidores, desde que, é claro, o produto esteja dentro do prazo de validade previsto, conforme já apontado.

No entanto, questão que parece dividir a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se refere à possibilidade de reparação por dano moral em virtude de produtos alimentícios defeituosos que não chegaram a ser ingeridos pelos consumidores.

Nesses casos, encontram-se julgados, por um lado, que apontam que, mesmo não ingeridos, os produtos geraram risco de dano aos consumidores, e, por

outro lado, julgados que reconhecem a ausência de risco aos consumidores quando os produtos alimentícios com defeito não chegaram a ser ingeridos por eles.

Até o início de 2014, a questão parecia estar consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Seguidos acórdãos, a seguir ementados (AgRg no Ag n. 276671/SP, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 04 de abril de 2000, Terceira Turma; REsp n. 747396/DF, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 09 de março de 2010, Quarta Turma; e REsp n. 1131139/SP, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 16 de novembro de 2014, Quarta Turma, respectivamente), consideravam não existir direito de compensação por danos morais a consumidor que não ingeriu produto alimentício com defeito. Senão vejamos:

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Dano moral não caracterizado. Aquisição de produto danificado.

1. A indenização por dano moral objetiva atenuar o sofrimento, físico ou psicológico, decorrente do ato danoso, que atinge aspectos íntimos e sociais da personalidade humana. Na presente hipótese, a simples aquisição do produto danificado, uma garrafa de refrigerante contendo um objeto estranho no seu interior, sem que se tenha ingerido o seu conteúdo, não revela, a meu ver, o sofrimento descrito pelos recorrentes como capaz de ensejar indenização por danos morais.
2. O artigo 12 do Decreto n.º 2.181/97 mostra-se impertinente para sustentar a tese recursal, já que a constatação de existência de prática infrativa pelo fornecedor não enseja, necessariamente, o pagamento de indenização por danos morais.
3. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2000).

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AQUISIÇÃO DE REFRIGERANTE CONTENDO INSETO. DANO MORAL. AUSÊNCIA.

1. A simples aquisição de refrigerante contendo inseto em seu interior, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido ou, ao menos, que a embalagem tenha sido aberta, não é fato capaz de, por si só, provocar dano moral.
2. “O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige” (AgRg REsp n.º 403.919/RO, Quarta Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 23/6/03).
3. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2010).

RESPONSABILIDADE CIVIL. PRODUTO IMPRÓPRIO PARA O CONSUMO. OBJETO METÁLICO CRAVADO EM BOLACHA DO TIPO “ÁGUA E SAL”. OBJETO NÃO INGERIDO. DANO MORAL INEXISTENTE.

1. A simples aquisição de bolachas do tipo “água e sal”, em pacote no qual uma delas se encontrava com objeto metálico que a tornava imprópria para o consumo, sem que houvesse ingestão do produto, não acarreta dano moral apto a ensejar reparação. Precedentes.

2. Verifica-se, pela moldura fática apresentada no acórdão, que houve inequivocamente vício do produto que o tornou impróprio para o consumo, nos termos do art. 18, caput, do CDC. Porém, não se verificou o acidente de consumo, ou, consoante o art. 12 do CDC, o fato do produto, por isso descabe a indenização pretendida.

3. De ofício, a Turma determinou a expedição de cópias à agência sanitária reguladora para apurar eventual responsabilidade administrativa.

4. Recurso especial principal provido e adesivo prejudicado. (BRASIL, 2014).

No entanto, durante o ano 2014, dois acórdãos de relatoria da Ministra Nancy Andrighi reconheceram que a aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho expõe os consumidores a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, configurando-se fato do produto e dando direito à compensação por dano moral ao consumidor. O primeiro acórdão trata de corpo estranho dentro de garrafa de água mineral (AgRg no REsp n. 1454255/PB, julgado em 21 de agosto de 2014, Terceira Turma) e o segundo acórdão trata de corpo estranho dentro de garrafa de refrigerante (REsp n. 1424304/SP, julgado em 11 de março de 2014, Terceira Turma):

CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CITAÇÃO VÁLIDA. TEORIA DA APARÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. CORPO ESTRANHO DENTRO DE GARRAFA DE ÁGUA MINERAL. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARRETTAR RISCOS AO CONSUMIDOR. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 6º; 8º; 12 DO CDC.

1. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

2. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor ao risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão completa de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.
3. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor a risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC, ensejando a reparação por danos patrimoniais e morais (art. 6º do CDC).
4. A parte agravante não trouxe, nas razões do agravo regimental, argumentos aptos a modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.
5. Agravo não provido. (BRASIL, 2014).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE GARRAFA DE REFRIGERANTE CONTENDO CORPO ESTRANHO EM SEU CONTEÚDO. NÃO INGESTÃO. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARREAR RISCOS AO CONSUMIDOR. OFENSA AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA. ARTIGOS ANALISADOS: 4º, 8º, 12 e 18, CDC e 2º, Lei 11.346/2006.

1. Ação de compensação por dano moral, ajuizada em 20/04/2007, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 10/06/2013.
2. Discute-se a existência de dano moral na hipótese em que o consumidor adquire garrafa de refrigerante com corpo estranho em seu conteúdo, sem, contudo, ingeri-lo.
3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.
4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC.
5. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2014).

Da análise do segundo acórdão anteriormente apresentado, extraem-se considerações interessantes. A consumidora alegou ter encontrado em garrafa de refrigerante “algo semelhante a uma lagartixa”, que mais tarde foi constatado como fungos. A sentença de 1º grau condenou o fornecedor ao pagamento de R\$ 2,49 (dois reais e quarenta e nove centavos) a título de danos materiais, o preço da garrafa de refrigerante, excluindo a existência de dano moral. Em segundo grau a sentença foi reformada, condenando-se o fornecedor também ao pagamento de danos morais no montante de 20 salários mínimos, em virtude do risco advindo à consumidora. O litígio chegou ao Superior Tribunal de Justiça que, em votação apertada na Terceira Turma, três votos contra dois, reconheceu a existência de risco à consumidora em virtude do defeito no produto, ainda que o mesmo não tenha sido ingerido. Segundo a Terceira Turma, a potencialidade do consumo já fere a segurança legitimamente esperada pelo consumidor.

A decisão apertada demonstrou a divergência existente no Superior Tribunal de Justiça. Os votos divergentes consideraram que a simples existência do defeito no produto alimentício, sem que tenha havido o consumo deste, não é capaz de gerar dano moral, mas mero dissabor.

Por fim, em recente julgamento de questão similar, no final do ano 2014, o Superior Tribunal de Justiça retomou o posicionamento anterior que não reconhecia a existência de dano moral ao consumidor que não ingeriu produto alimentício com defeito. Assim, a posição mais atual do Superior Tribunal de Justiça reconhece que a simples aquisição de produto alimentício com defeito, sem a ingestão dele, não é capaz de provocar riscos à saúde do consumidor, sendo inadmitida eventual reparação por danos morais. Segue a ementa do acórdão proferido no REsp n. 1395647/SC, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas, julgado em 18 de novembro de 2014, Terceira Turma:

RECURSO ESPECIAL DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO. EMBALAGEM DE REFRIGERANTE LACRADA. TECNOLOGIA PADRO-

NIZADA. AUSÊNCIA DE INGESTÃO. DANO MORAL INEXISTENTE. MERO DISSABOR. ÂMBITO INDIVIDUAL.

1. Cuida-se de demanda na qual busca o autor a condenação da empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da aquisição de refrigerante contendo inseto morto no interior da embalagem.
2. No âmbito da jurisprudência do STJ, não se configura o dano moral quando ausente a ingestão do produto considerado impróprio para o consumo, em virtude da presença de objeto estranho no seu interior, por não extrapolar o âmbito individual que justifique a litigiosidade, porquanto atendida a expectativa do consumidor em sua dimensão plural.
3. A tecnologia utilizada nas embalagens dos refrigerantes é padronizada e guarda, na essência, os mesmos atributos e as mesmas qualidades no mundo inteiro.
4. Inexiste um sistemático defeito de segurança capaz de colocar em risco a incolumidade da sociedade de consumo, a culminar no desrespeito à dignidade da pessoa humana, no desprezo à saúde pública e no descaso com a segurança alimentar.
5. Recurso especial provido. (BRASIL, 2014).

Observa-se, no entanto, que a questão não parece estar pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. O julgamento acima mencionado teve decisão novamente apertada, três votos contra e dois a favor da tese de inexistência de dano moral em virtude de aquisição de produto alimentício com defeito, sem ingestão pelo consumidor.

5 CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, importante destacar que a responsabilidade civil dos fornecedores por defeitos nos produtos alimentícios é tema atual, com repercussões práticas no dia a dia dos consumidores brasileiros. Exemplo desta atualidade é a existência de inúmeros casos, analisados no decorrer do trabalho, abordando a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, última instância do Poder Judiciário no que se refere a discussões acerca do Código de Defesa do Consumidor.

Após sucinta análise da responsabilidade civil objetiva, da diferença entre vício e defeito e da responsabilidade pelo fato do produto, investigou-se a

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a fim de se analisar como o referido Tribunal vinha decidindo as controvérsias relativas a produtos alimentícios defeituosos.

Observou-se clara divergência na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em virtude da ingestão, ou não, do produto alimentício defeituoso pelo consumidor. Pode-se afirmar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no que se refere responsabilidade civil dos fornecedores por defeitos em produtos alimentícios nos casos em que eles tenham sido ingeridos pelos consumidores e que estejam dentro do prazo de validade estipulado, fato este que caracteriza a existência de risco de dano à saúde ou incolumidade física dos consumidores.

No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mostra-se ainda dividida no que se refere à possibilidade de reparação moral em virtude de produtos alimentícios defeituosos que não chegaram a ser ingeridos pelos consumidores.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 06 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp n. 38957/SP*. Recorrente: Pan Produtos Alimentícios S/A. Recorrido: Adauto Gomes da Silva. Relator: Antônio Carlos Ferreira. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento em 06 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=38957&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Resp n. 967.623. Relatora: Ministra Nancy Anorighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 19 abr. 2009. *JusBrasil*, Brasília, DF, 20 abri. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp n. 409.048/RJ*. Recorrente: Indústria de Torrones Nossa Senhora de MontevérGINE Ltda. Recorrido: Rosimeri de Lima Lisboa Cordeiro. Relator: Sidnei Beneti. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 26 nov. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=409048&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 16 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n. 1354077/SP*. Recorrente: Pepsico do Brasil Ltda. Recorrido: Paulo Noboro Shintani e Horti Fruti Watanabe Ltda. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 16 set. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1354077&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag n. 276671/SP*. Recorrente: Laide Goreti Oleinki Ribeiro e outro. Recorrido: Inominado. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 04 abr. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=276671&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1#-DOC1>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n. 1454255/PB*. Recorrente: Brasil Kirin Indústria de Bebidas S/A. Recorrido: João Batista André da Costa. Relator: Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 21 ago. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1454255&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 16 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1236060/MG*. Recorrente: Nestlé Waters Bebidas e Alimentos Ltda. Recorrido: Abel Domingos da Costa. Relator: Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 10 maio 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1239060&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1252301/PR*. Recorrente: Wagner Ricardo de Souza Nunes e outro. Recorrido: Kraft Foods Brasil S/A. Relator: Massami Uyeda. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 07 fev. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1252307&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1395647/SC*. Recorrente: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Recorrido: Edmar Moreira Lopes. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 18 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1395647&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1424304/SP*. Recorrente: Coca Cola industrias Ltda. Recorrido: Marlene Muniz Pintan. Relator: Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 11 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1424304&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1131139/SP*. Recorrente: Nestlé Brasil Ltda. Recorrido: G. M. de M. (menor) e outros. Relator: Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento em 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1131139&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 747396/DF*. Recorrente: Brasal Refrigerantes S/A. Recorrido: Inominado. Relator: Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento em 09 mar. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=747396&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 16 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1317611/RS*. Recorrente: Unilever Brasil Ltda. Recorrido: Cintia Mayerle Oliveira. Relator: Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 12 jun. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1317611&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 mar. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEN, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROVER, Ardinete; PEREIRA, Débora Diersmann Silva. *Diretrizes para elaboração de trabalhos científicos*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INCIDÊNCIA NO CRIME DE DESCAMINHO

Kerolen Tayane Marca Lourenço*

Maurício Eing**

Resumo: O conceito de crime mais aceito hodiernamente no meio doutrinário classifica o delito como sendo uma conduta típica, antijurídica e culpável. No que se refere tipicidade, no entanto, ainda que certos fatos se amoldem aos tipos legais previstos em lei, revestindo-se de tipicidade formal, carecem eles de tipicidade conglobante, notadamente, quanto à tipicidade material, que é parte integrante desta. Isso é dizer que determinada conduta, mesmo prevista na Legislação pátria como crime, torna-se atípica pela ausência de lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela Norma. Nesse ponto, surge o princípio da insignificância, que busca despenalizar condutas materialmente atípicas, servindo como instrumento que visa materializar o direito penal mínimo e evitar injustiças, como a aplicação de severa pena ao agente que provocou prejuízo de inexpressiva relevância ao bem tutelado. No crime de descaminho, o princípio da insignificância tem importante papel, pois é o meio por intermédio do qual se pode nivelar a atuação penal e a atuação administrativa. A depender do valor de tributos iludidos nas importações de mercadoria permitida, é administrativamente inviável promover a respectiva execução, motivo pelo qual seria desproporcional submeter o agente a sanções penais. Atualmente, o parâmetro considerado para aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho é de R\$ 20.000,00, desde que não haja habitualidade delitiva.

Palavras-chave: Crime. Tipicidade. Tipicidade material. Princípio da insignificância. Descaminho.

* Graduanda do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; kerolen@outlook.com

** Especialista em Processo Civil e Novos Direitos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Professor do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Assessor do Ministério Público Federal; maurício.eing@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

No Sistema Penal brasileiro, o princípio da insignificância, em que pese não emanado expressamente da Constituição Federal, vem sendo cada vez mais utilizado com o fito de dispensar a intervenção Estatal em questões de pouca ou nenhuma expressividade para o Direito Penal.

Submeter um agente que suprimiu, por exemplo, R\$ 100,00 de tributos federais na importação de mercadoria permitida à pena de reclusão de um ano, que é a mínima cominada ao delito de descaminho, seria uma verdadeira afronta ao princípio da razoabilidade e da intervenção mínima do Estado, que determina que o Direito Penal deve atuar apenas em *ultima ratio*.

Pensando nisso, o universo jurídico tem, cada vez mais, aderido ao princípio da bagatela ou da insignificância, que, aplicado com observância aos requisitos preestipulados pela doutrina e jurisprudência, bem como analisadas as circunstâncias fáticas à luz da razoabilidade, é instrumento apto a eliminar injustiças e exageros.

O princípio da insignificância faz-se presente no âmbito jurídico como mecanismo que visa excluir a tipicidade penal das situações em que, apesar de formalmente descrita como crime, determinada conduta não afeta minimamente o bem jurídico tutelado pena normal penal.

Em vista disso, e considerando a relevância jurídica do tema, surgiu a necessidade de aprofundar os estudos relacionados ao princípio da insignificância, notadamente, no que se refere a sua aplicação ao crime de descaminho, cujo bem jurídico tutelado não é apenas o erário público, mas também o bem-estar da economia, a segurança e a soberania Estatal.

O estudo em tela é importante, ao passo que a circulação internacional de mercadorias tem se intensificado com a evolução dos meios de comunicação. Atualmente, é extremamente simples realizar compras no exterior, notadamente, através da *Internet* e das facilidades que as entidades financeiras vêm oferecendo para transações internacionais.

Nesse sentido, imprescindível conceituar *crime*, tecendo considerações que constroem um entendimento acerca do aspecto do delito atingido pelo princípio da insignificância, qual seja a tipicidade material.

Ainda, necessário aclarar as raízes do princípio da insignificância, esclarecendo suas origens históricas, fornecendo seu conceito e correlacionando-o a outros princípios que regem o Direito Penal.

Por fim, busca-se elucidar como ocorre a aplicação do princípio em estudo ao delito de descaminho, clareando os critérios e patamares aceitos pela doutrina e jurisprudência pátrias.

2 TEORIA DO CRIME

2.1 CONCEITO DE CRIME

Mommsen (apud JESUS, 2011, p. 191) leciona que *noxa*, no antigo Direito Romano, era o termo utilizado para designar uma conduta delitativa. Com o tempo, tal palavra evoluiu para *noxia*, que significava dano, porém, esta se encontrava mais ligada à natureza dos efeitos do ato delitivo do que, propriamente, ao significado da infração.

No transcorrer da história, diversas outras terminologias foram empregadas para designar crime, entre elas: *scelus*, *maleficium*, *flagitum*, *fraus*, *facinus*, *peccatum*, *probum*, *delictum e crimem*, sendo que as duas últimas merecem maior destaque.

O termo delito, conforme ensina Jesus (2011, p. 191), deriva de *delinquere*, que significa abandonar, resvalar, desviar-se, representando o abandono de uma lei. *Crimen*, por sua vez, vem do grego *cerno*, indicativo dos mais graves delitos.

Em vista disso, na Idade Média o termo *crimen* era empregado para infrações mais graves e a expressão *delictum* para aquelas mais leves.

No cenário do sistema jurídico brasileiro, a redação do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, em que pese tipifique a maior parte dos delitos, não apresenta o conceito de crime. Para buscar tal definição pela via legislativa, o

operador do direito deverá remeter-se ao artigo 1º do Decreto-Lei n. 3.914, de 09 de dezembro de 1941, a Lei de Introdução ao Código Penal.

Primeiramente, imprescindível ter-se em mente que as expressões *crime* e *contravenção penal* não são sinônimas, mas duas espécies distintas do gênero *infração penal*.

O sistema jurídico brasileiro, assim como os sistemas italiano e alemão, adotou a concepção bipartida, segundo a qual crime e delito são terminologias equivalentes entre si e diferentes de contravenção penal.

Conforme ensinamentos de Greco (2013, p. 139), não existe diferença substancial entre contravenção e crime, sendo político o critério de escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal, ou seja, o que hoje é tido como crime, amanhã poderá tornar-se contravenção, e vice-versa.

Na realidade, a diferença mais tangível entre crimes e contravenções se encontra nas penas direcionadas a cada qual, vez que aos delitos são aplicadas sanções de reclusão ou detenção, enquanto que nas contravenções há cominação, no máximo, de pena de prisão simples.

Além disso, cabe perceber que nas contravenções penais há possibilidade de fixação unicamente da multa, o que não se verifica em relação aos crimes, cujas penas privativas de liberdade são aplicadas isolada, alternativa ou cumulativamente com a penalidade pecuniária.

Realizada a distinção entre crime e contravenção penal, pode-se adentrar no campo da conceituação do primeiro termo.

Atualmente, no meio doutrinário, grande parte dos autores analisa o crime sob três aspectos diferentes: o material, o formal e o analítico, fornecendo em cada uma dessas dimensões um conceito distinto para o delito.

Sob o primeiro prisma, o crime é tido como “[...] todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.” (CAPEZ, 2011, p. 134).

Segundo Fragoso (1980, p. 149), observado sob o aspecto material, “[...] crime é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir que seja proibida sob ameaça de pena, ou que se considere afastável somente através da sanção penal.”

Jesus (2011, p. 193) destaca a relevância jurídica do conceito material do delito, lecionando que este enfatiza o conteúdo teleológico do crime, ou seja, a razão determinante de constituir uma conduta humana infração penal e sujeita a uma sanção.

Desse modo, tem-se que o conceito material de crime possibilita ao legislador verificar, de antemão, se determinada conduta é criminosa, indagando-se: há ofensa a bem relevante para o direito? Caso a resposta seja positiva, existirá necessidade de criação de um tipo penal incriminador para tal fato, a fim de que o agente, ao praticá-lo, seja penalizado.

Nesse ponto, emerge o conceito formal do delito, que revela como fato criminoso aquele que contraria uma norma de direito preestabelecida, apoiando-se no princípio da legalidade, para o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine.

Realizando uma crítica sobre o conceito formal de crime, Capez (2011, p. 122) ressalta que visualizar o delito apenas sob essa ótica configura verdadeira afronta ao princípio constitucional da dignidade humana.

Em linhas gerais, a concepção formal do crime é verdadeiro fruto da concepção material, resumindo-se na formalização do anseio preexistente da sociedade em criminalizar certo fato.

Por derradeiro, sobre o conceito analítico de crime, assim chamado porque, de fato, analisa as características ou elementos que compõem a infração penal, pairam grandes divergências doutrinárias.

Não obstante à fervorosa discussão jurídica acerca da natureza da culpabilidade – pressuposto da pena ou característica do crime –, a corrente majoritária no Brasil tende a conceituar o delito, sob o aspecto analítico, como sendo um *fato típico, antijurídico e culpável*.

Segundo ensinamentos de Greco (2013, p. 144), o *fato típico* é composto pelos seguintes elementos: conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; resultado; nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; tipicidade (formal e conglobante).

A *antijuridicidade*, que é sinônimo de ilicitude, traduz-se na relação de antagonismo que se estabelece entre a conduta perpetrada pelo agente e o ordenamento jurídico como um todo.

Assim, tem-se como fato antijurídico aquele que é contrário à lei penal e não foi praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito ou com o consentimento do ofendido, como causa supralegal de exclusão de ilicitude.

Por fim, sob o prisma analítico, a *culpabilidade* também integra o conceito de crime, uma vez que é *fundamento* da pena, e não apenas pressuposto desta. Para os autores que defendem a teoria tripartida, não havendo censura à determinada conduta, pela ausência de culpabilidade do agente, não há que se falar em *crime*, mas somente em injusto penal, que poderá, ou não, receber sanção.

Em suma, seguindo a corrente majoritária moderna, pode-se afirmar, enfim, que crime é uma conduta típica, antijurídica e culpável.

2.1.1 Tipicidade Penal

Conforme exposto alhures, o fato típico é composto por uma conduta (omissiva ou comissiva), por um resultado e pela relação de causalidade entre eles. No entanto, apenas esses três elementos não bastam. É necessário que a conduta se amolde ao modelo abstrato previsto em lei.

Nesse ponto, nasce a tipicidade penal, que, pelos ensinamentos de Capez (2011, p. 211), consiste na “[...] subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante na lei (tipo legal).”

Inicialmente, impende destacar que *tipo* e *tipicidade* são figuras distintas. Na lição de Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 422), o tipo é a fórmula prevista em lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. Tipo é a fórmula legal que diz “matar alguém”, ao passo que tipicidade é a característica da adequação ao tipo que possui a conduta de um sujeito “A” que dispara cinco tiros contra “B”, causando-lhe a morte.

Tratando da tipicidade, a adequação do fato concreto à norma abstrata poderá ocorrer de forma imediata ou de forma mediata.

Na primeira hipótese, a conduta do agente amolda-se direta e imediatamente ao tipo penal incriminador, dispensando a necessidade de concorrência de outro dispositivo legal.

No caso de adequação típica mediata, no entanto, verifica-se a indispensabilidade de uma segunda norma, de caráter extensivo, com o fito de ampliar a abrangência da figura típica. Geralmente, as normas extensivas situam-se na Parte Geral do Código Penal, citando-se, exemplificativamente, a tentativa e a participação em sentido estrito; na primeira há uma ampliação temporal da figura típica, e na segunda, uma ampliação espacial e pessoal.

A tipicidade, imediata ou mediata, biparte-se, ainda, em tipicidade formal e tipicidade conglobante; a primeira analisa superficialmente a conduta, buscando apenas sua subsunção ao tipo penal incriminador, enquanto a segunda realiza diagnóstico mais aprofundado do fato concreto, valorando-o materialmente.

Também denominada tipicidade legal, a tipicidade formal refere-se, puramente, à adequação da conduta perpetrada pelo agente à descrição abstrata trazida pela lei penal. Assim, havendo perfeita correspondência entre o fato concreto e o fato típico (abstrato), o comportamento será revestido de tipicidade formal.

Todavia, esse mero juízo formal não é suficiente para a construção da tipicidade penal, havendo necessidade de dar ao tipo conteúdo valorativo e não apenas descritivo.

Assim, tem-se que a tipicidade penal não se esgota na adequação formal do comportamento ao tipo, mas, além disso, compreende uma análise acerca do grau de lesividade da conduta ao bem juridicamente tutelado.

2.1.1.1 Tipicidade conglobante

Como visto, nem toda violação à norma terá o condão de configurar a conduta como um fato típico. Para delinquir, não basta que o agente aja da forma descrita em lei, é necessário que seu comportamento ofenda relevantemente ao bem jurídico que se visa tutelar.

Portanto, mesmo que determinados fatos concretos estejam amoldados ao tipo penal abstrato, terão sua tipicidade afastada, eis que não geram dano de relevância material, mas apenas causam lesão insignificante ao bem jurídico tutelado.

A tipicidade conglobante, buscando limitar a amplitude do tipo penal, analisa dois pontos elementares da conduta: sua antinormatividade e a existência de tipicidade material, isto é, a ocorrência de um critério material de seleção do bem a ser protegido.

Conforme ensinamentos de Greco (2013, p. 159), a tipicidade conglobante surge a partir da comprovação, no caso concreto, de que a conduta praticada pelo agente é *antinormativa*, ou seja, contrária à lei penal, não sendo imposta ou fomentada por ela, bem como de que houve *ofensa a bens de relevo para o Direito* (tipicidade material).

A antinormatividade é pressuposto para a antijuridicidade, explicada brevemente alhures, porém não é suficiente para configurá-la. A antinormatividade, em linhas gerais, verifica-se quando a conduta do agente é contrária ao “espírito da lei”, ou seja, está descrita em um tipo penal abstrato e atingiu o bem jurídico por ela tutelado, não havendo imposição ou fomento da conduta por norma diversa.

Para verificar a existência de tipicidade conglobante, além de antinormatividade, a conduta deverá revestir-se de tipicidade material, ou seja, deve ofender, significativamente, o bem jurídico tutelado pela norma penal em abstrato.

Ao realizar a seleção de bens jurídicos a serem protegidos pelas normas penais, o legislador, na elaboração dos tipos incriminadores, não acrescentou riqueza de detalhes, descrevendo genericamente condutas que pudessem ofender o objeto de tutela.

Assim, cabe ao intérprete da lei, ao confrontá-la com o caso concreto, perquirir se o legislador, no momento em que a redigiu, teve a intenção de punir tal conduta.

Silva (2004, p. 80) leciona que a concepção material da tipicidade penal se traduz na exigência de a conduta típica ser concretamente lesiva ao bem jurídico tutelado em razão do conteúdo valorativo, verdadeiro modelo de conduta proibida, que não é apenas pura imagem formal, eminentemente diretiva.

Desse modo, sob o prisma da tipicidade, o direito de punir do Estado apenas se vê legitimado quando tiver por função reprimir condutas formalmente típicas, antinormativas e materialmente lesivas ao bem jurídico atacado.

2.1.1.2 Excludentes de Tipicidade

As excludentes de tipicidade visualizam-se quando o *fato* deixa de ser punível e dividem-se em legais, ou seja, aquelas expressamente previstas em lei, e supralegais, que se encontram implícitas no Texto Legislativo.

As causas excludentes de tipicidade previstas em lei não se agrupam em um único artigo, mas estão esparsas pelo Código Penal, podendo-se citar, a título exemplificativo, o crime impossível (art. 17), a intervenção médico-cirúrgica e o impedimento de suicídio (art. 146, § 3º), a retratação no crime de falso testemunho (art. 342, § 2º) e a anulação do primeiro casamento no crime de bigamia (art. 235, § 2º).

De outro norte, não expressamente previstas na redação normativa, as excludentes de tipicidade supralegais são representadas pelos princípios da adequação social e da insignificância.

O princípio da adequação social sustenta que, se uma conduta é aceita e consensualmente aprovada pela sociedade, mesmo que amoldada ao tipo penal abstrato, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado, tornando-se um indiferente penal.

Além da adequação social, o princípio da insignificância surge como causa excludente de tipicidade, exigindo que exista efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção Estatal. Acerca desse assunto, os estudos da seção seguinte se estenderão.

3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Os princípios jurídicos são a fonte primária do Direito e constituem normas fundamentais que visam regular conflitos nos casos concretos. Lalande (apud MENDES NETO, 2014, p. 83) destaca o conceito dos “princípios de uma ciência” como o “[...] conjunto de preposições diretivas, características, às quais todo desenvolvimento ulterior deve ser subordinado.”

Mello (1994, p. 15) ensina que apenas “[...] há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-as das demais ramificações do Direito.”

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, expressamente, diversos princípios fundamentais, todos eles aplicáveis em matéria penal. Contudo, há muitos princípios que não se encontram expressos no Texto Constitucional, como é o caso do princípio de insignificância ou da bagatela.

A origem do princípio da insignificância gera divergência no âmbito doutrinário, dividindo opiniões sobre seu nascedouro. A maior parte dos estudiosos atribui seu surgimento ao Direito Romano, eis que o pretor não se ocupava de infrações de menor importância, a fim de que pudesse voltar sua atenção às questões realmente expressivas.

Em 1789, quando foi redigida a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a essência do princípio passou a se manifestar formalmente no artigo 5º do mencionado documento, que estabelecia: “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.”

Conforme refere Prestes (2003, p. 36), a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão criou um caráter seletivo para o Direito Penal, estimulando o desprezo às ações insignificantes.

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, que findou-se em 1945, renasceu na Europa a chamada *criminalidade de bagatela*, considerando-se que a precária situação socioeconômica e a devastação ocorrida no continente levou a um considerável aumento nos delitos patrimoniais de pequena monta.

Após a queda do Regime Nazista de Adolf Hitler, o Direito Germânico ressurgiu, reagindo às teorias totalitárias até então empregadas. Nesse período de “libertação”, desenhou-se a forma como hoje se conhece o princípio em questão.

O jurista alemão Claus Roxin, em 1964, apresentou sua obra *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal*, na qual formulou o princípio da insignificância a partir de considerações acerca do brocardo latino *minima non curat praetor*, advindo do Direito Romano anteriormente citado, que, conforme leciona Rebêlo (apud MENDES NETO, 2014, p. 83), significa que o Estado ou “[...] o magistrado (sentido de *praetor* em latim medieval) deve desprezar os casos insignificantes para cuidar das questões realmente inadiáveis.”

Em que pese alguns doutrinadores critiquem a assertiva de que o princípio da insignificância tenha surgido a partir da máxima latina, considerando-se que, conforme adverte Lopes (2000, p. 41), o viés dado pelo Direito Romano era nitidamente civilista e não penal, a corrente majoritária aceita tal origem e entende que o brocardo serviu como base jurídica para a formulação do princípio da insignificância em seu aspecto contemporâneo.

Silva (2004, p. 88) ensina que, doutrinariamente, é quase pacífico que o princípio da insignificância tenha surgido a partir do brocardo *minima non curat praetor*.

Desse modo, considerando-se o entendimento da maior parte dos doutrinadores, tem-se que, evidentemente, o princípio da insignificância tem suas raízes no Direito Romano, que serviu de base para que o jurista Claus Roxin o formulasse do modo como hodiernamente é estudado e aplicado.

A expressão princípio de bagatela, utilizada como sinônimo de princípio da insignificância, foi elaborada por Klaus Tiedmann, conforme ensinamentos de Prestes (2003, p. 36).

3.2 CONCEITO DE PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Inicialmente, importante salientar que o princípio da insignificância não se encontra expressamente previsto na Carta Magna brasileira, contudo, possui sua aplicação garantida pela doutrina e pela jurisprudência todas as vezes que a conduta praticada por determinado agente não gerar relevante prejuízo ao bem jurídico tutelado pela lei.

Sobre essa questão, Lopes (apud SILVA, 2004, p. 93) tece importantes considerações, aclarando que o Direito não se exaure no Texto Legal, havendo princípios jurídicos, denominados implícitos, que se encontram em estado não aparente no ordenamento jurídico.

Prestes (2003, p. 36), pertinentemente, alarga o conceito do princípio da bagatela, advertindo que este não se limita aos crimes patrimoniais: “[...] o princípio da insignificância é um princípio geral e ordenador do Direito Penal incidindo sobre todas as normas de cunho penal, e não somente sobre aquelas com características patrimoniais.”

A jurisprudência tem importante papel na definição do princípio da insignificância, auxiliando para a formulação de um conceito objetivo para este. No julgamento da Apelação n. 1.044.889/5, o Tribunal de Alçada Criminal de São

Paulo (SÃO PAULO, 1997) definiu o referido princípio como aquele que permite desconsiderar a tipicidade de fatos que constituem ações de bagatela, afastadas do campo da reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos termos da norma penal, emergindo, pois, a completa falta de juízo de reprovação penal.

Dos ensinamentos de Toledo (2001, p. 134) extrai-se que o princípio da bagatela se relaciona com a gradação qualitativa e quantitativa do injusto, permitindo que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 534), a insignificância penal surge à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma particular, indicando que determinadas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, posto que nem toda afetação mínima do bem jurídico é capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal.

Greco (2013, p. 65) preleciona que o princípio da insignificância, defendido por Claus Roxin, tem por finalidade auxiliar o intérprete quando da análise do tipo penal, para fazer excluir do âmbito de incidência da lei aquelas situações consideradas como de *bagatela*.

Jesus (2011, p. 52) orienta que o princípio da bagatela tem sido adotado pela jurisprudência pátria em situações envolvendo crime de furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de importância mínima, descaminho e dano de pequena monta, lesão corporal de extrema singeleza, entre outras.

Desse modo, verifica-se que o meio doutrinário e jurisprudencial entende o princípio da insignificância como uma forma de exclusão da tipicidade penal nas situações em que, apesar de formalmente descrita como crime, determinada conduta não afeta gravemente o bem jurídico tutelado pena normal penal.

3.3 CORRELAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

3.3.1 Princípio da reserva legal

No Direito Penal brasileiro, o princípio da reserva legal, baseado na máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, é tido como uma garantia constitucional, prevista no art. 5º, XXXIX e XL, da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*: “[...] não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; “[...] a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

Tal princípio atribui ao Poder Legislativo o encargo de criar os tipos penais, descrevendo condutas como infrações e atribuindo-lhes, como consequência de sua realização, uma sanção.

Conforme ensinamentos de Toledo (2001, p. 21), o princípio da legalidade (ou da reserva legal), segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada, sem que antes desse fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.

No entanto, não se pode conferir ao princípio da reserva legal um aspecto meramente formalista, que visa apenas à descrição legal do delito, ignorando ter havido ou não efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

Hodiernamente, o Direito Penal não se limita a perceber a infração penal como a simples realização da conduta descrita no tipo penal, mas a vê como uma ação ou omissão que realmente causou prejuízo ao objeto que se visava tutelar.

Desse modo, como bem destacado por Prestes (2003, p. 53), o princípio da insignificância não é oposto à legalidade, pelo contrário, surge como um fator intensificador do conteúdo substancial desta última, pela qual não há crime sem ofensa a bem jurídico penalmente protegido.

O autor conclui esclarecendo que não pode haver infração penal diante de fatos bagatelares, por ausência de lesão significativa a bens jurídicos. Desse modo, se não há lesão, não há crime e não há pena.

3.3.2 Princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade

O princípio da intervenção mínima é um dos mais importantes princípios com que a insignificância penal guarda relação e, nos termos dos ensinamentos de Prado (2013, p. 171), estabelece que o Direito Penal apenas deve atuar na tutela de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica entre os homens e que não podem ser protegidos, de forma eficaz, por outro meio menos gravoso.

Desse modo, prossegue o autor, a intervenção penal somente poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratió legis*.

Dessa definição, tem-se como inafastável a relação entre os princípios da intervenção mínima e da insignificância, porquanto o primeiro busca que o Direito Penal interfira minimamente na vida em sociedade, somente devendo ser acionado quando os demais ramos do Direito não forem suficientes para proteger o bem jurídico, ao passo que o segundo pretende afastar da seara penal condutas que, muito embora estejam previstas em lei como crime, não ensejam ofensa relevante ao bem tutelado.

Assim, nota-se que o princípio da intervenção mínima e o princípio da insignificância possuem o mesmo “espírito”, sendo o primeiro direcionado, geralmente, ao legislador, a fim de reduzir o número de normas incriminadoras, e o segundo vinculado ao juiz do caso concreto, excluindo a tipicidade do crime quando não houver ofensa relevante ao bem jurídico tutelado, conforme ensinamentos de Stoco (apud ÁLVARES, 2014, p. 399).

3.3.3 Princípio da fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade, corolário do princípio da intervenção mínima, segundo a lição de Prado (2013, p. 171), disciplina que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, visto que tais bens

só devem ser penalmente protegidos ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis.

Conforme Prado (2013, p. 171), apenas as ações ou omissões mais graves, endereçadas a bens valiosos, podem ser objetos de criminalização. Assim, opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa.

Silva (2004, p. 124) orienta que o princípio da fragmentariedade serve de fundamento ao princípio da insignificância à medida que aquele somente permite a apenação de condutas típicas que materialmente lesionem o bem atacado.

Desse modo, o autor assevera que o princípio da fragmentariedade, assim como a natureza subsidiária do Direito Penal são realizados pelo princípio da insignificância, que diante de ações típicas insignificantes atua como mecanismo de seleção das condutas mais graves contra os bens jurídicos atacados, visando, assim, compor um sistema para suprimir injustiças formais da lei penal.

3.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Considerando-se que a incidência do princípio da insignificância nos casos concretos não pode operar sem critérios preestabelecidos, sob pena de atentar contra a segurança jurídica, peça angular do Estado de Direito, a doutrina e a jurisprudência ocuparam-se em determinar certos vetores para regular sua aplicação.

Prado (2013, p. 184) disciplina que a aplicação do princípio da bagatela deve derivar de uma análise acurada do caso em exame, observando-se os critérios da mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O referido doutrinador, ao citar tais vetores, baseia-se no acórdão paradigma proferido no *Habeas Corpus* n. 84412/SP, de relatoria do Ministro Celso de

Mello, que passou a ser parâmetro para as futuras decisões do próprio Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, assim como dos demais tribunais.

O critério da mínima ofensividade da conduta do agente, segundo orienta Pascolati Junior (2012, p. 104), analisa se a conduta foi praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa, bem como se a referida ação não colocou em risco o bem jurídico tutelado e não o ofendeu de forma intolerável.

Em suma, a conduta minimamente ofensiva é aquela que não coloca em risco o bem jurídico tutelado, tampouco a segurança da coletividade.

Por “nenhuma periculosidade social” entende-se que o Direito exclui do âmbito de aplicação do princípio da insignificância condutas consideradas socialmente perigosas, já que certas ações, mesmo que insignificantes, continuam a ser objeto de punição por meio do Direito Penal ante o perigo social que geram.

O vetor “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento” indica, conforme leciona Cintra (2011, p. 102), “[...] a necessidade de apreciação da culpabilidade do agente para se verificar a aplicabilidade do princípio da insignificância, à luz da compreensão do Supremo Tribunal Federal.”

Nessa linha, Pascolati Junior (2012, p. 106) acrescenta que tal critério se refere àquela conduta que, “[...] ainda que típica e ilícita, aos olhos de todos (das pessoas honestas e de boa índole), da forma como praticada, pode ser aceita, e a ordem social, por sua vez, não será abalada.”

Por fim, o vetor da inexpressividade da lesão jurídica provocada é autoexplicativo, considerando que não é razoável sujeitar o agente às sanções do Direito Penal por ter praticado conduta que ocasionou lesão de nenhuma expressividade ao bem jurídico tutelado.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE DESCAMINHO

4.1 DO CRIME DE DESCAMINHO

Conforme leciona Marques (2015, p. 390), o descaminho foi o primeiro crime contra o Fisco previsto no ordenamento jurídico pátrio; desde o Código Criminal de 1830 foi inserido, juntamente com o delito de contrabando, no mesmo tipo penal, como crime contra o *Tesouro Público e Propriedade Pública* (Título VI), sob a rubrica *Contrabando* (Capítulo III).

O art. 177 do Código Criminal de 1830 possuía a seguinte redação: “Art. 177. Importar, ou exportar gêneros, ou mercadorias proibidas; *ou não pagar os direitos dos que são permitidos, na sua importação, ou exportação.* Penas – perda de mercadorias ou gêneros e de multa igual a metade do valor deles.” (BRASIL, 1830).

Como se vê, o Código Imperial não cominava pena privativa de liberdade para o crime de descaminho, o que mudou com a nova redação dada pelo Código Penal de 1890, que, em seu *Título VII – Dos crimes contra a Fazenda Pública*, estabeleceu o presente artigo:

Art. 265. Importar, ou exportar gêneros, ou mercadorias proibidas; evitar, no todo ou em parte, o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, saída e consumo de mercadorias, e por qualquer modo iludir ou defraudar esse pagamento. Pena: prisão celular por um a quatro anos, além das fiscais. (BRASIL, 1890, grifo nosso).

A Consolidação das Leis Penais de 1932 manteve a redação do crime de descaminho acima transcrita, porém ainda sob a rubrica *Contrabando*. Apenas com o Código Penal de 1940 é que a nomenclatura *descaminho* surgiu: “Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida *ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.* Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Como destaca Marques (2015, p. 392), o crime de contrabando foi mantido no mesmo dispositivo do delito de descaminho, com a rubrica *Contrabando ou descaminho*, com a finalidade de sugerir semelhança entre eles, porém, doutrinariamente e na prática, a natureza de ambos é bem distinta.

Em vista de tal fato, a Lei n. 13.008, de 26 de junho de 2014, alterou a redação do art. 334 do Código Penal vigente, realizando a separação entre os crimes de contrabando e descaminho, porém mantendo este último no rol dos crimes contra a Administração Pública.

A intenção do legislador ao promover tal alteração foi, sobretudo, elevar a sanção do delito de contrabando, que passou a ser previsto no art. 334-A, com pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. O descaminho continuou sendo tratado pelo art. 334 e a pena permaneceu a mesma: reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A modificação trazida pela Lei n. 13.008/14 é importante ao passo que o descaminho e o contrabando não possuem o mesmo objeto jurídico, já que este último não possui natureza tributária, cuidando apenas da importação de mercadoria proibida.

O descaminho, também denominado *contrabando impróprio*, tem como conduta o verbo *iludir*, cujo objeto é o pagamento de direito ou imposto. O sujeito passivo é o Estado, enquanto o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa.

Ressalte-se que, caso no crime de descaminho haja participação de funcionário público, facilitando este a prática delitiva, será ele submetido não às sanções do art. 334 do Código Penal, mas àquelas do art. 318 do mesmo diploma, que prevê o delito de facilitação de contrabando ou descaminho.

Conforme ensina Greco (2011, p. 419), trata-se de quebra da chamada teoria monista ou unitária, prevista no art. 29 do Código Penal, já que, em vez de reunir em uma única figura típica tanto aquele que facilita quanto o que, efetivamente, leva a efeito o descaminho, a legislação penal optou por separar, mediante a criação típica distinta, os dois comportamentos, tratando, inclusive, com mais severidade a facilitação do que o próprio descaminho.

O art. 334 do Código Penal não pune a forma culposa, exigindo o dolo como elemento subjetivo do tipo, que, segundo a visão finalista, consiste na vontade consciente de praticar a conduta típica.

Ainda, trata-se de norma penal em branco, já que conforme expõe Nucchi (2015, p. 1387), “[...] a obrigação de pagar qualquer espécie de tributo ou similar deve constar de lei específica, que complementa esta norma incriminadora.”

No sistema tributário brasileiro, pode-se destacar, entre outros, os seguintes impostos devidos na importação ou exportação de mercadorias: o imposto de importação, o imposto de exportação e o imposto sobre produtos industrializados.

Os três tributos acima citados tratam-se de impostos federais, todos com previsão constitucional; o primeiro encontra-se expresso no art. 153, inciso I e § 1º da Carta Magna, o segundo no art. 153, inciso II e § 2º, e o último é regulado pelo art. 153, inciso IV e § 3º da Constituição Federal.

Importante ressaltar, neste ponto, que é mais comum visualizar situações de agentes incorrendo no crime de descaminho ao importar mercadorias do que ao exportá-las, já que, para a exportação, a política governamental brasileira oferece diversos incentivos e benefícios, sendo a alíquota do imposto de exportação, muitas vezes, reduzida a zero, a fim de fortalecer a remessa de produtos nacionais ao exterior e, ao mesmo tempo, fomentar a entrada de moeda estrangeira no País, gerar emprego e reforçar a economia.

Por outro lado, a importação de mercadorias, muitas vezes, torna-se demasiadamente onerosa aos consumidores ou mesmo àqueles que pretendem revendê-las, isso porque o atual modelo tributário brasileiro possui um sistema “em cascata” de tributos, ou seja, o próximo tributo na cadeia de mercado a incidir sobre a mercadoria considera, quase sempre, seu valor já acrescido do tributo anterior, gerando “impostos sobre impostos”, o que é refletido, em última instância, no bolso do consumidor final.

Da leitura do tipo penal, verifica-se que a ilusão do pagamento de direitos ou impostos pode ser total ou parcial, ou seja, o agente praticará o delito de descaminho se deixar de pagar qualquer valor ou, ainda, se pagar valor inferior ao devido.

Comumente, o delito é praticado por meio do subfaturamento dos produtos, da declaração inexata dos preços das mercadorias, ou, ainda, por meio da descrição indevida dos produtos, a fim de que sobre eles incidam alíquotas tributárias mais baixas.

Caberá ao juiz valorar a conduta nos casos concretos, sendo lógico concluir que o agente que ludibriou o Estado completamente, sem adimplir qualquer valor, merece sanção mais dura que aquela aplicada ao agente que pagou ao menos uma parte do que era devido.

Conforme a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região (BRASIL, 2009), os impostos considerados para o cálculo do valor devido não são apenas aqueles de importação ou exportação, mas também o IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) e o ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços).

Assim como mencionado em relação aos impostos de importação e exportação e ao imposto sobre produtos industrializados, o ICMS também funciona no sistema de “cascata”, pois, como tributa tudo que é comercializado e produzido no território nacional, bem como as importações e exportações, acaba estando presente em toda a cadeia produtiva, gerando forte impacto econômico.

O objeto material do crime de descaminho é o direito ou o imposto devido, enquanto que o objeto jurídico é a Administração Pública, visando defender seus interesses patrimoniais e morais.

Conforme descrito na jurisprudência destacada alhures, o delito de descaminho não ofende apenas o erário, mas também a soberania nacional, a autodeterminação do Estado, a segurança nacional e eficácia das políticas governamentais de defesa do desenvolvimento da indústria pátria. Desse modo, o tipo penal em estudo é classificado como crime contra a Administração Pública e contra a ordem tributária.

Em que pese a presente produção compartilhe da ideia anteriormente citada, é recorrente na doutrina que se entenda o crime de descaminho uma modalidade específica de crime contra a ordem tributária, apenas.

Nesse sentido, Baltazar Júnior (2014, p. 394) leciona que o descaminho é o mais antigo dos crimes contra a ordem tributária, na medida em que se configura pela ilusão do direito ou imposto devido por entrada, saída ou consumo de mercadoria, figurando, assim, uma infração penal tributária aduaneira.

Mais adiante, porém, o mesmo autor admite que, efetivamente, os tributos externos têm uma função extrafiscal, diferentemente dos tributos internos, isso porque buscam, além da arrecadação de impostos, a proteção da indústria nacional perante a concorrência externa.

Assim, de se acompanhar a tese de que o delito de descaminho não possui, meramente, caráter tributário, isso porque seu objeto extrapola o erário público, alcançando, como já dito, a soberania nacional, a autodeterminação do Estado, a segurança nacional e eficácia das políticas governamentais de defesa do desenvolvimento da indústria pátria.

O descaminho é crime formal, ou seja, sua consumação não depende de resultado naturalístico, consistente na produção de efetivo dano para a Administração Pública. Por ser assim, não é necessário que o crédito tributário se encontre constituído definitivamente na esfera administrativa para que o sujeito venha a ser processado criminalmente.

Em relação a tal colocação, também há divergência doutrinária. Como já exposto, há diversos autores que entendem ser o delito de descaminho um crime contra a ordem tributária e que, por esse motivo, merece o mesmo tratamento daquele previsto na Lei n. 8.137/91.

Ocorre que, nos termos da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, é necessário aguardar o esgotamento do processo administrativo fiscal para que se inicie a persecução penal em relação às condutas descritas no art. 1º, incisos I a IV da legislação supramencionada.

Não obstante às divergências doutrinárias a respeito do tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011) é no sentido de que a consumação do delito de descaminho e a posterior abertura de processo-crime

não dependem da constituição administrativa do débito fiscal, considerando-se que o descaminho é crime *formal*, prescindindo de resultado naturalístico.

Nos demais aspectos, o descaminho é crime de forma livre, comissivo ou omissivo, dependendo do caso concreto, instantâneo, unissubjetivo, unissubsistente ou plurissubsistente conforme a situação. A tentativa, no crime de descaminho, somente é admitida quanto se tratar de conduta comissiva e plurissubsistente. Não é necessária habitualidade para sua configuração.

4.1.2 Fatos assimilados e atividades equiparadas ao crime de descaminho

Nos termos do artigo 334, § 1º, incisos I a IV, do Código Penal, incorre nas mesmas penas previstas no *caput*, o agente que: I) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; II) pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho; III) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; IV) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

O § 2º do mesmo dispositivo legal equipara às atividades comerciais, para os efeitos do artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

Por fim, o § 3º, do art. 334 do Código Penal, estabelece que a pena será aplicada em dobro quando o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

Greco (2011, p. 522) leciona que “[...] nesse caso, o transporte aéreo utilizado pelo agente dificulta a descoberta da infração penal, importando maior juízo de censura.” O mesmo vale para os transportes marítimos e fluviais.

4.1.3 Aspectos processuais

Em regra, a competência para processar e julgar o crime de descaminho é da Justiça Federal, já que os tributos a serem recolhidos se destinam à União. Além desse fato, tem-se que a maioria dos casos ocorre em regiões alfandegárias, sobre as quais há jurisdição federal.

Após o oferecimento da denúncia, se preenchidos os requisitos previstos no art. 89 da Lei n. 9.099/95, cabe o oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo, considerando que a pena mínima cominada ao delito de descaminho é de um ano de reclusão.

Em caso de condenação do agente, é possível que se apliquem penas alternativas, considerando-se não se tratar de crime violento, conforme regra o art. 44 do Código Penal. Ainda, pode haver suspensão condicional da pena, desde que cumpridas as exigências do art. 77 do referido diploma adjetivo.

Na dosimetria da pena, segundo ilustra Baltazar Júnior (2014, p. 410), podem ser consideradas como circunstâncias judiciais, na primeira fase, a grande quantidade de mercadoria, o fato de que o acusado fazia da introdução irregular de mercadorias seu meio de vida, a arregimentação de inimputável para auxiliar no cometimento do crime, a participação direta de policial rodoviário federal, por longo período de tempo, e a forma de acondicionamento da mercadoria, em compartimento preparado adrede e disfarçado no interior de veículo.

Na segunda fase, conforme prossegue o autor, já se entendeu aplicável agravante do crime cometido mediante paga (art. 62, IV, do Código Penal), ao argumento de se tratar de prática inerente em caso de transportador de mercadoria descaminhada.

Como efeitos da condenação, ainda pode sofrer o autor do fato o perdimento penal das mercadorias, bem como do veículo transportador.

4.2 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE DESCAMINHO

Leciona Mendes Neto (2014, p. 102) que desde os tempos do extinto Tribunal Federal de Recursos, os julgadores admitiam a aplicação do princípio da insignificância, desde que ficasse demonstrada a pequena quantidade de mercadorias descaminhadas, a boa-fé do agente e, por derradeiro, a ausência de destinação comercial dos produtos apreendidos.

Como exposto alhures, hodiernamente a jurisprudência brasileira exige a demonstração de quatro vetores para a aplicação do princípio bagatelar, quais sejam: a) a mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Mendes Neto (2014, p. 102) aduz que, quanto ao crime de descaminho, fica evidente o enquadramento do agente nas hipóteses das letras “b” e “c”, já que, de fato, é reduzida a periculosidade social da ação, uma vez que as mercadorias descaminhadas são permitidas no território nacional, tendo sido apenas iludido o valor de seu tributo. De igual modo, não haveria que se falar em alto grau de reprovabilidade da conduta, tendo em mente que as mercadorias são lícitas no território nacional.

Entretanto, no vetor “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento” há, sim, circunstâncias a serem analisadas no caso concreto, notadamente no que diz respeito à questão da habitualidade delitiva.

Conforme preleciona Eugenio (2013, p. 175), o Superior Tribunal de Justiça constituiu jurisprudência firme no sentido de que é inaplicável o princípio da insignificância havendo habitualidade delitiva. No mesmo passo, o Supremo Tribunal Federal orienta que, quando o agente utiliza o descaminho como

meio de vida, incorrendo habitualmente na prática delitiva, tal conduta deixa de ser insignificante independentemente de ter, ou não, ultrapassado o valor máximo tolerado de tributos iludidos, o que mais adiante será estudado.

Compartilhando do entendimento do doutrinador Baltazar Júnior (2014, p. 403), a orientação acima é a mais acertada; porém, existem outras correntes que entendem ser a habitualidade, os antecedentes, a reincidência, a existência de inquéritos ou processos em curso por fatos análogos ou a conduta social do agente, irrelevantes para a aplicação do princípio em comento.

Ainda, há um terceiro posicionamento, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (BRASIL, 2004b), que apenas restringe a aplicação do princípio da insignificância se registradas três condutas relativas ao crime de descaminho.

Além da presença da figura da habitualidade delitiva, para verificar a possibilidade, ou não, de aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, caberia, ainda, analisar se houve mínima ofensividade da conduta do agente e se a lesão jurídica provocada foi inexpressiva, o que somente poderá ser mensurado por meio do valor dos direitos ou impostos que deixaram de ser pagos por ocasião da importação irregular das mercadorias.

Nesse ponto é que se instala a divergência doutrinária, já que, para a prolação de decisões uniformes, deve ser adotado um parâmetro legal, tomando por referência determinado valor de tributos iludidos, acima do qual não será possível aplicar o princípio da insignificância.

Primeiramente, importa ter-se em mente que o valor a ser considerado para aplicação do princípio da insignificância não será, jamais, o valor das mercadorias, mas, sim, dos tributos devidos, não se considerando as multas.

Igualmente, os valores iludidos a título de PIS (Programa de Integração Social) e COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) são desprezados na apuração da insignificância penal, uma vez não devem ser considerados para fins de apuração do montante devido em caso de perdimento, conforme estabelece o art. 2º, III, da Lei n. 10.865/04.

Como parâmetro das decisões que aplicaram o princípio da insignificância ao longo do tempo, inicialmente, foi considerado o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), que era estabelecido pelos artigos 1º da Lei n. 9.469/97 e 20 da MP n. 1.542-19/97. Mais tarde, com o advento do art. 20 da MP n. 2176-79/2001, convertida na Lei n. 10.522/02, o parâmetro passou a ser de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Com fundamento no art. 20 da Lei n. 10.522/02, com a redação dada pela Lei n. 11.033/04, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2008) passou a orientar acerca da adoção do limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A orientação do Supremo Tribunal Federal, após alguma discussão, veio a ser adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, tanto no âmbito da 3ª Seção, quanto das turmas, o que também ocorreu nos Tribunais Regionais Federais da 3ª e da 4ª Região, conforme esclarece Baltazar Júnior (2014, p. 402), que entende ser a nova orientação aplicável, inclusive, a fatos anteriores à Lei n. 11.033/04, podendo ser reconhecida pelo próprio juiz da execução penal.

Por fim, sobreveio o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), que restou estabelecido na Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda, publicada no Diário Oficial da União, em 26 de março de 2012.

Para Baltazar Júnior (2011, p. 403) o valor de R\$ 20.000,00 é que deverá ser considerado para aplicação do princípio da insignificância. Tal entendimento é compartilhado pela jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. TAXA DE CÂMBIO. ATRIBUIÇÃO REGULAMENTAR DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. PARÂMETRO PARA AFERIÇÃO DE SIGNIFICÂNCIA. R\$ 20.000,00. PORTARIA Nº 75 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. ATIPICIDADE MATERIAL. CONCESSÃO DA ORDEM. A taxa de câmbio utilizada para cálculos dos tributos incidentes na importação é a divulgada pelo SISBACEN, no fechamento do dia útil imediatamente anterior àquele em que houve sido disponibilizada no SISCOMEX, e será aplicada ao cálculo dos tributos relativos às declarações de importação registrada no dia subsequente ao da disponibilização. Cabe à Secretaria da Receita Federal a atribuição de regulamentar a matéria, sendo invi-

ável a aplicação de ato normativo que melhor aprover ao réu. A Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, publicada no Diário Oficial de 26/03/2012, altera o limite para arquivamento das execuções sem baixa na distribuição para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), montante esse que deve ser observado para fins de aferição da insignificância da conduta que implica elisão tributária, porque, nos termos da dicção do Supremo Tribunal Federal, é inadmissível que a conduta seja irrelevante para a administração fazendária e não para o direito penal. (BRASIL, 2012).

Em recentíssima decisão, o Supremo Tribunal Federal também acatou o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como limite para aplicação do princípio da insignificância:

Penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Inovação de fundamentos. Impossibilidade. Descaminho. Existência de procedimentos fiscais. Ausência nos autos do somatório dos tributos elididos. Ônus da defesa. 1. A questão relativa ao cabimento do agravo em recurso especial interposto no Superior Tribunal de Justiça não foi arguida na petição inicial do habeas corpus, tendo sido suscitada somente nesta via recursal. Trata-se, portanto, de inovação insuscetível de apreciação neste momento processual (vg. HC 124.971-AgR, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia; ARE 811.893, da minha relatoria; ARE 779.145-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; RHC 121.999-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Não compete ao Supremo Tribunal Federal reexaminar as condições de cabimento de recursos para julgar a causa ou para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que aprecie o mérito da insurgência. 3. A aplicação do princípio da insignificância a fatos caracterizadores do crime de descaminho deve observar o valor objetivamente estipulado como parâmetro para a atuação do Estado em matéria de execução fiscal. 4. Para a aferição do requisito objetivo, assim como estabelecido na legislação fiscal, o Supremo Tribunal Federal considera a soma dos débitos consolidados nos últimos cinco anos. 5. O reconhecimento da insignificância penal da conduta, com relação ao crime de descaminho, pressupõe a demonstração inequívoca de que o montante dos tributos suprimidos não ultrapassa o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). 6. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2015b, grifo nosso).

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, porém, ainda mantém-se seguindo o parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais):

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. VALOR DO DÉBITO SUPERIOR A DEZ MIL REAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. I- A Terceira Seção desta eg. Corte Superior firmou orientação, no julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia n. 1.112.748/TO, de minha relatoria, que, no crime de descaminho, o princípio da insignificância somente afasta a tipicidade da conduta se o valor dos tributos elididos não ultrapassar a quantia de dez mil reais, estabelecida no art. 20 da Lei n. 10.522/02. II- A publicação da Portaria MF 75/2012, por não possuir força legal, não tem o condão de modificar o patamar para aplicação do princípio da insignificância (REsp n. 1.393.317/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 2/12/2014). III – “A Lei nº 11.457/07 considerou como dívida ativa da União também os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias, conferindo-lhes tratamento semelhante ao que é dado aos créditos tributários. Dessa forma, não há porque fazer distinção, na esfera penal, entre os crimes de descaminho, de apropriação indébita ou de sonegação de contribuição previdenciária, razão pela qual é admissível a incidência do princípio da insignificância a estes últimos delitos, quando o valor do débito não for superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).” (BRASIL, 2015a, grifo nosso).

A disparidade entre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reside no fato de este entender ser a Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda, publicada no Diário Oficial da União, em 26 de março de 2012, norma infralegal, e, portanto, que não tem o condão de alterar o estabelecido no art. 20 da Lei n. 10.522/02.

Em posicionamento diverso, do qual a presente produção compartilha, o Supremo Tribunal Federal aceita a Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda como uma atualização da Lei n. 10.522/02 e, portanto, com a capacidade de alterar o patamar descrito na referida.

Em seu portal de notícias eletrônico, o Superior Tribunal de Justiça divulgou recentemente a seguinte manchete, enaltecendo seu posicionamento em relação à aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho:

STJ revê distorção na aplicação do princípio da insignificância em descaminho

[...] Seguindo a Lei 10.522/02, a Fazenda Nacional adotou, em 2004, o limite mínimo de R\$ 10 mil para considerar a cobrança executável. Em 2012, por meio de uma portaria, aumentou o limite para R\$ 20 mil por entender que não é economicamente vantajoso para o erário ajuizar demanda cujo valor seja inferior a esse parâmetro.

A consequência jurídica dessa opção fiscal chegou aos tribunais. Os magistrados passaram a aceitar a tese da absolvição sumária dos réus acusados de descaminho quando o valor dos impostos sonegados não ultrapassasse o limite utilizado pela Fazenda Nacional para desencadear a execução da dívida.

Até que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), nesta semana, disparou uma resposta ao que muitos críticos vêm chamando de distorção na aplicação do princípio da insignificância para o crime de descaminho. A Terceira Seção, em julgamento que rebate a jurisprudência construída nos tribunais superiores, breco, em parte, o uso do limite administrativo como parâmetro para a punição pelo crime de descaminho. Seguindo a posição do ministro Rogerio Schietti Cruz, a Seção decidiu, por maioria, que o princípio da insignificância somente deve ser aplicado quando o valor do débito tributário for inferior a R\$ 10 mil, tal qual julgado pelo STJ em recurso repetitivo de 2009 (REsp 1.112.748). Com isso, o STJ afasta o novo valor de R\$ 20 mil, adotado pela administração federal na Portaria MF 75/12, e reacende a discussão sobre o próprio parâmetro anteriormente adotado, o qual, em face do objeto e dos limites do recurso especial julgado, não pôde ser revisto pela Terceira Seção.

Em que pese a firme orientação do Superior Tribunal de Justiça, a postura do Supremo Tribunal Federal mostra-se mais razoável, ao passo que é descabido submeter à ação penal, pela ilusão de tributos e direitos, o sujeito que sequer respondeu administrativamente por tal conduta.

Ora, se determinado fato é considerado administrativamente irrelevante, não deve o Direito Penal, que via de regra é aplicado em *ultima ratio*, intervir.

Destaque-se, ainda, que conforme noticiado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça em seu sítio eletrônico, o valor estabelecido na Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda foi determinado com base em estudos realizados pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, que chegaram à conclusão de que apenas é “economicamente justificá-

vel” promover a execução judicial de dívidas a partir de R\$ 21.731,45 (vinte um mil setecentos e trinta e um reais e quarenta e cinco centavos).

Portanto, com base no que fora exposto, a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho é possível, desde que o agente não demonstre habitualidade delitiva, ou seja, não reste evidenciado que faz do descaminho seu meio de vida, como os vulgos “sacoleiros”, bem como que o valor dos tributos ou direitos iludidos, excluídos PIS, COFINS e multas, não ultrapasse a monta de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

5 CONCLUSÃO

O mundo passa por um processo de globalização cada vez mais acelerado, os meios de comunicação evoluem num ritmo nunca antes visto e as fronteiras não representam mais um limite, mas um novo horizonte, onde muitas pessoas vislumbram, entre outras coisas, oportunidades lucrativas.

Hodiernamente, realizar operações comerciais no exterior já não é tão complicado como tempos atrás. As entidades financeiras propiciam as relações por meio de serviços como cartões internacionais. A internet e os meios tecnológicos permitem comprar quase tudo em qualquer lugar do mundo, oferecendo uma gama muito maior de produtos – e preços – aos consumidores; enfim, o acesso a mercadorias estrangeiras nunca foi tão facilitado e estimulado.

Porém, para proteger o erário, a soberania nacional, a autodeterminação do Estado, a segurança nacional e a eficácia das políticas governamentais de defesa do desenvolvimento da indústria pátria, a entrada e saída de mercadorias do território nacional deve ser protegida não apenas pelos mecanismos tributários e administrativos, mas por todo o ordenamento jurídico, incluindo o Direito Penal, nas situações em que se mostrar viável e necessário.

Por viável e necessário, entende-se que apenas deve o Direito Penal intervir nas situações em que as vias administrativas não se mostram suficientes, ou quando houver lesão expressiva ao bem jurídico tutelado. Caso contrário,

é possível a aplicação do princípio da insignificância, que analisa os seguintes vetores: a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Isso acaba por excluir da esfera de atuação do Direito condutas penalmente irrelevantes, como aquelas em que o valor dos tributos ou direitos iludidos pela prática do delito de descaminho é inferior ao parâmetro de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), estabelecido pelo Ministério da Fazenda como valor a partir do qual é viável ingressar com ações de execução.

Conforme estudado, nos casos em que houver habitualidade ou reiteração delitiva, ainda que o valor dos tributos iludidos seja inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), o princípio da insignificância não é aplicado ao crime de descaminho, por demonstrar o agente elevado grau de reprovabilidade do comportamento.

Nesse passo, o princípio da insignificância é instrumento bastante significativo do Direito Penal brasileiro, pois racionaliza sua atuação e tende a corrigir injustiças, no sentido de evitar que agentes “perdoados” administrativamente, sejam submetidos a processos penais por práticas irrelevantes à Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ÁLVARES, Wanessa Silva Tocantins. *O princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública*. Brasília, DF: ESMPU, 2014.

BECCARIA, Cessare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 ago. 2014.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 ago. 2014.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 09 ago. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 dez. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 out. 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BRASIL. Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Revogado pelo Decreto n. 11, de 1991. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 dez. 1932. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o código criminal. *Diário Oficial da União*, 8 jan. 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em 09 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9469.htm>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.865, de 30 de abril de 2004. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 abr. 2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L10.865.htm>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.008, de 26 de junho de 2014. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jun. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2014/Lei/L13008.htm#art1>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BRASIL. Medida Provisória n. 1.542-19, de 13 de fevereiro de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1542-19.htm>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.176-79, de 23 de agosto de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 ago. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2176-79.htm>. Acesso em: 9 ago. 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria n. 75, de 22 de março de 2012. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 mar. 2012a. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/institucional/legislacao/2012/portaria75>>. Acesso em: 9 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental n. 670.433/RS. Relator: Ministro Félix Fischer. Quinta Turma. Julgado em 25 ago. 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, 04 set. 2015a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 835723/RS. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 abr. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n. 126746. Relator: Min. Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. *Diário da Justiça Eletrônico*, 07 maio 2015b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84412/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 19 out. 2004. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 nov. 2004a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 92438/PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Segunda Turma. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 dez. 2008.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 99740. Relator: Min. Ayres Britto. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 23 nov. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 01 fev. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 121892. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Segunda Turma. *Diário da Justiça Eletrônico*, 06 ago. 2014.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Habeas Corpus* n. 0004202-20.2008.4.03.0000. Relator: Des. Nelton dos Santos. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 25 ago. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 24 ago. 2009.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC 2001.71.04.002717-7. Relatora: Maria de Fátima Freitas Labarrère. Órgão Julgador: Sétima Turma. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 maio 2004b.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Habeas Corpus* n. 0001644-09.2012.404.0000. Relator: Márcio Antônio Rocha. Órgão Julgador: Sétima Turma. *Diário da Justiça Eletrônico*, 12 abr. 2012.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Penal)– Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/>>. Acesso em: 26 ago. 2015.
- EUGENIO, Edgar Marques. O princípio da insignificância e a habitualidade delitiva do crime de descaminho sob a perspectiva do STF e STJ. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 21, n. 110, p. 153-184, jun. 2013.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 7. ed., rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2011. v. 4.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2013.

ISAACSON, Gisela Brum. Crimes contra a administração pública: um estudo sobre a possibilidade da não propositura da ação penal face ao princípio da insignificância. *Revista Brasileira de Ciências Criminais São Paulo*, v. 16, n. 74, p. 299-338, out. 2008.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. *Não aplicabilidade do princípio da insignificância aos portadores de maus antecedentes ou reincidentes em pequenos delitos*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal)–Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15092>. Acesso em: 26 ago. 2015.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUZ, Yuri Corrêa da. Insignificance principle in criminal law: between wide acceptance and problematic application. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 203-233, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 ago. 2015.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A natureza tributária do descaminho e suas consequências jurídicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 23, v. 113, p. 389-407, mar./abr. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MENDES NETO, Eider Nogueira. *Aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/35559/aplicacao-do-principio-da-insignificancia-no-crime-de-descaminho>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRESTES, Cássio Vinicius D. C. Lazzari. *O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. Breves considerações sobre o princípio da insignificância. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, DF, ano 4, n. 10, p. 61-67, jan./abr. 2000.

ROMANO, Rogério Tadeu. Excludentes de antijuridicidade, culpabilidade e tipicidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4107, 29 set. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32324>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Criminal. AC 1.044.889/5. Relator: Breno Guimarães. Julgado em 24 set. 1997.

SILVA, Ivan Luiz da; QUEIROZ, Paulo de Souza. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2004.

STJ revê distorção na aplicação do princípio da insignificância em descaminho. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/noticias/noticias/%C3%A9Altimas/STJ-corrige-distor%C3%A7%C3%A3o-na-aplica%C3%A7%C3%A3o-do-princ%C3%ADpio-da-insignific%C3%A2ncia-em-descaminho>. Acesso em: 01 set. 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRISÃO PROCESSUAL E MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PREVISTAS NA LEI N. 12.403/11: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA

Carolina da Costa*
Maurício Eing**

Resumo: O direito à liberdade está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil como uma das garantias fundamentais de todo cidadão. Sendo, portanto, a liberdade um direito inerente a todo ser humano, tem o Estado o dever de preservá-la. Entretanto tem também o Estado o dever de zelar pela segurança e paz pública, direito social que em alguns casos se mostra antônimo à liberdade individual. A prisão preventiva, objeto deste estudo, é um dos meios por intermédio do qual se vale o Estado para segregar indivíduos supostamente delinquentes em prol da eficácia de um futuro provimento jurisdicional, bem como para garantir que a paz e a segurança de determinada sociedade não sejam abaladas por aquele que violou as normas de convívio social mediante a prática de um crime. Nessa condição de espécie do gênero cautelar, a prisão preventiva somente será aplicada quando incabível qualquer outra medida cautelar menos gravosa. Desde a edição da Lei n. 12.403, de 04 maio de 2011, mais especificamente com o surgimento das medidas cautelares diversas da prisão, a decretação da prisão preventiva tem sido alvo de grandes debates, especialmente quando decretada para garantia da ordem pública. Nessa hipótese, o indivíduo delincente será segregado cautelarmente, isto é, antes mesmo da aferição de sua culpa em razão da gravidade do delito, de sua periculosidade e antecedentes, bem como em decorrência das circunstâncias em que o crime foi praticado. Resta-nos saber até que momento seria possível decretar a prisão preventiva de alguém com base em um requisito vago legislativa e doutrinariamente, de forma a não desrespeitar a Carta Magna e, conseqüentemente, os direitos fundamentais inerentes a todo cidadão.

Palavras-chave: Liberdade. Prisão preventiva. Ordem pública. Constitucionalidade. Inocência.

* Graduada do Curso de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; carolinadacosta@outlook.com

** Especialista em Processo Civil e Novos Direitos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Assessor do Ministério Público Federal; mauricio.eing@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

As medidas cautelares do processo penal brasileiro são instrumentos a serviço do processo, que visam garantir o regular desenvolvimento da lide e assegurar a efetividade do poder jurisdicional do Estado.

Tais medidas são reguladas, hoje, pela Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011 (BRASIL, 2011), proveniente do Projeto-Lei n. 4.208/2001, que tramitou no Congresso Nacional durante dez anos e resultou em um instrumento legislativo de extrema importância ao processo penal. Contudo, em que pese sua capacidade de garantir a efetividade da justiça, tais medidas enfrentam, hoje, diversos problemas de natureza prática que incidem sobre sua aplicação, criando restrições e limites demasiadamente subjetivos a serem analisados pelo magistrado.

Nesse sentido, nota-se que o instrumento processual cautelar da prisão preventiva é um dos institutos de maior importância ao processo penal. Entretanto, é, também, a medida cautelar que mais sofre interpretações de ordem subjetiva, o que torna difícil a sua aplicação de forma homogênea, dando margem a uma grande disparidade de decisões.

A prisão preventiva caracteriza-se por ser um instrumento processual utilizado pelo juiz durante o inquérito policial, ou no curso da ação penal, sempre que preenchidos os seus requisitos legais (garantia da ordem pública e da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal), não necessariamente de forma cumulativa, mas sempre observada a sua adequação e necessidade.

Desse modo, considerando que toda forma de prisão deve ser a última *ratio* do Estado, o instituto cautelar da prisão preventiva encontra limitações muito evidentes derivadas da subjetividade, principalmente, da hipótese da garantia da ordem pública.

No que se refere ao termo ordem pública, nota-se uma enorme amplitude conceitual desse instituto, dando margem a uma alta discricionariedade do

juiz no momento de decretação da prisão preventiva, podendo invocar diversos fatores para justificar e fundamentar a sua decisão.

Entre os fundamentos corriqueiramente utilizados pelos magistrados e trazidos, muitas vezes, pela doutrina, destacam-se a gravidade e a natureza do delito, o clamor social, a periculosidade do agente e a credibilidade da justiça em face da sociedade.

Tais fatores podem prejudicar a imparcialidade do juiz, que deveria se manter alheio ao processo, mas que, em decorrência dessas situações, acaba contaminado pela opinião social e pelos aspectos genéricos dos delitos e também dos acusados.

Dito isso, mostra-se de fundamental importância o estudo das medidas cautelares existentes no processo penal brasileiro, em especial do instituto processual cautelar da prisão preventiva, a fim de esclarecer quais critérios devem ser analisados pelo magistrado ao decretar essa prisão cautelar, de forma que a garantia da ordem pública seja buscada com toda a imparcialidade necessária a qualquer magistrado.

Dessa forma, no presente trabalho, em suma, objetivou-se elucidar como ocorre a aplicação do instituto processual da prisão preventiva amparada na garantia da ordem pública, abordando as correntes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do assunto, os aspectos negativos e positivos trazidos pela doutrina acerca do tema e, ainda, explicando como acontece a aplicação, atualmente, dessa espécie de prisão processual no direito brasileiro.

2 PRISÃO PROCESSUAL E MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PREVISTAS NA LEI N. 12.403/11

2.1 AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, ADMITIDAS PELO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

As medidas cautelares do processo penal brasileiro são instrumentos a serviço do processo, que visam garantir o regular desenvolvimento da lide e assegurar a efetividade do poder jurisdicional do Estado.

Tais medidas são reguladas, hoje, pela Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, publicada no dia 05 do mesmo mês e com vigência a partir do dia 04 de julho daquele ano, proveniente do Projeto-Lei n. 4.208/2001, que tramitou no Congresso Nacional durante dez anos e resultou em um instrumento legislativo de extrema importância ao processo penal.

Tal Legislação promoveu significativas alterações no que se refere à prisão e à liberdade. A principal mudança foi a inserção das medidas cautelares diversas da prisão, previstas, a partir de então, no art. 319 do Código de Processo Penal, com o intuito de não somente punir o indiciado ou acusado, mas também de satisfazer a ânsia social pela solução dos litígios de forma mais célere, sem, contudo, comprometer a efetividade das decisões tomadas pelo magistrado (PACELLI, 2013, p. 493).

Essa nova Legislação é composta de normas de natureza processual, uma vez que cuida de institutos que refletem apenas no processo, sem interferir no *jus puniendi* do Estado. Desse modo, a partir da nova lei, fez-se necessária uma revisão acerca de todas as prisões provisórias já decretadas, considerando-se que a Lei n. 12.403/11 possui aplicação imediata e, por isso, alcança fatos praticados mesmo antes da sua vigência, sem ser submetida, ainda, ao princípio da irretroatividade em favor do acusado.

Nesse ponto, nota-se que todos os institutos trazidos pela Lei n. 12.403/11, quais sejam: prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, possuem a função de velar pelos interesses inerentes à jurisdição criminal, além de evitar o encarceramento provisório do indiciado quando não houver necessidade para tanto.

Nesse prisma, extrai-se de uma atenta análise do conteúdo da Lei n. 12.403/11, que a referida legislação permitiu ao juiz conduzir o processo com a mesma eficácia e garantia, adotando, entretanto, medidas alternativas à prisão. Dessa forma, havendo uma medida cautelar menos gravosa, mas capaz de atingir os fins do processo, a prisão deixará de ser decretada e as medidas cautelares tornar-se-ão o meio mais adequado.

Somente em último caso, quando não for aplicável nenhuma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal e estando plenamente demonstrados os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris* a prisão poderá ser aplicada. Contudo, não sendo caso de prisão o juiz estará obrigado a conceder a liberdade provisória, avaliando a necessidade ou não de esta vir acompanhada de algum ônus, havendo discricionariedade do magistrado, portanto, somente quanto a esse ponto (CAPEZ, 2013, p. 311-312).

Nesse ponto, cabe esclarecer que o pressuposto do *fumus boni iuris*, citado anteriormente no texto, diz respeito à existência de provas do crime e indícios suficientes de autoria. Conforme leciona Capez (2013, p. 342), “O juiz somente poderá decretar a prisão preventiva se estiver demonstrada a probabilidade de que o réu tenha sido o autor de um fato típico e ilícito.”

Já o *periculum in mora*, outro pressuposto à decretação da prisão, implica a necessidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica, da aplicação da lei penal, ou, ainda, por conveniência da instrução criminal ou em decorrência do descumprimento de outra medida cautelar anteriormente imposta.

Nota-se, portanto, que a necessidade de decretação das medidas cautelares ocorre, para a aplicação da lei penal, para garantir a investigação ou instrução criminal ou para evitar a prática de infrações penais (CAPEZ, 2013, p. 358-359).

Assim, qualquer medida cautelar aplicada isolada ou cumulativamente deverá atender aos requisitos de necessidade e adequação previstos anteriormente.

Por necessidade, entende-se a exigência de tal medida ao processo, de forma a trazer o menor dano possível à liberdade do acusado. Já a adequação diz respeito à idoneidade da medida para garantir o regular deslinde do processo.

Portanto, se uma medida cautelar puder alcançar, com menor gravame, o fim buscado pelo processo, o encarceramento será ilegal e abusivo, violando nitidamente o princípio da proporcionalidade, segundo o qual a sanção deve ser proporcionalmente correspondente à gravidade da conduta.

Segundo Pacelli (2013, p. 504), o princípio da proporcionalidade configura-se na proibição do excesso, mas, também, na busca da efetividade do instituto,

servindo como um efetivo instrumento de controle da validade e do alcance das normas, além de permitir um juízo de ponderação acerca da norma mais adequada.

Por derradeiro, imperioso destacar que as medidas cautelares, alternativas à prisão, dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal, representam um rol exemplificativo do qual se extrai o comparecimento periódico em juízo, a fim de informar e justificar atividades; a proibição de acesso ou frequência a determinados locais; a proibição de manter contato com determinada pessoa; proibição de ausentar-se da Comarca; o recolhimento domiciliar no período noturno e também nos dias de folga; a suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira; internação provisória quando for atestado por peritos ser o acusado inimputável ou semi-imputável; a fiança e a monitoração eletrônica.

Todas essas medidas, respectivamente, de acordo com o § 1º do art. 282 e § 1º do artigo 283, ambos do Código de Processo Penal, poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa às infrações em que for cominada isolada, cumulativa ou alternativamente pena privativa de liberdade.

Destarte, mostra-se nítida a importância das medidas cautelares para o processo penal em geral. Essas medidas são institutos autônomos, que não dependem de prisão anterior para sua decretação, podendo ser pleiteadas tanto na fase de investigação quanto na fase processual propriamente dita.

Vale destacar, ainda, a possibilidade de revogação ou substituição das medidas cautelares diversas da prisão quando verificada a falta de motivo para que subsista, bem como a sua nova decretação, se sobrevierem razões que a justifiquem (CAPEZ, 2013, p. 360).

2.2 ESPÉCIES DE PRISÃO PROCESSUAL

2.2.1 Conceito de Prisão Processual

A prisão processual trata-se de uma medida cautelar, de natureza processual, destinada a assegurar o regular deslinde da investigação criminal, do processo penal, bem como da futura execução da pena.

Consiste no encarceramento cautelar do indivíduo antes da sentença penal definitiva. Trata-se, portanto, de espécie do gênero prisão sem pena.

Além disso, caracteriza-se como finalidade da prisão processual a garantia de que, com o encarceramento, o indiciado ou acusado, esteja impedido de continuar delinquindo. Possui, portanto, caráter auxiliar ao processo.

Nas palavras de Capez (2013, p. 314), a prisão processual: “Nada tem a ver com a gravidade da acusação por si só, tampouco com o clamor popular, mas com a satisfação de necessidades acautelatórias da investigação criminal e respectivo processo.”

Assim, nos casos em que aguardar o término do processo possa prejudicar a regular aplicação da lei penal, a efetividade da investigação ou instrução criminal ou, ainda, quando facilitar a prática de novas infrações e não for possível a aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão, estará autorizada a custódia cautelar.

O instituto da prisão processual compreende a prisão temporária, a prisão em flagrante e a prisão preventiva.

2.2.2 Prisão Temporária

A prisão temporária foi instituída pela Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989, e, posteriormente, substituída pela Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

Trata-se de espécie de prisão processual, de natureza cautelar, destinada a garantir a instrução processual nos casos de crimes graves. Esse instituto somente pode ser decretado pelo juiz competente durante o curso do inquérito policial, após representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

Nas palavras de Pereira e Leal Neto (2015, p. 1068), “[...] trata-se de prisão cautelar, com prazo de duração determinado, cuja decretação é apenas possível no âmbito do inquérito policial e se presentes os requisitos fixados pela lei.”

De acordo com o art. 1º da Lei n. 7.960/89 caberá prisão temporária nos casos de imprescindibilidade para a instrução criminal; quando o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; ou, ainda, quando houver fundadas razões de autoria ou participação em crime de homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, ou crimes contra o sistema financeiro.

Além dos requisitos de admissibilidade acerca da prisão temporária citados anteriormente, esta deve ser decretada após representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, em decisão fundamentada do juiz no prazo de vinte e quatro horas, pelo período de cinco dias, prorrogáveis por igual tempo. Ressalta-se que nos casos de crimes hediondos, definidos na Lei n. 8.072/90 e, também, nas hipóteses de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e tortura, o prazo da prisão temporária será de trinta dias, prorrogável por mais trinta.

Decorrido o prazo legal o preso deverá ser posto em liberdade, salvo nos casos em que já houver sido decretada sua prisão preventiva. Por fim, anota-se que o preso temporário deve permanecer separado dos demais encarcerados.

2.2.3 Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante trata-se de medida cautelar restritiva de liberdade consistente na decretação da prisão do indivíduo, por qualquer pessoa, sem a necessidade de ordem judicial prévia, quando aquele for surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido crime ou contravenção penal.

A prisão em flagrante pode ser decretada, facultativamente, por qualquer pessoa do povo e, obrigatoriamente, pelas autoridades policiais e seus agentes.

A autoridade policial competente, ou seja, aquela do local onde ocorreu a prisão, deve lavrar o auto de prisão em flagrante logo após a captura do agente e sua apresentação. Caso não haja autoridade policial competente no local da prisão, o agente deverá ser apresentado a do local mais próximo.

No momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, o delegado deve observar algumas formalidades, entre elas: ouvir o condutor, colhendo sua assinatura e entregando-lhe cópia do termo e recibo de entrega do preso. Posteriormente, deve ouvir, ao menos, duas testemunhas, se existentes, que tiverem acompanhado o condutor. Em seguida, a autoridade policial deve inquirir o agente sobre a imputação que lhe é feita. Ao final, colhem-se as assinaturas de todos e lavra-se, portanto, o auto de prisão em flagrante (APF), na forma do art. 304, *caput*, do Código de Processo Penal.

Após a inquirição do preso, a autoridade policial deverá, restando fundada a suspeita sobre a prática do crime ou contravenção penal, ordenar que aquele seja recolhido à prisão, exceto nos casos em que o agente prestar fiança, e, em seguida, prosseguir nos autos do inquérito, se for competente para isso. Caso contrário, deverá encaminhar os autos à autoridade que o seja.

Caso inexistam testemunhas da infração, o auto de prisão em flagrante poderá ser lavrado desde que seja assinado por, ao menos, duas testemunhas, que tenham presenciado a entrega do preso à autoridade, na forma do art. 302, § 2º, do Código de Processo Penal.

Da mesma forma, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas que tenham ouvido a sua leitura ao preso nos casos em que este não puder, não souber ou se recusar a assinar.

Por outro lado, caso o crime tenha sido praticado em presença de autoridade ou contra esta, serão obedecidas as regras do art. 307 do Código de Processo Penal.

Por fim, efetuada a prisão em flagrante, deve ocorrer, no prazo máximo de 24 horas, a comunicação ao juiz competente, ao Ministério Público, ao defensor e à família do preso, ou pessoa por ele indicada. Além disso, é impres-

cindível a entrega ao custodiado, mediante recibo, de nota de culpa, assinada pela autoridade policial, contendo os motivos da prisão, o nome do condutor e das testemunhas.

Ao fim dos atos de competência da autoridade policial, o magistrado, por sua vez, deverá relaxar a prisão, convertê-la em prisão preventiva, ou, ainda, conceder liberdade provisória ao custodiado, com ou sem fiança, na forma do art. 310 do Código de Processo Penal, consoante sua nova redação trazida pela Lei n. 12.403/11.

Na primeira hipótese, o juiz efetuará o relaxamento da prisão, se verificar que a prisão do indivíduo aconteceu de modo ilegal. No segundo caso, a autoridade judiciária converterá a prisão em flagrante em preventiva se presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e se forem inadequadas quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão. Por fim, não sendo caso de relaxamento da prisão, nem mesmo de conversão em prisão preventiva, o magistrado deverá conceder liberdade provisória ao custodiado, com ou sem o arbitramento de fiança.

2.2.4 Prisão Preventiva

A prisão preventiva é espécie de medida cautelar que visa cautelar a persecução penal. Dessa forma, pode ser definida como uma medida excepcional de efetividade do processo.

Trata-se, pois, nas palavras de Pereira e Leal Neto (2015, p. 1065), de “[...] medida cautelar de cerceamento provisório da liberdade ambulatorial do indivíduo que, decretada por magistrado se presentes os requisitos legais, pode ocorrer durante o curso de uma investigação ou processo criminal.”

O instituto da prisão preventiva pode ser conceituado ainda como espécie de medida cautelar de privação da liberdade do indivíduo, decretada pelo magistrado quando presentes os requisitos legais e quando ausente qualquer ou-

tra medida menos gravosa a ser aplicada ao suposto autor dos fatos, como, por exemplo, as medidas cautelares diversas da prisão previstas na Lei n. 12.403/11.

Conclui-se, portanto, sobre o conceito desse instituto, que a prisão preventiva, para não haver violação a princípios constitucionais, como o princípio da presunção de inocência, deve ser decretada – de ofício pelo juiz, mediante requerimento do Ministério Público ou do querelante ou, ainda, por representação da autoridade policial – como medida excepcionalíssima, apenas em situações em que seja imprescindível o encarceramento de um indivíduo que ainda não foi condenado.

Importante destacar, ainda, que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer momento da instrução ou do processo penal. No primeiro caso, ou seja, durante a investigação policial, será decretada de ofício pelo juiz. Já na segunda hipótese, isto é, durante o processo penal, será cabível de ofício pelo juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente de acusação, do querelante ou, ainda, por representação da autoridade policial.

Contra a decisão que decretar a prisão preventiva será cabível a impetração de *habeas corpus*, não havendo a possibilidade de qualquer recurso.

3 O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS RELACIONADOS À PRISÃO PREVENTIVA

Todo ordenamento jurídico se funda em ideias basilares e fundamentais acerca da justiça. Tais ideias constituem os chamados princípios gerais do direito, que servem para orientar e dar razão – de forma abstrata e genérica – ao legislador no momento da elaboração das normas jurídicas, bem como ao operador do direito diante das situações jurídicas e reclamos sociais.

Os princípios são normas jurídicas dotadas de enorme carga valorativa que vinculam regras gerais, conceitos, estudos doutrinários e jurisprudenciais de forma a servir de vetores interpretativos ao aplicador do direito.

Dessa forma, pode-se entender por princípio toda norma que fornece fundamento à matéria sobre a qual se discorre. Nesse sentido, os princípios gerais do direito auxiliam os operadores dessa ciência, especialmente, no momento de construir seus arbítrios, de forma que todo o direito seja exercido de acordo com o real espírito do ordenamento jurídico, em consonância com a consciência social e de forma a impedir que a justiça seja desfigurada pelas normas estritamente positivas.

Todos esses princípios norteadores do direito encontram guarida na Constituição da República Federativa do Brasil, que é a norma central e basilar de todo o ordenamento jurídico, garantidora da validade dos demais dispositivos normativos. E é justamente por isso que se tem buscado cada vez mais a constitucionalização dos processos, com o fim de garantir que a lide não se distancie da ideia de cidadania e da noção de dignidade da pessoa humana.

No que se refere ao processo penal, e, aqui, especialmente no que diz respeito à prisão, a constitucionalização do processo garante que todo condenado seja tratado de forma individualizada, com o propósito de que dignamente seja reeducado e reinserido na sociedade (PACELLI, 2013, p. 37).

Nota-se, então, na busca da constitucionalização do processo penal, mais uma vez a incidência dos princípios do direito. Em se tratando de matéria processual penal, além da óbvia existência dos princípios constitucionais penais como o princípio da humanidade, legalidade, igualdade judicial, juiz e promotor naturais, devido processo legal, publicidade, estado de inocência, garantia contra a autoincriminação, contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição, destacam-se, ainda, alguns princípios fundamentais do próprio direito processual penal, como o princípio da verdade real, da oficialidade, do impulso oficial, do *ne bis in idem* e da excepcionalidade.

Referente à prisão preventiva, propriamente dita, destacam-se os princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da presunção

de inocência, da excepcionalidade e da provisoriedade. Tais princípios são bases fundamentais a todo ordenamento jurídico e, especialmente, ao processo penal no que diz respeito aos institutos prisionais, pois refletem as necessidades da sociedade e auxiliam na formação de um processo justo, humano e eficaz.

3.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição da República Federativa do Brasil consagrou, como dogma constitucional e como fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim dispõe o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana [...] (BRASIL, 1988).

Esse princípio constitui-se como fundamento norteador do direito brasileiro, além de caracterizar-se como referência constitucional que embasa todos os direitos fundamentais e demais princípios constitucionais.

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma garantia individual de todo cidadão, resultado de árduas lutas e abusos no caminho para o reconhecimento dessa liberdade.

Esse princípio abrange todos os direitos sociais e individuais, como educação, saúde, trabalho, lazer, moradia, segurança, previdência e assistência social, e o que mais nos interessa no presente trabalho: a liberdade.

Trata-se, pois, de princípio inerente ao direito e que visa garantir que todo e qualquer indiciado, acusado ou condenado, será tratado como pessoa humana, devendo ser respeitados seus direitos antes do processo, durante este e no momento da execução da pena (NUCCI, 2013, p. 89).

Assim, nota-se que não há como se falar em liberdade sem considerar o princípio da dignidade da pessoa humana, considerando-se que são atributos

inerentes a todo ser humano a dignidade e a liberdade. Dessa feita, especialmente, quando se trata de prisão preventiva e demais modalidades de prisão, deve-se considerar que o encarceramento somente será cabível quando nenhuma outra medida menos gravosa for aplicável ao caso, sob pena de restarem violados diversos princípios constitucionais e processuais penais, como o princípio da intervenção mínima e da presunção de inocência, mas, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1.2 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal encontra-se proclamado pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LIV:

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:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal [...] (BRASIL, 1988).

Esse princípio traduz-se no respeito às formalidades previstas em lei para que ninguém seja privado, injustamente, de sua liberdade e de seus bens (RANGEL, 2013, p. 4).

Imperioso destacar que nem sempre o princípio do devido processo legal foi respeitado juridicamente. Houve épocas em que o Estado arbitrário ditava as normas como bem entendesse.

Vê-se, portanto, que o princípio do devido processo legal “[...] cuida-se de princípio regente, com raízes no princípio da legalidade, assegurando ao ser humano a justa punição, quando cometer um crime, precedida do processo penal adequado.” (NUCCI, 2013, p. 100).

No que se refere à prisão preventiva, a importância do respeito ao devido processo legal não poderia ser diferente. Nota-se que a principal função desse princípio constitucional, além de proporcionar ao réu o acesso à justiça, é a ga-

rantia de sua liberdade. Para tanto, é imprescindível que o magistrado se atente aos pressupostos, requisitos e hipóteses de cabimento desse instituto cautelar, de forma que seja utilizado somente em *ultima ratio* e quando não cabível qualquer medida cautelar diversa da prisão e menos gravosa ao indiciado ou acusado.

3.1.3 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência, também denominado do estado de inocência ou da situação jurídica de inocência ou da não culpabilidade, encontra guarida no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, que dispõe que “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988).

Tal princípio habita o direito brasileiro desde a adesão do país à Declaração Universal dos Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 9º, que todo e qualquer homem deve ser considerado inocente até o momento em que for provada sua culpa, sendo punido, então, com todo rigor que merece (RANGEL, 2013, p. 24).

A observância do princípio da presunção de inocência garante a efetividade Estatal em relação à repressão criminal, assegurando que os direitos fundamentais do indivíduo, como a liberdade, não sejam tolhidos sem a observância do devido processo legal.

Todavia, quando se fala em prisão preventiva, tem-se a impressão de que se está violando a liberdade de um indivíduo presumidamente inocente, contrariando-se o princípio da presunção da inocência.

Nesse sentido, os ensinamentos de Capez (2013, p. 341-342, grifo do autor):

Não existe prisão preventiva obrigatória, pois, nesse caso, haveria uma execução antecipada da pena privativa de liberdade, violando o princípio do estado de inocência. Se o sujeito for preso sem necessidade de se acautelar o processo, tal prisão não será processual, mas verdadeira antecipação da execução da pena, sem formação de culpa e sem julgamento definitivo.

A prisão preventiva somente será admissível dentro de nosso panorama constitucional, quando demonstrada a presença dos requisitos da tutela cautelar.

A medida é excepcional e, mesmo justificado o *periculum in mora*, não será imposta, contanto que possível outra medida menos invasiva ao direito de liberdade, dentre as elencadas no rol do art. 319 do CPP.

Tal raciocínio já foi inclusive objeto da Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a decretação de prisão provisória – leia-se aqui prisão preventiva – não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

3.1.4 Princípio da Excepcionalidade

O princípio da excepcionalidade encontra previsão legal no artigo 282 do Código de Processo Penal que dispõe:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (BRASIL, 1941).

Sobre o tema, ensina Mougenot (2011, p. 11, grifo nosso):

As medidas cautelares, por serem restritivas das garantias e liberdades consagradas constitucionalmente, devem ser consideradas *excepcionais*, tais como são as medidas relacionadas à prisão de natureza cautelar. Isso porque, se a imposição da medida vier a caracterizar efetiva antecipação da pena, inverter-se-ia o princípio da não culpabilidade, passando-se a ter o acusado como presumidamente culpado enquanto não definitiva a decisão sobre o processo no qual figure como réu. Tal orientação já foi efetivamente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao entender que todos os recursos contra decisão condenatória, no curso do processo penal, possuirão efeito suspensivo, mantendo-se o *status quo* do indivíduo até que, em última instância, decida-se sobre sua culpabilidade. Nota-se, porquanto, que, ao estabelecer a imposição das medidas cautelares preferencialmente em relação à prisão temporária e preventiva, demonstra o legislador o intuito de evitar que a prisão antes da condenação definitiva ganhe ares de “definitividade”, violando-se o en-

tendimento já consagrado pelo STF. Nesse sentido, reputa-se que o emergencial não deva ser perene; em outras palavras, não deve haver *perene emergência* de modo a configurar “antecipação da pena”, não podendo a circunstancialidade transfigurar-se em imutabilidade ou definitividade, a menos que sobrevenha, nesse interstício, consentânea condenação transitada em julgado. Finalmente, como decorrência da característica da excepcionalidade, as medidas devem estar taxativamente previstas em lei, não se aplicando no âmbito processual penal a possibilidade de concessão de “medidas cautelares inominadas”, tal como frequentemente se vê na seara cível.

Esse princípio fundamenta-se na ideia de que a prisão preventiva somente será decretada quando existirem provas da existência do crime e indícios suficientes da autoria delitiva. E, ainda, quando não puder ser aplicada ao indiciado ou acusado outra medida cautelar menos gravosa, considerando-se que a prisão deve ser sempre a *ultima ratio* do Estado.

3.1.5 Princípio da Provisoriedade

No que se refere ao princípio da provisoriedade, imperioso destacar os parágrafos 4º e 5º do artigo 282 do Código de Processo Penal:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (BRASIL, 1941).

A partir de então, entende-se que a prisão preventiva, que é em sua natureza uma medida cautelar, pressupõe uma limitação no tempo de seus efeitos de forma que seja aplicada de forma situacional, ou seja, somente enquanto vigorar a situação que autorizou a sua decretação.

3.2 PRESSUPOSTOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva será decretada mediante a presença de dois pressupostos genéricos concomitantemente, quais sejam: prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

A prova da existência do crime diz respeito à prova da materialidade delitiva, isto é, presença de evidências corpóreas de que o crime efetivamente ocorreu. É a prova material do fato, ou seja, a existência real do acontecimento.

Já os indícios suficientes da autoria se caracterizam pela imputação relativa da prática de uma conduta lesiva a um ou a vários agentes. É a adequação da conduta do agente ao tipo penal previsto em lei.

Importante destacar que para a configuração dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva não é necessária a existência de um juízo de certeza. A probabilidade, ou seja, a existência de meros indícios é suficiente para a alegação do *fumus boni iuris* ou do *fumus comissi delicti* (aparência do delito cometido).

Nesse sentido: “Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória.” (PARANÁ, 2005).

3.3 REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Os requisitos para a decretação da prisão preventiva estão dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (BRASIL, 1941).

Tratam-se de requisitos a demonstração do *periculum in mora*, isto é, fatos que alternativamente representam uma ameaça à efetividade do processo penal. Tais fundamentos se traduzem no receio de que a demora na decisão judicial cause danos de grave ou difícil reparação ao tutelado, bem como à sociedade.

O primeiro requisito para a decretação da prisão preventiva diz respeito à garantia da ordem pública. Segundo esse instituto, a prisão cautelar será decretada para impedir que o agente, solto, venha cometer novos delitos e, por isso, deve ser retirado do convívio social antes do término do processo (CAPEZ, 2013, p. 342).

Trata-se de tema bastante subjetivo, o que fornece margem a uma enorme disparidade de decisões. Nota-se uma grande amplitude conceitual desse instituto, gerando uma alta discricionariedade do juiz no momento de decretação da prisão preventiva, podendo invocar diversos fatores para justificar e fundamentar a sua decisão. Entre os fundamentos corriqueiramente utilizados pelos magistrados e trazidos, muitas vezes, pela doutrina, destacam-se a gravidade e a natureza do delito, o clamor social, a periculosidade do agente e a credibilidade da justiça em face da sociedade.

O segundo requisito para a decretação da prisão preventiva trata da garantia da ordem econômica, que é, a bem da verdade, mera repetição do fundamento garantia da ordem pública, sendo, inclusive, um fundamento tão vago quanto aquele. Entretanto, insta destacar que nos casos em que o objetivo é a garantia da ordem econômica, visa-se evitar, especificamente, ataques vultosos à ordem econômica.

O terceiro requisito abrange a conveniência da instrução criminal, isto é, “[...] visa a impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos etc.” (CAPEZ, 2013, p. 343).

O quarto ponto concerne à garantia de aplicação da lei penal. Para Nuc-ci (2013, p. 624), acostar-se a esse requisito “[...] significa assegurar a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de

punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal.” A busca pela garantia de aplicação da lei penal visa, portanto, garantir a eficácia de futura decisão, mantendo o indiciado preso, quando houver motivos suficientes para acreditar que este pretende fugir.

O último aspecto que fundamenta a decretação da prisão preventiva está previsto no parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal. Esse fundamento busca punir o agente que descumprir medida cautelar anteriormente imposta. Dessa forma, havendo o descumprimento de qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, poderá o juiz, como última alternativa, decretar a prisão preventiva.

3.4 HIPÓTESES DE CABIMENTO DO INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA

As hipóteses de cabimento da prisão preventiva tratam dos crimes aos quais esse instituto cautelar poderá ser aplicado. Tais situações estão previstas no art. 313 do Código de Processo Penal, vejamos:

- a) crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos: nesse ponto, analisa-se a pena cominada ao delito, ressaltando-se que não cabe prisão preventiva em relação a crime culposos;
- b) condenação por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I, do *caput* do artigo 64, do Código de Processo Penal: nesse caso, desde que não tenha ocorrido a prescrição da reincidência e que haja condenação do indiciado ou acusado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, caberá prisão preventiva ainda que a pena máxima cominada seja igual ou inferior a quatro anos (CAPEZ, 2013, p. 344);

- c) crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência: aqui faz-se necessário que a violência doméstica e familiar contra as pessoas supracitadas tenha sido cometida mediante crime doloso, que tenha ocorrido o descumprimento de medida protetiva porventura existente, bem como que estejam preenchidos ao menos um dos requisitos para a decretação da prisão cautelar preventiva;
- d) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la: nessa hipótese, segundo Capez (2013, p. 344), “[...] pouco importa a natureza do crime ou a quantidade de pena.” Busca-se unicamente a identificação criminal do indiciado ou acusado, de forma que, feita a identificação, o sujeito deve ser posto imediatamente em liberdade;
- e) em casos de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outra medida cautelar diversa da prisão: nesses casos, ocorrendo o descumprimento, injustificado, de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, será possível a decretação da prisão preventiva.

4 A APLICAÇÃO DO INSTITUTO PROCESSUAL DA PRISÃO PREVENTIVA AMPARADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

O homem, embora livre por natureza, é submetido a restrições à liberdade em razão de sua escolha de se inserir no convívio social. É indiscutível a relevância de um direito fundamental básico, de primeira geração, como a liberdade. Trata-se, pois, de alvedrio concedido ao homem antes mesmo do surgimento da sociedade, do Estado e do Direito.

Esse direito fundamental inerente a todo cidadão sofre restrições em razão das necessidades oriundas do pacto social. E é exatamente nesse ponto que o Direito surge para garantir as condições indispensáveis para a existência e permanência da vida em sociedade (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 2).

Sempre que um bem jurídico é ofendido, contrariando, consequentemente, uma norma de Direito, estará sendo configurado um ilícito civil ou um ilícito penal. O Direito Civil será aplicável àquele que praticou uma conduta geradora de reparação civil, como um dano que o obrigue a indenizar a vítima ou a ausência de um pagamento que o sujeite à penhora de seus bens.

Entretanto, segundo ensinamento de Mirabete e Fabbrini (2011, p. 2), muitas vezes, “[...] as sanções civis se mostram insuficientes para coibir a prática de ilícitos graves, que atingem não apenas interesses individuais, mas também bens jurídicos relevantes, em condutas profundamente lesivas à vida social.”

É aqui que surge o Direito Penal, que possui a finalidade de proteger bens jurídicos fundamentais, como a vida, a integridade física e mental, a honra, a liberdade, o patrimônio e a paz pública. Para tanto, o Direito Penal se vale das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

A pena privativa de liberdade, que se divide em pena de reclusão, detenção e prisão simples, tem como finalidade retirar o delinquente do convívio social a fim de ressocializá-lo.

Dessa forma, o cerceamento da liberdade de ir e vir, daquele cidadão que, de alguma forma, mostra-se antônimo às regras de convívio social de determinada comunidade, é o meio pelo qual o Estado se utiliza para preservar bens jurídicos e dar efetividade aos direitos garantidos constitucionalmente.

A prisão, como forma de supressão da liberdade, faz parte das sociedades desde os tempos mais remotos. Mesmo de forma primitiva, o ser humano sempre criou regras que sacrificavam uma parcela da liberdade individual em prol da coletividade. Como afirma Beccaria (2012, p. 14), em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, “[...] cada indivíduo disporia ao depósito público a mínima porção

possível de sua liberdade, suficiente apenas para induzir outros a defendê-lo. O agregado dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir.”

Nos dias atuais, a prisão caracteriza-se como instrumento a serviço do Estado, que com o intuito de privar a liberdade de locomoção do indivíduo, aplica esse instituto em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, bem como no curso de investigação ou processo.

A decretação da prisão no curso de investigação ou processo criminal caracteriza a chamada prisão sem pena ou prisão processual. Essa modalidade de prisão, expressamente após o advento da Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, é utilizada em consonância com o princípio penal e processual penal da intervenção mínima, ou seja, o cerceamento da liberdade somente ocorrerá excepcionalmente, quando não existirem outras medidas cautelares diversas da prisão cabíveis ao caso concreto, afirmando-se a ideia de sua aplicação somente em *ultima ratio*.

Independentemente do tipo penal em questão, a restrição provisória da liberdade ocorrerá a partir do binômio necessidade e adequação. Para isso, é salutar a presença dos pressupostos autorizadores da prisão cautelar, quais sejam: prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria, justificados, por sua vez, pelo *fumus boni juris* e pelo *periculum in mora*.

É o que se extrai da jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

[...] destaca-se que, para a decretação da prisão preventiva, a lei processual penal exige a reunião de, pelo menos, três requisitos: dois fixos e um variável. Os primeiros são a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. O outro pressuposto pode ser a tutela da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou a garantia da aplicação da lei penal (CPP, art. 312). (SANTA CATARINA, 2015).

Surge, aqui, uma enorme discussão doutrinária acerca da prisão preventiva. Para a decretação dessa modalidade de prisão cautelar, é necessário que esteja presente, ao menos, um dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica,

conveniência da instrução criminal, garantia de aplicação da lei penal, ou, ainda, em caso de descumprimento de quaisquer das obrigações impostas em razão de outras medidas cautelares.

O requisito da garantia da ordem pública, especificamente, é tema bastante subjetivo e controvertido doutrinariamente. Os estudiosos do assunto divergem sobre seu conceito, bem como sobre seus motivos justificadores. Não há aqui um conceito legal ou jurisprudencial de garantia da ordem pública, criando-se, ainda hoje, um cenário de instabilidade acerca da matéria, motivo pelo qual se discute a aplicabilidade dessa espécie de prisão cautelar.

A adoção dessa medida diante da garantia da ordem pública traz à baila a existência, em nosso ordenamento, de diversas lacunas originadas por conceitos jurídicos indeterminados. Esse fato, promove ensejo a questionamentos acerca da correta interpretação e aplicação do texto normativo, o que gera, conseqüentemente, um cenário de insegurança jurídica.

Sobre o tema, ensina Pacelli (2013, p. 556, grifo do autor):

Percebe-se, de imediato, que a prisão para garantia de ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social. A expressão *garantia da ordem pública*, todavia, é de difícil definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem.

Em que pese se possa conceituar a expressão ordem pública em termos de linguística, juridicamente sua interpretação é feita de forma subjetiva pelo legislador e demais operadores do direito.

Segundo entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem

jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelamento do meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social. (SANTA CATARINA, 2015).

Para Nucci (2013, p. 621-622, grifo nosso):

A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este fato for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

Já para Capez (2013, p. 342), a garantia da ordem pública possui a finalidade de “[...] impedir que o agente, solto, continue a delinquir, não se devendo aguardar o término do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social. Neste caso, a natural demora da persecução penal põe em risco a sociedade.”

Por fim, para Tourinho Filho (2011, p. 556-557), “[...] ordem pública, enfim, é a paz, a tranquilidade no meio social.”

Sob tais argumentos e conceitos se nota que a decretação da prisão com base na garantia da ordem pública se fundamenta em uma enorme subjetividade

do magistrado, bem como em uma ampla discricionariedade normativa, decorrentes da ausência de um conceito determinado para esse instituto.

Tais fatos acabam por permitir a aplicação em grande escala da prisão preventiva amparada na garantia da ordem pública. No momento de sua decretação, o magistrado fundamenta-se nos mais distintos elementos, satisfazendo, por muitas vezes, seu entendimento pessoal sobre o assunto.

Nessa sistemática, nota-se a possibilidade de aplicação da medida cautelar da prisão preventiva, amparada na garantia da ordem pública, a partir de um rol não taxativo. Isso porque não existe em lei, qualquer dispositivo legal que abarque as circunstâncias em que o Estado possui interesse de tolher a liberdade dos indivíduos, recolhendo-os ao cárcere, para garantir a ordem pública, antes mesmo da aferição da culpa.

Dessa forma, muitos são os argumentos que dão guarida à decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. Os principais argumentos são aqueles adotados em razão da gravidade do delito, natureza e circunstâncias sob as quais o crime foi cometido, clamor social, periculosidade do agente, credibilidade da justiça e, até mesmo, garantia da integridade física ao autor dos fatos.

Em qualquer das hipóteses supracitadas, a privação da liberdade, mesmo que de forma provisória, mas amparada na garantia da ordem pública, justifica-se em razão do coletivo, ou seja, visa garantir a segurança social que pode ser lesada em razão da não retirada do delinquente do convívio social antes do término do processo.

Em que pese sobre esses e inúmeros outros argumentos recaiam as críticas a essa medida cautelar, destaca-se, majoritariamente, a corrente doutrinária que defende o uso e decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública. Para essa corrente, embora o encarceramento provisório possa ferir direitos e garantias individuais, a medida fundamenta-se na necessidade de proteção da sociedade em geral (PACELLI, 2013, p. 557-558).

Insta destacar aqui, que o clamor público, ou seja, a cobrança por parte da sociedade de uma resposta imediata advinda do Poder Público em face do

cometimento de um crime não é motivo ensejador da decretação da prisão preventiva. A garantia da ordem pública não significa defender o interesse de várias pessoas, nem mesmo acalmar a sociedade abalada por um crime ou sedenta de vingança contra um indivíduo delinquente, mas, sim, proteger os bens juridicamente protegidos pelo direito penal.

A garantia da ordem pública é, em verdade, a necessidade de uma resposta à sociedade diante da ocorrência de um crime praticado com violência anormal ao tipo penal, contra pessoas indefesas ou, ainda, com requintes de crueldade, frieza e dissimulação.

Ademais, é assente que eventuais bons antecedentes do réu ou indiciado não são suficientes para obstar a segregação cautelar. Uma vez preenchidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal as condições subjetivas que possam eventualmente beneficiar o indivíduo não impedem a decretação da medida cautelar da prisão preventiva.

Para o Superior Tribunal de Justiça: “[...] condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, por si só, revogar a prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia antecipada, como ocorre *in casu*.” (BRASIL, 2013 apud SANTA CATARINA, 2015).

Nota-se, portanto, a enorme afetação da ordem pública à credibilidade do judiciário que não deve se deixar contaminar por sensacionalismos e manipulações midiáticas. Sobre o tema, ensina Nucci (2013, p. 622):

Note-se, ainda, que a afetação da ordem pública constitui importante ponto para a própria credibilidade do Judiciário, como vêm decidindo os tribunais pátrios. Apura-se o abalo à ordem pública também, mas não somente, pela divulgação que o delito alcança nos meios de comunicação – escrito ou falado. Não se trata de dar crédito único ao sensacionalismo de certos órgãos da imprensa, interessados em vender jornais, revistas ou chamar audiência para seus programas, mas não é menos correto afirmar que o juiz, como outra pessoa qualquer, toma conhecimento dos fatos do dia a dia acompanhando as notícias veiculadas pelos órgãos de comunicação. Por isso, é preciso apenas bom senso para distinguir quando há estardalhaço indevido sobre um determinado crime, inexistindo abalo real à ordem pública, da situação de di-

vulgação real da intranquilidade da população, após o cometimento de grave infração penal.

Capez (2013, p. 342-343) ainda acrescenta:

O clamor popular não autoriza, por si só, a custódia cautelar. Sem *periculum in mora* não há prisão preventiva. O clamor popular nada mais é do que uma alteração emocional coletiva provocada pela repercussão de um crime. Sob tal pálio, muita injustiça pode ser feita, até linchamentos (físicos ou morais). Por essa razão, a gravidade da imputação, isto é, a brutalidade de um delito que provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, não pode por si só justificar a prisão preventiva. Garantir a prisão preventiva significa impedir novos crimes durante o processo.

É nítida, portanto, a preocupação doutrinária e jurisprudencial sobre a correta aplicação do instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. Em que pese a ausência de norma regulamentadora e definidora do que é garantia da ordem pública, bem como sobre quais são os seus requisitos e motivos justificadores, nota-se que em regra a prisão cautelar com fundamento na garantia da ordem pública é legítima quando evidenciada a necessidade de cessar atuação de determinado agente ou organização criminosa, quando houver receio de reiteração delitiva e nos casos em que puder ser aferida a periculosidade do agente em face da forma como praticou o crime.

Sob tais argumentos, nota-se a possibilidade de decretação da medida cautelar da prisão preventiva em casos não taxativamente previstos em lei. A legislação pátria permite que a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública seja decretada em qualquer circunstância, das quais se destacam as já esplanadas anteriormente, desde que se mostre imprescindível aos interesses do Estado e da sociedade.

Dessa forma, embora existente um posicionamento doutrinário fundado na alegação de que o termo garantia da ordem pública é juridicamente indeterminado, é majoritária a corrente que entende que esse instituto é fundamental para o bom andamento da segurança e da paz social, uma vez que, embora

restringa direitos individuais fundamentais garantidos pela própria Constituição Federal, aplica-se somente aquele que viola as normas básicas de convívio social. Portanto, a supremacia do interesse coletivo em face da garantia da liberdade individual deve prevalecer.

5 CONCLUSÃO

A prisão preventiva é espécie de prisão processual caracterizada como um instrumento a serviço do Estado que, com o intuito de garantir a efetividade do processo, pode determiná-la sempre que preenchidos os dois requisitos fixos necessários à sua decretação, quais sejam: materialidade e indícios suficientes de autoria, bem como pelo menos um dos requisitos variáveis imprescindíveis para sua aplicabilidade, dos quais podemos citar a garantia da ordem pública e da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal ou, então, em razão do descumprimento de qualquer outra medida cautelar anteriormente imposta.

Dessa feita, pôde-se perceber ao longo deste estudo que a prisão preventiva se apresenta como a *ultima ratio* do Estado em matéria de prisão processual, especialmente, quando essa medida cautelar for decretada em razão da garantia da ordem pública.

Quando esse instituto processual é amparado no requisito de garantia da ordem pública, nota-se o surgimento de críticas doutrinárias, jurisprudenciais e, até mesmo, sociais acerca da sua (in)constitucionalidade, uma vez que impor a prisão preventiva a um indivíduo significa lhe tolher provisoriamente, a liberdade, mesmo antes da aferição de sua culpa.

Contudo, ainda que existentes críticas e divergências acerca do tema, essa medida cautelar mostra-se plenamente cabível ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que é por meio dela que se torna possível a tutela e supremacia de direitos de cunho coletivo.

Com o presente estudo, foi possível realizar uma análise crítica acerca da prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública, diante das severas críticas doutrinárias que recaem sobre esse instituto em razão da ausência de conceituação linguística, bem como em decorrência da inexistência de uma norma jurídica definidora desse requisito, especialmente, após o advento da Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011.

Pode-se concluir, entretanto, que a prisão preventiva amparada na garantia da ordem pública é aceita pela corrente majoritária da doutrina e também pela jurisprudência dos tribunais como uma medida necessária. Nos casos em que a gravidade do delito, as circunstâncias do fato, os antecedentes e a periculosidade do agente indicarem que a paz social foi abalada, essa medida mostrar-se-á necessária e imprescindível.

Em que pese essas hipóteses autorizadoras aparentem a legitimidade e a legalidade da medida, é absolutamente necessário que o magistrado tenha a sensibilidade de analisar cada caso concreto, individualizando a conduta do indiciado ou acusado e decretando sua segregação cautelar somente quando realmente necessária.

A supremacia dos direitos coletivos em face dos direitos individuais deve, sempre, ser ponderada. A criteriosidade do magistrado e demais operadores do direito será determinante para a efetividade e a credibilidade da justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. Anotações sobre a Lei n. 12.403/2011. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 14, n. 81, p. 9-35, set. 2013.

BECCARIA, Cessare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 ago. 2014.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 ago. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 dez. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 09 ago. 2014.

BRASIL. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 dez. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 04 maio 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. rev., atual e ampl. Niterói: Impetus, 2013.

GARCIA, Wander (Coord.). *Super-Revisão para OAB*. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2015.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Aplicação das medidas cautelares penais. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 14, n. 81, p. 36-52, set. 2013.

JESUS, Damásio E. de. *Código de processo penal anotado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões cautelares: Lei n. 12.403/2011*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 25. ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal, apresentações esquemáticas da matéria*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 2856046/PR*. Relator: Eduardo Fagundes. Órgão Julgador: Quinta Câmara Criminal. Julgamento em 17 fev. 2005. *Diário da Justiça Eletrônico*, 11 mar. 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 21. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 2015.052851-1*, Relator: Des. Rodrigo Collaço. Julgamento em 10 set. 2015. Florianópolis, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUICÍDIO ASSISTIDO: A NORMATIZAÇÃO DO SUICÍDIO ASSISTIDO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ALTERNATIVA À MORTE DIGNA

Josiani Tessari*
Rafaella Zanatta Caon Kravetz**

Resumo: O suicídio assistido é uma técnica de autoextermínio, que ocorre mediante a utilização de medicamentos letais, devidamente prescritos por médico ou por meio do desligamento dos aparelhos responsáveis pela manutenção da vida do indivíduo. O próprio paciente é quem aciona os mecanismos que determinam sua morte, seja administrando as drogas letais prescritas pelo médico, seja desligando os aparelhos que o mantêm vivo. No presente trabalho tem-se por objetivo delimitar a existência do suicídio assistido, seu contexto histórico, conceituando a morte, a longevidade, o suicídio e, finalmente, o suicídio assistido e sua incidência no direito brasileiro, tendo como paradigma o direito estrangeiro. Os princípios e direitos constitucionais diretamente relacionados ao suicídio assistido também serão objeto de estudo, quais sejam, o direito à vida, à dignidade e, principalmente, à autonomia da vontade. A busca pela normatização do suicídio assistido contará com a análise da aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de permitir ao paciente uma morte com dignidade. A pesquisa teve aporte doutrinário, análise de legislação vigente e relato de casos reais de suicídio assistido.

Palavras-chave: Suicídio assistido. Direito à vida. Direito à dignidade humana. Princípio da proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A utilização de meios que majoram a expectativa de vida das pessoas tem aumentado sobremaneira, nas últimas décadas, considerando-se os avanços

* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; josiani.tessari@hotmail.com

** Mestra em Direitos Fundamentais pelo Programa de Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Criminal pelo Centro Universitário Curitiba; Professora de Direito Penal, Direitos Humanos e Democracia, Tópicos Especiais sobre Direito, Justiça e Multiculturalismo na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada especialista em Direito Criminal; rafaella.caon@unoesc.edu.br

nas técnicas relacionadas à cura e prevenção de doenças, minimizando consideravelmente o “problema morte”.

A verdade é que toda a aparente solução pode trazer consigo um novo problema. O direito à vida passou a ser indiscutível, porém o direito de não permanecer vivo, sob determinadas condições, foi mitigado.

O suicídio assistido é o meio utilizado por aqueles que buscam evitar o prolongamento do sofrimento de uma sobrevida. A técnica consiste na administração, por aquele que deseja morrer, de doses altas de medicamentos letais, receitados por médico.

Porém, no Brasil, tal prática, apesar de não incriminar aquele que desejou e concretizou sua própria morte, criminaliza a conduta do médico que auxiliou, instigou ou induziu seu paciente à prática, ou, ainda, sua conduta pode ser tipificada no ordenamento jurídico, dependendo do “*modus operandi*”, como homicídio privilegiado pelo relevante valor moral da compaixão pelo sofrimento.

O problema de pesquisa consistiu em descobrir se há legislação atinente ao suicídio assistido no Brasil e analisar como ela trata aqueles que desejam escolher o momento de sua morte, no que diz respeito à violação do princípio da dignidade humana.

Assim, os objetivos foram delimitados havendo a análise da normatização do suicídio assistido e a utilização do princípio da proporcionalidade como alternativa à morte digna do paciente, que também não criminalize a conduta daqueles que apenas respeitaram sua vontade.

É necessário estabelecer uma lógica de raciocínio, primeiramente, conceituando o tema, analisando seu contexto histórico no Brasil, vislumbrando qual a concepção da sociedade na contemporaneidade em relação à morte, à longevidade conquistada pelas novas descobertas da medicina, sobre o suicídio e o suicídio assistido propriamente dito.

A experiência estrangeira também será objeto de apreciação. Por meio do direito comparado é possível identificar a adoção do suicídio assistido em ordenamentos semelhantes ao ordenamento jurídico brasileiro e entender sua viabilidade.

Por se tratar de um Estado pautado em princípios e direitos fundamentais, aqueles atinentes ao suicídio assistido receberam atenção especial, iniciando-se pelo direito à vida, passando pela dignidade humana e, por fim, a autonomia da vontade.

O Conselho Federal de Medicina saiu na frente, emitindo a Resolução relacionada ao tema, buscando eximir os médicos de possível criminalização por respeitar a vontade de seus pacientes. No entanto, trata-se de norma que vincula somente o campo médico e não descriminaliza o tipo penal incriminador.

Busca-se o direito como ferramenta mais adequada à resolução de tal impasse. A decisão sobre o direito de morrer ou não deve ser individual, ninguém poderá dizer melhor de seus desejos e impressões sobre a situação do que aquele que vive de fato os percalços trazidos pelo estado terminal de vida.

2 SUICÍDIO ASSISTIDO

A evolução nas pesquisas e no desenvolvimento de tratamentos na cura e prevenção de doenças que antes levavam à morte imediata permitiu ampliar a visão humana sobre a morte. O aumento na expectativa de vida tem gerado preocupação com a longevidade das pessoas no sentido de compreender que não basta apenas viver mais, mas viver bem e dignamente.

As novas técnicas descobertas pela medicina, muitas vezes, têm obrigado as pessoas a continuar vivendo sem dignidade ou qualquer expectativa. Assim, a morte parece se afigurar como a melhor alternativa para o fim do sofrimento.

Em muitos países, é possível observar que a conduta da pessoa que induz, instiga ou auxilia seu paciente (ainda que pautado em sua vontade) a praticar o suicídio será criminalmente processada. De igual forma, poderá incorrer em crime aquele que de modo comissivo contribui para a morte de alguém desligando máquinas ou deixando de ministrar medicamentos essenciais à vida humana. De outro lado, algumas nações têm admitido a prática da interrupção artificial da vida.

2.1 CONCEITOS ESSENCIAIS PARA COMPREENSÃO DO SUICÍDIO

Para compreender o destaque conferido ao longo do mundo em relação às questões pertinentes ao direito à morte digna, no entanto, é necessário avaliar a concepção de morte e a longevidade que, inevitavelmente, são pontos de discussão nas mais altas esferas científicas, para somente depois ingressar nos conceitos de suicídio e suicídio assistido.

2.1.1 Morte

Os avanços da medicina – principalmente no que se refere aos tratamentos de pacientes em estado de terminalidade de vida, acometidos por doenças terminais e moléstias incuráveis – vêm contribuindo para o prolongamento da vida do ser humano.

O significado etimológico da morte é, no entendimento de Cunha (1999, p. 534): “[...] fim da vida, falecimento, termo, destruição. Do latim *mors mortis* [...]” Ainda, colhendo o significado da palavra morte, de acordo com Ferreira (2010, p. 1428): “Do Latim Morte. Ato de morrer; o fim da vida animal ou vegetal; destruição, ruína; grande dor; pesar profundo [...]”

Batista e Schramm (2004, p. 36) afirmam que “[...] falecer significa despedir-se, deixar de fazer parte deste único mundo conhecido – ameaçador, aniquilador, nadificador, afastar-se do convívio de pessoas queridas. Morrer causaria temor: é o desconhecido que está por vir.”

Na medicina, segundo Batista e Schramm (2004, p. 36, grifo do autor), para cada tipo de morte existe uma conceituação específica, quais sejam:

- 1) *a morte clínica*, caracterizada por parada cardíaca (com ausência de pulso), respiratória e midríase parálitica (que surge cerca de 30 segundos após a suspensão dos batimentos cardíacos), podendo ser *reversível*, desde que sejam implementadas adequadas medidas de reanimação;
- 2) *a morte biológica*, que surge como uma progressão da morte clínica, diferindo desta por seu caráter irreversível [...] ca-

racteriza-se por “destruição” celular em todo o organismo, o que habitualmente se desenrola ao longo de 24 horas [...];
 4) a *morte encefálica*, que é compreendida como um sinônimo para a morte biológica [...] situação em que todos os comandos da vida se interrompem, tornando impossível a manutenção da homeostasia corpórea [...];
 5) a *morte cerebral* que não deve ser confundida com morte encefálica [...] nos casos de *morte cerebral* perde-se a *consciência* da respiração, a qual permanece funcionando de forma “automática”; se há *morte encefálica* o centro respiratório se torna danificado de forma irreversível, com a “vida” podendo ser mantida apenas com o emprego de instrumental tecnocientífico;
 6) a *morte jurídica*, estipulando-se, no artigo 10 do Código Civil, que a morte termina a existência da pessoa natural [...]

Atualmente, em virtude dos avanços na medicina, no que se refere às técnicas médicas, defendem Batista e Schramm (2004, p. 37) haver: “[...] uma nítida *fluidéz* no conceito de morte.” O transpasse, que até o início do século XX era caracterizado pela cessação dos batimentos cardíacos, a chamada morte clínica, atualmente, passou a considerar a irreversibilidade de uma parada cardíaca, após reanimação, ou a morte encefálica como conceitos de óbito.

Conforme se encontra na Biblioteca Virtual do Ministério da Saúde (BRASIL, 2008), a Associação Brasileira de Transplante de Órgãos conceitua morte encefálica como: “[...] a definição legal de morte. É a completa e irreversível parada de todas as funções do cérebro. Isto significa que, como resultado de severa agressão ou ferimento grave no cérebro, o sangue que vem do corpo e supre o cérebro é bloqueado e o cérebro morre.”

Assim, o ordenamento jurídico passou a reconhecer a morte encefálica como a cessação irreversível das funções do tronco encefálico, no qual estão as estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos, como a pressão arterial e a função respiratória (ESTEVES, 2005, p. 92).

2.1.2 Longevidade

Diante do distanciamento cada vez mais acentuado da morte precoce, a longevidade tem sido um tema comentado e estudado com mais frequência

nas últimas décadas. Para Lehr (1999, p. 27 apud PORTELLA; BETTINELLI, 2014, p. 102), pertencemos a “[...] uma sociedade em estado de envelhecimento.”

De acordo com Carvalho e Garcia (2003, p. 726):

Longevidade refere-se ao número de anos vividos por um indivíduo ou ao número de anos que, em média, as pessoas de uma mesma geração ou coorte viverão, definindo-se como geração ou coorte o conjunto de recém-nascidos em um mesmo momento ou mesmo intervalo de tempo.

Realizando um retrospecto histórico e baseando-se no crescimento populacional da humanidade, Veras (2003, p. 706) preceitua que

[...] a espécie humana necessitou de milhões de anos para atingir um bilhão de pessoas, o que teria ocorrido provavelmente em 1830. Em 1927 este número dobrou. Em 1960, a população mundial chegou aos três bilhões de habitantes. De lá para cá, esse incremento populacional experimentou substancial aceleração. Em 14 anos a marca dos quatro bilhões foi atingida, o quinto bilhão veio em 1987 e, 12 anos depois, em 1999, alcançamos o sexto bilhão. Paralelamente ao aumento populacional, estendeu-se a longevidade humana a limites antes impensados.

Em análise do processo de envelhecimento em operação no Brasil, por meio de um ângulo puramente demográfico, Carvalho e Garcia (2003, p. 731) também defendem que sua motivação aconteceu graças ao rápido e sustentado declínio da fecundidade, acrescentam que se porventura no futuro próximo houver avanços nesse declínio, ocorrerá aceleração no processo.

Para Andrews (2000 apud MARUCCI; MERCURIO, 2005, p. 576):

O crescimento da população de idosos, tanto em números absolutos quanto em números relativos, é um fenômeno mundial e está ocorrendo de forma acentuada, em nível sem precedentes. Enquanto, em 1950, o mundo contava com cerca de 204 milhões de idosos, as projeções indicam que, em 2050, a população idosa será de 1.900 bilhão de pessoas.

Atualmente, no Brasil, é visível esse envelhecimento populacional. O Instituto de Geografia e Estatística (IBGE), órgão responsável pela apuração de

dados relacionados à população e economia do Brasil, divulgou, em dezembro de 2013, que a expectativa de vida do brasileiro passou dos 74,1 anos em 2011 para 74,6 anos em 2012, ou seja, obteve um aumento de cinco meses e doze dias (IBGE, 2013).

Segundo Paschoal (2005, p. 609), as possibilidades de se atingir os 80 anos aumentaram consideravelmente e 100 anos tornou-se uma idade atingível. Ocorre que tamanha longevidade passou a ter implicações para a qualidade de vida do indivíduo. Coletando ensinamento do autor: “A maioria dos indivíduos deseja viver cada vez mais, porém a experiência do envelhecimento (a própria e a dos outros) está trazendo angústias e decepções, pelo menos em nosso país.”

Viver e escolher em que condições deseja morrer. Ser capaz de mensurar o que é na realidade vida digna e respeitosa e, mais do que isso, em determinada situação, escolher a morte. É nesse contexto que será apresentado o suicídio e suas características.

2.2 SUICÍDIO

Desde os tempos mais remotos da humanidade, quando se esbarra com um caso de suicídio, é possível que as pessoas se perguntem sobre essa capacidade individual de “ceifar a própria vida”.

Extraindo entendimento de Corrêa e Barrero (2006, p. 3, grifo do autor): “O vocábulo ‘suicídio’ [...] seria derivado do latim a partir das palavras *sui* (si mesmo) e *caedes* (ação de matar) do verbo (*caedo, is, cediti, caesum, caedere*).”

Segundo Durkheim (1996, p. 11): “[...] há suicídio quando a vítima, no momento em que comete o acto que deve pôr fim aos seus dias, sabe com toda a certeza o que normalmente daí deve resultar.”

Beauchamp e Childress (2002, p. 90, grifo nosso) apresentam uma definição bem específica do tema. Para eles, “[...] o *suicídio* é a realização de um ato que ocasiona a própria morte para o agente, havendo primeiramente uma *intencionalidade* de se causar a própria morte.” Assim, além da intenção de morrer

emanada do agente, é preciso que ele creia que seu ato resultará na sua própria morte e que ela ocorrerá conforme o plano previamente estabelecido por ele.

Ademais, no que se refere à definição de suicídio, Corrêa e Barrero (2006, p. 30, grifo do autor) preceituam que:

[...] os pontos centrais na definição do suicídio são a *intenção* de morrer, o uso de um *método* que o indivíduo acredita resultar em morte. É a intenção que vai definir se um ato teve como objetivo procurar a morte ou um outro objetivo qualquer, independentemente das consequências advindas desse ato.

Existem teorias desenvolvidas pelas ciências sociais que se preocupam em explicar os motivos que levam o indivíduo a se suicidar. Três delas aparentam ser as mais coerentes e explicativas. São elas: a Teoria Psiquiátrica, a Teoria Sociológica e as Teorias Psicológicas.

De acordo com Corrêa e Barrero (2006, p. 38), a Teoria Psiquiátrica do suicídio foi desenvolvida por Esquirol, por intermédio de sua obra *Les Monomanies*, no ano 1927. No seu entendimento o ser humano somente atenta contra sua própria vida quando estiver em estágio de delírio profundo, afirmando que os suicidas são alienados e que, por isso, trata-se de ato involuntário que não deveria ser punido por lei.

A Teoria Sociológica do suicídio teve como precursor Émile Durkeim e surgiu no final do século XIX. De acordo com sua concepção, “[...] não são os indivíduos que se suicidam, mas a sociedade através deles”, postulando que o número de suicídios de cada sociedade é determinado pelo nível de integração e pelas regulamentações existentes nela (CORRÊA; BARRERO, 2006, p. 39).

Embora o suicídio não seja objeto de criminalização pela maioria dos países, o suicídio assistido, ou seja, o auxílio de um terceiro para causar a morte de outrem, costuma ser objeto de punição na maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil.

Por fim, é preciso entender o que é o suicídio assistido e qual sua ligação com o direito discutido na atualidade.

2.3 SUICÍDIO ASSISTIDO

Apesar de polêmico, o Suicídio Assistido é um tema pouco conhecido na sociedade atual. São esporádicos os relatos de pessoas que, em determinada situação, escolhem retirar sua própria vida, por meio dessa modalidade nova e ainda pouco explorada.

Para entender tal assunto, é necessário conceituá-lo. Segundo Araújo (2013, p. 17), o suicídio assistido é a [...] “possibilidade de o médico poder prescrever ao paciente uma substância que, administrada pelo próprio paciente, e não pelo médico ou qualquer outra pessoa, induzirá à sua morte.”

Com o objetivo de esclarecer melhor o tema, Oliveira (2012, p. 167) realizou um comparativo entre o suicídio assistido e a eutanásia, argumentando que:

O suicídio medicamente assistido é o ato em que um paciente solicita ajuda médica para realizar o ato. Isto se diferencia da eutanásia pelo fato que quem realiza o ato final que ocasiona a morte é o próprio agente, enquanto que na eutanásia ativa voluntária o agente causador da morte é outra pessoa. O que diferencia estes dois atos é precisamente quem age por último na ação que ocasiona a morte do paciente.

Assim, resta evidente que a principal diferenciação entre suicídio assistido e eutanásia está no seu “*modus operandi*”, ou seja, no suicídio assistido o próprio paciente que aciona os mecanismos determinantes de sua morte, seja por meio do desligamento de aparelhos que o mantém vivo, ou pelo uso de drogas letais.

O suicídio assistido não é assunto tão recente, como imaginado pela maioria das pessoas. De tal maneira que, conforme Corrêa e Barrero (2006, p. 8), a partir dos anos 1980, mais precisamente durante o século XX, iniciaram organizações que disseminam o suicídio assistido em diversos países do mundo, como Inglaterra, França, Holanda, Itália, Canadá, Alemanha, Dinamarca, Estados Unidos, entre outros.

No entanto, segundo Cajazeiras (2010), somente a partir da década de 1990 que houve a incorporação do termo suicídio assistido à temática do “direito

de morrer”, já defendidas pelas organizações espalhadas pelo mundo. As ações do médico patologista norte-americano Dr. Jack, conhecido como “Dr. Morte”, foram decisivas a esse respeito.

Os Estados Unidos apresentam importante evolução na seara do suicídio assistido, regulamentando a prática por intermédio de norma descriminalizadora. Desse modo, aduz Goldim (2005b) que: “Desde 1997 o estado norte-americano de Oregon tem uma Lei vigente que possibilita aos seus residentes solicitarem o auxílio para se suicidarem.”

Na Suíça se aceita o suicídio assistido conforme o desejo do indivíduo, dispensando o auxílio médico e a necessidade que o paciente esteja em estado terminal. De acordo com Corrêa e Barrero (2006, p. 9), existe uma associação chamada Dignitas, que presta serviços àqueles que desejam morrer de forma indolor e sem sofrimento. Essa prática tem instituído o chamado turismo do suicídio, que leva pessoas da Alemanha, da Holanda e da Bélgica para a Suíça para serem ajudados a morrer.

Destarte, no Brasil não há regra que criminalize o suicídio assistido, mas não há brecha para que essa prática seja aceita juridicamente, pois além da previsão constitucional do direito à vida, como princípio fundamental, o Código Penal prescreve, em seu artigo 122, punição ao induzimento ao suicídio e o artigo 121, § 1º apresenta a figura do homicídio privilegiado motivado pelo sofrimento da vítima, considerado como motivo de relevante valor moral (BRASIL, 1940).

Quanto à prática em território nacional, há uma barreira legal que impede a ocorrência do suicídio assistido, ou seja, o médico está impedido de efetuar procedimento ou informar ao paciente algum tipo de substância que induza à sua morte (ARAÚJO, 2013, p. 17).

Desse modo, buscando entender a diferença de orientações jurídicas é preciso estudar seu contexto histórico e jurídico no Brasil e no direito comparado.

2.4 CONTEXTO HISTÓRICO DO SUICÍDIO ASSISTIDO NO BRASIL

O suicídio não é punido na maior parte dos países. No entanto, conforme já explanado, a morte de uma pessoa com o auxílio de outra, o denominado suicídio assistido, pode ser objeto de punição na maior parte dos ordenamentos jurídicos, tornando imperiosa a compreensão do contexto histórico e jurídico no Brasil e o direito comparado.

Para Paulino (2006, p. 209), morte natural é “[...] aquela que acontece em função da própria idade já avançada em anos e/ou como consequência final de uma doença que evolui de modo a consumir a vida.” E, por morte violenta: “[...] aquela que se originou de acidente [...] homicídio [...] ou suicídio [...]”

Desse modo, sendo o suicídio definido na disciplina jurídica como morte violenta, o corpo da vítima deverá ser encaminhado ao Instituto Médico Legal (IML) para a elaboração do laudo cadavérico, que fará parte de um Inquérito Policial, para a instrução da investigação policial.

Reconhecida pelo Estado a prática suicida, ou uma tentativa, ninguém será punido. Conforme Paulino (2006, p. 211): “[...] o Código Penal não enquadrrou o suicídio como crime, isto é, suicidar não é crime; tentar o suicídio, mesmo que não ocorra a morte, também não é crime. [...] a disciplina jurídica tem considerado suicídio como parte de uma doença grave e, então, exclui a possibilidade de crime.”

No entanto, havendo comprovado induzimento, instigação ou auxílio de terceiro, tal conduta é tipificada no Código Penal Brasileiro, no artigo 122, ditando que quem induzir ou instigar alguém a se suicidar, ou ,ainda, prestar-lhe auxílio pra que o faça terá como pena de dois a seis anos de reclusão se o ato for consumado, ou de um a três anos, caso a tentativa resulte de lesões de natureza grave (BRASIL, 1940).

Ainda, o parágrafo único do mencionado dispositivo indica os casos em que a pena é duplicada:

Parágrafo único - A pena é duplicada:
Aumento de pena
I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. (BRASIL, 1940).

No entendimento de Paulino (2006, p. 211):

[...] são severas as penas de quem induz, instiga ou auxilia o suicídio. Quem induz, incita, aguça compele à prática, cria a ideia; quem instiga, estimula uma ideia já presente na pessoa; quem auxilia, ajuda conferindo os meios materiais para que o ato seja praticado. O objetivo de um artigo prevendo estas circunstâncias como crime é exatamente preservar a vida humana. Qualquer que atue de modo a induzir ou auxiliar o suicídio, estando em suas faculdades mentais normais, pode atuar como “sujeito passivo”, ou seja, pode ser autor deste crime.

A participação no delito trazido pelo artigo 122 do Código Penal pode ser de natureza moral ou material. Aquela de natureza moral se encontra nos verbos induzir e instigar; quando o agente induz, cria, persuade, promove a ideia na mente daquele que deseja ceifar a própria vida, e instiga ao estimular, reforçar, encorajar a “mente suicida” a efetivar aquela conduta que desejava cometer. De outro norte, a participação material ocorre com o auxílio efetivo, promovendo-lhe os meios de tirar sua própria vida (NUNES, 2008).

O autor do delito será levado a julgamento perante o Tribunal do Júri, sempre que da conduta tiver ocorrido morte ou lesão corporal grave. No entanto, salienta Paulino (2006, p. 211):

[...] tecnicamente o crime do artigo 122 [...] não é punido quando houver como resultado apenas lesões leves ou quando não houve nem a morte, nem a lesão. Também não haverá crime se o induzimento, a instigação ou auxílio ao suicídio foi apenas “tentado”.

Destarte, é preciso conhecer como, ao longo dos tempos, essa prática tem sido conhecida em nível mundial e como o direito tem se comportado diante dos povos e das variadas culturas apresentadas.

2.5 HISTÓRICO DO SUICÍDIO ASSISTIDO NO DIREITO COMPARADO

O suicídio não é punido na maior parte dos países. No entanto, conforme já se explanado a morte de uma pessoa com o auxílio de outra, o denominado suicídio assistido, costuma ser objeto de punição na maior parte dos ordenamentos jurídicos. Assim, é necessário entender o contexto histórico e jurídico no direito comparado.

Primeiramente, é preciso falar dos Estados Unidos, país que conta com significativos avanços na legalização dessa prática. Naquela confederação, cada estado americano tem autonomia para proibir ou permitir determinadas condutas penais. Assim, interessam para o presente trabalho os três Estados que autorizaram a prática de suicídio ou morte assistida.

No ano 1997, o Estado de Oregon foi o pioneiro norte-americano em aprovar uma lei, mediante referendo popular, com base no chamado *Death with Dignity Act*, capaz de permitir que os médicos receitem medicamentos letais aos pacientes em estado terminal, psicologicamente lúcidos, que manifestarem sua intenção de abreviar a vida, e que essa condição seja diagnosticada por dois médicos (MOLINARI, 2013, grifo do autor).

Em 1992, no Estado da Califórnia, os californianos rejeitaram um projeto de lei, por meio de consulta popular, que declarava o direito de optar pela eliminação da dor, sofrimento e de morrer com dignidade, no tempo e lugar escolhidos pelo indivíduo, ao se deparar com doença terminal, de morte inevitável, diagnosticada por dois médicos que assinariam a “diretriz” do paciente (DWORKIN, 2009, p. 253).

O Estado de Washington, em 2008, também, mediante referendo popular, legalizou a prática da morte assistida em solo americano. A lei preceitua que o paciente seja maior, e com suas faculdades mentais plenas, além disso, sua expectativa de vida deve ser menor que seis meses (MOLINARI, 2013).

Segundo Dworkin (2009, p. 254), a maioria dos países europeus não contempla, em seu direito atual, disposições legislativas que viabilizem legalmen-

te os testamentos de vida ou as procurações para a tomada de decisões em questões médicas.

Extraindo o entendimento de Santos (2011, p. 27): “Os holandeses foram os primeiros, na Europa, a reconhecer o direito à eutanásia e a alterar, ao mesmo tempo, o seu código penal.” Além da Holanda, outros três países importantes que compõem o referido continente têm autorizado essa prática: Suíça, Bélgica e Luxemburgo. Esses países, conforme Pinheiro (2013): “[...] autorizam profissionais de saúde a auxiliar uma pessoa a se matar. Mesmo nesses lugares, o direito à assistência não é absoluto e depende de uma série de pré-requisitos.”

A descriminalização do suicídio assistido nos Estados Unidos, na Grã-Bretanha e em alguns dos países ocidentais, além do poder cada vez maior das novas tecnologias médicas, potencializou o interesse das pessoas em controlar o momento e a maneira que pretendem morrer (DWORKIN, 2009, p. 257).

Nas palavras de Pinheiro (2013):

É na Suíça onde fica a clínica Dignitas, aonde os europeus vão quando escolhem morrer e querem ter uma morte digna. Mas a clínica não aceita qualquer paciente. Apenas aqueles com uma doença em estado terminal, com sequelas graves e incuráveis ou que estão sofrendo grande dor podem se internar lá. Só a esses é oferecido suicídio assistido.

A Dignitas conta com 2 mil associados, é mantida com uma taxa anual de 36 francos suíços (R\$ 90,00) e eventuais doações. O trabalho é prestado por seis voluntários que já auxiliaram cerca de 140 suicídios, desde a sua fundação por Ludwig Minelli (PINHEIRO, 2013).

A Associação Exit é voltada, exclusivamente, para os cidadãos Suíços ou estrangeiros residentes no país; desse modo, possui critérios mais rígidos (PINHEIRO, 2013).

Diante disso, é necessário ingressar nos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente previstos que permitem a tímida admissão do suicídio assistido no ordenamento jurídico brasileiro, baseados no caso concreto, até a edição de norma específica.

3 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS ATINENTES AO SUICÍDIO ASSISTIDO

Em um Estado Democrático de Direitos, pautado em uma Constituição Federal iminentemente principiológica, é impossível realizar a análise de qualquer tema e possibilidade de sua implantação no meio jurídico sem se basear nos princípios constitucionais existentes.

O direito ampara a vida, entendida desde a sua concepção, a qual deve ser vivida com dignidade pautar no direito à autonomia da vontade do indivíduo. Contudo, havendo colisão desses direitos, entendidos constitucionalmente como princípios, o princípio da proporcionalidade se encarrega de realizar o equilíbrio.

3.1 DIREITO À VIDA

A vida entendida desde o momento da concepção é um bem jurídico tutelado com rigor pelo ordenamento jurídico brasileiro. Toda essa preocupação com o direito à vida decorre também da evolução médica no sentido de prorrogá-la ou adiantar a morte do indivíduo.

Com os avanços na medicina e técnica médica o ser humano ficou cercado por desafios antes impensados. Os últimos anos foram marcantes nesse aspecto. Todo esse processo fez com que a responsabilidade do ser humano sobre seu próprio futuro também aumentasse, já que situações atribuídas à casualidade, à natureza, ao fado, à vontade Divina passaram a receber intromissão direta da ação humana (PESSINI, 2006, p. 32).

Considerando a devida importância do direito à vida, Delgado (2014) argumenta:

O direito à vida é o mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico. Mais do que essencial, é um direito “essencialíssimo”, porque dele dependem todos os outros direitos, razão pela qual a sua proteção se dá em todos os

planos do ordenamento: no direito civil, penal, constitucional, internacional etc.

A Constituição Federal de 1988 estabelece no *caput* do artigo 5º que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida* [...]” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O direito à vida é proclamado pela Constituição Federal, cabendo ao Estado protegê-lo e efetivá-lo. Ocorre que esse direito possui dupla acepção, tendo, portanto, todo o indivíduo o direito de se manter vivo, desde que sua subsistência seja digna (DINIZ, 2002, p. 185).

Apesar da proteção prevista na Constituição, há uma visão diversa do direito à vida, visto até aqui como direito absoluto. A Constituição contempla um direito à vida que precisa ser compreendido por meio de uma visão global, interpretando-o corroborado com outros valores superiores, como a dignidade da pessoa humana, alcançando a categoria de princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Assim, ninguém pode ser desprovido de sua própria vida, porém não há um dever absoluto e incondicional de permanecer vivo, contra sua própria vontade (XAVIER, 2007).

A Carta Magna, no artigo 1º, inciso III, apresenta uma íntima ligação entre o direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana. Tal situação permitiu integrar todos os direitos fundamentais. O direito à vida passou a ser considerado valor não absoluto, mas fundamental, ao ser incluído no ordenamento jurídico, permitindo que a Constituição enfatizasse o respeito à dignidade humana (FERNANDES, 2014).

Oliveira (2012) defende que o direito à vida é um direito e, portanto, não pode ser considerado um dever. Sua interpretação deve receber amparo constitucional, porque tal bem jurídico somente tem validade caso esteja calçado em outros valores fundamentais, entre os quais a dignidade da pessoa humana.

Isso posto, resta claro que o direito à vida deve ser analisado dentro do ordenamento jurídico, sob a égide dos princípios de interpretação constitucional,

respeitando a existência dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o direito à integridade física e psíquica e a vedação de tratamentos desumanos e degradantes (RIBAS, [20--]).

3.2 DIREITO À DIGNIDADE HUMANA

A dignidade da pessoa humana recebeu uma nova concepção com a promulgação da Constituição de 1988. Sua inclusão, pelo constituinte, na Carta Magna, permitiu grandes avanços na perspectiva dos direitos de personalidade.

A Carta Magna reproduz em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Desse modo, a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana em valor supremo da ordem jurídica permitiu maior discussão sobre o tema no meio doutrinário e jurisprudencial, principalmente, quando há colisão desta com outros direitos fundamentais.

A dignidade deve ser vista como direito constitucional derivado, implicitamente, inserido nos direitos e garantias individuais, por estar expresso em conjunto no artigo 5º da Magna Carta. É a convenção entre os direitos à vida, liberdade e segurança que enfatiza a dignidade inata existente (OLIVEIRA, 2012).

O princípio da dignidade da pessoa humana vincula todos os demais direitos fundamentais, não podendo receber interpretação isolada. Conforme Ribas ([20--]):

A dignidade da pessoa humana está vinculada a todos os direitos fundamentais, servindo-lhes de alicerce e informando seu conteúdo, a fim de conferir unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. Portanto, o princípio da dignidade influencia todos os demais direitos, como vida, liberdade, igualdade, etc., de maneira que o direito à vida será o direito à vida digna, e assim sucessivamente.

Ribas ([20--]) argumenta que: “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser utilizado como critério interpretativo do direito à vida, bem como dos demais direitos, concebendo-se a existência de um direito à vida digna.”

Assim, nesse contexto, o direito de morrer também pode ser inserido nessa interpretação. Para Oliveira (2012): “Morrer integra a vida, e como parte dela, deve ser objeto de proteção como parte de tutela do direito à vida, como direito individual derivado.”

Por fim, a busca do princípio da dignidade humana, sob a égide do direito à vida, é individualizar os projetos de vida. De acordo com Ribas ([20--]): “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana enuncia que se deve levar em consideração a ideia do indivíduo formador de si próprio e de sua vida segundo o seu projeto espiritual, a capacidade de autodeterminação de sua conduta.”

A ideia traduzida pelo autor pode ser concebida como aquela decorrente da vontade do indivíduo. Nesse contexto, o direito à autonomia da vontade passa a ingressar na discussão.

3.3 DIREITO À AUTONOMIA DA VONTADE

Em análise ao princípio da autonomia da vontade, é possível visualizar com nitidez sua evolução dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Strenger (2000, p. 66):

A autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder in-suprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito.

Corroborando o entendimento, Amaral (2006, p. 345) argumenta que a autonomia é “[...] o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.”

Segundo Kant (2009, p. 73): “[...] este princípio deve representar um fim para todo agente, tratando-se, portanto de um princípio objetivo da vontade que sirva de lei prática universal.” Tal princípio está pautado na natureza racional do homem em si mesmo, sendo que é assim que ele representa sua própria exis-

tência. Assim, esse princípio racional é simultâneo, pelo qual se tem de derivar todas as leis da vontade.

Por esse viés interpretativo, é possível defender que o indivíduo autônomo tem a liberdade de escolha, inclusive do momento de sua morte. Extraindo entendimento de Moller (2007, p. 98): “[...] o ser autônomo é capaz de decidir, para si próprio, o que significar morrer com dignidade.”

Obviamente, não se trata de uma situação de absolutismo, permitindo que se disponha da própria vida de forma temerária. A esse respeito, Moller (2007, p. 54) explica:

O princípio da autonomia certamente não é absoluto, mas deve ser considerado mais básico do que o princípio da beneficência, na medida em que este pode ocultar atitudes demasiadamente paternalistas e arbitrárias; todavia, desde que se verifiquem algumas condições: que o paciente em questão seja capaz, em gozo de suas faculdades mentais, e que sua manifestação de vontade tenha sido embasada por reflexão (no sentido de que não seja resultado de um momento de impulso ou de um estado de espírito alterado), além de ter sido precedida de um processo minucioso de informação e diálogo com o profissional da saúde.

Ocorre que a autonomia do paciente vem sendo respeitada somente em situações paternalistas e arbitrárias, conforme dito anteriormente. Os princípios da bioética sob o viés da autonomia da vontade impedem que qualquer médico intervenha no corpo do paciente, administre tratamento, ou submeta-o a experimento científico contra sua vontade, mesmo que seja em benefício da humanidade (NEVES, 2013, p. 12).

Atualmente, a interpretação da legislação vigente criminaliza a prática de instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio. No entanto, o Conselho Federal de Medicina no ano 2012, editou a Resolução CFM n. 1.995/2012, que permite aos pacientes escolher os cuidados e tratamentos aos quais desejam ser submetidos, no momento que estiverem impossibilitados de expressar sua vontade (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Assim, nesse contexto, para Dworkin (2009, p. 259), esse dilema jurídico é irracional:

Assim, o direito produz o resultado aparentemente irracional: por um lado, as pessoas podem optar por morrer lentamente, recusando-se a comer, recusando-se a receber um tratamento capaz de mantê-las vivas ou pedindo para ser desligadas de aparelhos de respiração artificial; ou outro, não podem optar pela morte rápida e indolor que seus médicos poderiam facilmente conseguir-lhes.

Por fim, é necessária eficiente solução que ampare o desejo de uma morte digna, aos que, por conta de uma doença terminal, assim desejam. Desse modo, por intermédio da colisão de princípios é possível construir, baseado no caso concreto, determinado entendimento. O princípio da proporcionalidade é a “balança” capaz de solucionar a colisão entre direitos fundamentais.

3.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como vem se defendendo até aqui, não se discute a importância dos princípios e direitos fundamentais ao ordenamento jurídico brasileiro. Por meio deles, é possível compreender a conduta humana e, ainda, evitar a colisão dos interesses previstos.

Por se tratar de mecanismo de equilíbrio, o princípio da proporcionalidade se subdivide em subprincípios que limitam sua aplicação no direito. De acordo com Motta (2003, p. 147), são eles:

Adequação: deve-se identificar o meio adequado para se alcançar o fim do interesse público, sua adequação e validade desse fim.

Necessidade: o meio escolhido não deve exceder os limites para ser alcançado o seu fim. Deve ser privilegiado o meio menos oneroso ou nocivo ao interesse dos cidadãos.

Proporcionalidade *stricto sensu*: deve-se eleger o meio que, no caso específico, melhor atenda ao conjunto de interesses em jogo.

O princípio da proporcionalidade pode ser considerado instrumento de apoio e proteção aos direitos fundamentais. Barroso (2009, p. 375) aduz que:

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

A principal via de aplicação é, sem dúvida, o caso concreto. O magistrado, por meio da aplicação do princípio tem o poder de realizar um juízo de ponderação, inclusive em se tratando de conflitos entre princípios. Sobre o tema, acrescenta Sarmiento (1999, p. 42):

A resolução dos conflitos entre princípios constitucionais requer uma análise da situação concreta em que emergiu o conflito. O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. E a técnica e decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens.

Por fim, é possível compreender a importância de tal princípio para o ordenamento jurídico em sua totalidade, solucionando as colisões dos princípios e direitos constitucionalmente previstos, baseando-se no caso concreto. Dessa forma, apresenta-se a aplicação do princípio da proporcionalidade como alternativa à morte digna.

3.5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ALTERNATIVA À MORTE DIGNA

Para compreender a busca pela morte digna por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, é preciso se debruçar sobre os casos internacionais de suicídio assistido e eutanásia, bem como entender como ocorreu o balizamento desses direitos.

Dworkin (2009, p. 251) apresenta o caso de Lillian Boyes, mulher inglesa de setenta anos acometida por uma artrite reumatoide, que, mesmo sob o efeito de doses altíssimas de medicamento analgésico, agonizava com fortes dores, causadas pela doença. Diante da situação, Lillian Boyes implorou a seu médico, Nigel Cox, que a matasse. Dr. Cox, em ato de piedade, injetou-lhe uma dose letal de cloreto de potássio e ela morreu em minutos. O caso chegou ao conhecimento das autoridades hospitalares e o médico acabou sendo julgado e condenado a um ano de prisão por tentativa de assassinato.

Na Espanha, Ramon Sampedro tornou-se quadriplégico, aos 25 anos, após um mergulho no mar da Galícia. Por isso, pleiteou por cinco anos o direito de morrer, o qual nunca lhe foi concedido. Assim, planejou sua própria morte, auxiliado por sua família e amigos, de modo a não incriminá-los (GOLDIM, 2005a).

Conforme Pessini e Barchifontaine (2012, p. 434): “Em janeiro de 1998, Sampedro foi ajudado a ‘suicidar-se’, ao engolir uma solução de cianeto por um canudinho.” Seu corpo foi encontrado no dia 15 de janeiro de 1998, de manhã, por uma das amigas que o assistia diariamente.

Nos Estados Unidos, a nova-iorquina Patricia Diane Trumbull, de 45 anos, foi diagnosticada com leucemia e, por conhecer o efeito devastador do tratamento, recusou-se a submeter-se à quimioterapia e ao transplante de medula, considerando que o sofrimento que teria que suportar comparado à probabilidade de vida, não compensaria (DWORKIN, 2009, p. 251).

Por não desejar continuar vivendo, Patricia pediu a seu médico, Dr. Timothy Quill, para que receitasse uma quantidade de barbitúricos suficientes para matá-la. Assim, quando se sentiu preparada Patricia tomou os comprimidos e morreu no sofá de sua casa. O júri decidiu que Dr. Quill não devia ser processado por suicídio assistido e o Conselho de Conduta Médica Profissional decidiu por unanimidade que “Nada justificaria a acusação de má conduta.” (DWORKIN, 2009, p. 262, grifo do autor).

Chantal Sébire, francesa de 52 anos de idade, portadora de um tumor evolutivo do sinus e cavidades nasais, há cerca de seis anos, quando, cansada de

lutar contra a doença, decidiu que preferia morrer, pois sentia fortes dores e estava com seu rosto deformado (SANTOS, 2008).

A francesa pleiteou seu direito nos Tribunais, alegando que desejava que um médico, devidamente identificado, fornecesse a ela dez gramas de pentotal, que ela tomaria sob a vigilância dele. No entanto, seu pedido foi negado liminarmente. Então, no dia 19 de março de 2008, Chantal foi encontrada morta após ingerir uma dose de pentobarbital sódio, produto letal, utilizado em larga escala na Suíça e no Estado de Oregon para a execução dos suicídios assistidos (SANTOS, 2011, p. 50).

No Brasil, nenhum caso de suicídio assistido foi objeto de julgamento pelas Cortes, ou mesmo os Tribunais foram consultados sobre a permissão de sua prática concreta. Porém, os médicos utilizam a Resolução n. 1.995 do Conselho Federal de Medicina (CFM), de 28 de novembro de 2006, como meio de garantir aos doentes terminais uma morte digna. A Resolução autoriza o médico a limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal de enfermidade grave e incurável, respeitando sua vontade ou de seu representante legal (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Duarte (2012, p. 22) afirma que:

Se o paciente vive apenas por estar ligado a aparelhos que o alimentam, que imprimem ritmo ao seu coração, circulação ao seu sangue, sem que tenha atividade independente, interatividade e produtividade, não há vida digna, devendo lhe ser assegurado o direito à cessação do tratamento que nada lhe acrescentará. Não há justificativa para se exigir que alguém seja mantido em tratamento contra sua vontade e se esse tratamento lhe causar sofrimentos, sem expectativa de cura.

Assim é que até a adoção de medidas legais cabíveis e eficientes ao caso concreto, os médicos têm utilizado a Resolução n. 1.995/2012 de modo subsidiário para amenizar os males daqueles que sofrem. Porém, é indispensável uma medida concreta e eficiente que traga segurança jurídica ao trabalho do médico e tranquilidade ao paciente na escolha de seu destino.

Por fim, a utilização do princípio da proporcionalidade permitirá solucionar a colisão entre a dignidade humana e o direito à vida. É incontroverso que o Estado tem o dever de preservar o direito à vida, porém, em determinados casos concretos, o indivíduo já não deseja continuar vivendo, por considerar que as condições em que se encontra ferem sua dignidade. Assim, em respeito à autonomia da vontade e realizando um balizamento entre esses direitos, a dignidade se sobrepõe ao direito à vida.

4 CONCLUSÃO

O fenômeno morte é tratado desde os primórdios da humanidade como inevitável e inesperado. A medicina e seus avanços na prevenção, diagnóstico e tratamento das doenças têm contribuído para o prolongamento de vida das pessoas, tendo como consequência a longevidade, ou seja, as pessoas têm vivido mais.

O direito à vida, por consequência, tem ganhado novos contornos. Esse que era considerado um direito indisponível, ao colidir com outros direitos, como a autonomia da vontade e a dignidade humana, tem sido relativizado mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

O suicídio assistido pode ser considerado uma alternativa aos que, acometidos por doenças incuráveis, estão sofrendo por conta do tratamento, ou mesmo, não desejam continuar vivendo em condição de sobrevida.

No Brasil, o Código Penal Brasileiro, por intermédio do artigo 122, criminaliza o suicídio e, por meio do artigo 121, § 1º, tipifica o homicídio privilegiado. A conduta do primeiro tipo penal incriminador consiste no auxílio, instigação ou induzimento prestado por uma pessoa a terceiro que deseja tirar sua própria vida. O homicídio privilegiado criminaliza a prática da eutanásia, conduta de eliminar a vida de outra pessoa por compaixão ao direito à morte, ou seja, o agente é motivado pelo sofrimento da vítima, considerado como motivo de relevante valor moral.

Já a figura do suicídio assistido, que consiste no auxílio prestado por terceiro, geralmente médico, mediante prescrição de doses de medicamentos letais àquele que não consegue concretizar sua intenção de morrer, não possui qualquer tipo de lei criminalizando ou permitindo sua prática.

Em alguns países do mundo a prática do suicídio assistido é considerada legal, com regulamentação específica. Nos Estados Unidos, os Estados de Oregon, Washington e Montana legalizaram a prática do suicídio medicamente assistido, permitindo ao indivíduo optar pelo direito de morrer.

Na Europa países, como Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Grã-Bretanha, Alemanha e Suíça também descriminalizaram o suicídio assistido por meio de lei. Na Suíça, há inclusive uma clínica especializada, em que as pessoas procuram os médicos com objetivo de praticar o suicídio assistido.

Em análise ao sistema constitucional brasileiro e os princípios que estão intimamente relacionados ao suicídio assistido é possível perceber que mais que um direito de viver, as pessoas têm o direito de viver dignamente, respeitando suas próprias vontades, dispondo como desejarem de seu próprio corpo, desde que não invadam e prejudiquem seu semelhante.

Apesar de não encontrar amparo legal, o Conselho Federal de Medicina, com o intuito de trazer à tona o direito à morte digna, editou a Resolução n. 1.995/2012, que permite ao paciente exprimir sua vontade e vê-la respeitada de ser submetido ou não a certos tratamentos.

É certo que por esse intermédio um grande passo foi dado para um País que tratava o direito à vida como absoluto, sem se preocupar com a vontade do indivíduo ou se este estava vivendo de maneira digna, porém, muito ainda precisa ser feito.

Talvez o exemplo estrangeiro com o amontoado de casos de suicídios assistidos desperte nos brasileiros a importância do tema. Trata-se, em muitos casos, do exercício da piedade, a última saída aos que vivem uma sobrevida, que se sentem verdadeiros atrasos tanto para seus familiares que necessitam despender cuidados em favor deles quanto para a sociedade à qual já se sentem inúteis.

O direito utilizado como ferramenta pacificadora traz como alternativa, até que alguma norma realmente regulamente o tema, a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto. Por meio dele é possível avaliar a vontade do indivíduo e adequá-la ao cumprimento da lei.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAÚJO, Marcelo de. Eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido: a ética do respeito à dignidade e à autonomia de pacientes em estágio terminal. *Revista UFSC*, Florianópolis, 2013, v. 12, p. 13-15, jun. 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. *Morte encefálica*. 2008. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/dicas/146morte_encefalica.html>. Acesso em: 09 set. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Rodrigo Siqueira; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro: Abrasco, v. 9, n. 1, p. 31-41, mar. 2004.

BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Princípios de Ética Biomédica*. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

BRASIL. *Código Penal*. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAJAZEIRAS, Francisco. *Suicídio assistido ato médico ou suicídio*. 2010. Disponível em: <http://www.iceceara.org.br/noticia/Artigos/SuicidioAssistido_AtoMedicoouHomicidio.htm>. Acesso em: 20 nov. 2014.

CARVALHO, José Alberto Magno de; GARCIA, Ricardo Alexandrino. O envelhecimento da população brasileira: um enfoque demográfico. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, v. 19, n. 3, p. 725-733, maio/jun. 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1.995/2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. 2012. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2015.

CORRÊA, Humberto; BARRERO, Sérgio Perez. *Suicídio: uma morte evitável*. São Paulo: Atheneu, 2006.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

DELGADO, Mário Luiz. *Direito à vida: A transfusão de sangue pode ser realizada contra a vontade do paciente ou de seus representantes legais*. 2014. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/60/direito-a-vida-a-transfusao-de-sangue-pode-ser-215399-1.asp>>. Acesso em: 28 out. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE, Evangelina Castilho. O direito de morrer a propósito da Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, v. 63, n. 202, p. 19-24, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/3A/C1/41/73/2136F310D8D643F3180808FF/202_impresao.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2015.

DURKEIM, Émile. *O suicídio: estudo sociológico*. Lisboa: Presença, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ESTEVES, Luciana Batista. (In)Disponibilidade da Vida? *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, n. 24, p. 89-111, dez. 2005.

FERNANDES, Fabíola Ramos. *A dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. 2014. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/24234/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-o-direito-a-vida>>. Acesso em: 28 out. 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2010.

GOLDIM, José Roberto. *Caso Nancy Cruzan: retirada de tratamento*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2005a. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/nancy.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

GOLDIM, José Roberto. *Suicídio Assistido*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2005b. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/suicass.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

IBGE. *Expectativa de Vida*. 2013. Disponível em: <<http://teen.ibge.gov.br/noticias-teen/7827-expectativa-de-vida>>. Acesso em: 10 set. 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

MARUCCI, Maria de Fátima Nunes; MERCURIO, Rute. Nutrição, longevidade e Qualidade de vida. *Revista O Mundo da Saúde*, São Paulo: Centro Universitário São Camilo, v. 29, n. 4, p. 575-584, out./dez. 2005.

MOLINARI, Mario. *Eutanásia: Análise dos países que permitem*. 2013. Disponível em: <<http://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>>. Acesso em: 20 out. 2014.

MOLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. Curitiba: Juruá, 2007.

MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação Constitucional sob princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

NEVES, Rodrigo Santos. O testamento vital: autonomia privada x direito à vida. *Revista de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, v. 15, n. 80, p. 9-23, 2013.

NUNES, Lucília. *Ética em cuidados paliativos: limites ao investimento curativo*. 2008. Disponível em: <http://www.researchgate.net/profile/Lucilia_Nunes2/publication/261872267_tica_em_cuidados_paliativos_limites_ao_investimento_curativo/links/00b49535ee13e1c59600000.pdf> Acesso em: 22 maio 2015.

OLIVEIRA, Francielle de. *Direito à vida ou dever de viver?* 2012. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/direito-a-vida-ou-dever-de-viver/88034/#_ftn2>. Acesso em: 28 out. 2014.

OLIVEIRA, Wesley Felipe de. Uma análise principialista do suicídio assistido. *Revista Eletrônica de Filosofia Faculdade Católica de Pouso Alegre*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 9, p. 160-184, 2012.

PASCHOAL, Sérgio Márcio Pacheco. Desafios da longevidade: qualidade de vida. *Revista O Mundo da Saúde*, São Paulo: Centro Universitário São Camilo, v. 29, n. 4, p. 608-612, out./dez. 2005.

PAULINO, Wilson Roberto. *Biologia*. 9. ed. São Paulo: Átila, 2006.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 10. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

PESSINI, Léo. *Bioética: Um grito por dignidade de viver*. São Paulo: Paulinas, 2006.

PINHEIRO, Aline. *Suicídio Assistido: Corte Europeia volta a julgar direito de morrer*. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-08/corte-europeia-direitos-humanos-reabre-discussao-suicidio-assistido>>. Acesso em: 21 out. 2014.

PORTELLA, Marilene Rodrigues; BETTINELLI, Luiz Antonio. Humanização da velhice: reflexões acerca do envelhecimento e do sentido da vida. In: PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana (Org.). *Humanização e cuidados paliativos*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

RIBAS, Ângela Mara Piekarski. *O direito à vida sob uma ótica contemporânea*. [20--]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2986>. Acesso em: 28 out. 2014.

SANTOS, Laura Ferreira dos. *Da morte assistida*. 2008. Disponível em: <<https://angnovus.wordpress.com/2008/05/08/da-morte-assistida-por-laura-ferreira-dos-santos/>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

SANTOS, Sandra Cristina Patrício dos. *Eutanásia e suicídio assistido: o direito de liberdade e escolha*. Dissertação (Mestrado em História Contemporânea e Estudos Internacionais)—Universidade de Coimbra, Portugal, 2011. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/19198>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*. Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. São Paulo: LTr, 2000.

VERAS, Renato. Em busca de uma assistência adequada à saúde do idoso: revisão da literatura e aplicação de um instrumento de detecção precoce e de previsibilidade. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, v. 19, n. 3, p. 705-715, maio/jun. 2003.

XAVIER, Luciana. *Direito à Vida*. 2007. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=245>. Acesso em: 28 out. 2014.

ARTIGOS PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*



A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DE JOHN RAWLS¹

Rogério Gesta Leal*

Fábio Biasi Pavão**

Resumo: No presente artigo objetivou-se analisar o direito à saúde no Brasil, sua conceituação e evolução ao longo das constituições pátrias, bem como sua dificuldade de efetivação sob à luz da Teoria de John Rawls. Para tanto, é necessária a compreensão dos motivos que impedem a efetivação plena do direito à saúde, na forma como seu conceito evoluiu ao longo do tempo e se faz presente atualmente. Nesse aspecto, explicitam-se diferenças entre judicialização e ativismo judicial, ambas ferramentas que passam a ser meio de solução para os indivíduos que não têm seu direito à saúde satisfeitos. Por meio da Teoria de John Rawls, vê-se que a saúde deve ser disponível a cada indivíduo da sociedade, de acordo com suas diferenças. Também deve ser fornecida a saúde sob o parâmetro de que todos os indivíduos devem ter algum acesso, e que uma minoria que usufrua do benefício não o faça de modo a privar o restante dos sujeitos desse direito. Conclui-se pela adequação de estabelecimento de critérios, com base em Rawls, mas vê-se tal conclusão dependente da premissa de que o Estado não tem recursos suficientes.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Teoria da justiça. Justiça distributiva. Ativismo judicial e judicialização.

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O direito fundamental à saúde é considerado um direito de segunda geração de direitos humanos, vez que seu conteúdo objetiva a igualdade do coletivo.

* Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; rogerio.gestaleal@gmail.com

** Mestrando em Direitos Fundamentais na Universidade do Oeste de Santa Catarina, Especialista em Direitos Constitucionais e Direitos Humanos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; fabiob@unochapeco.edu.br

¹ Artigo elaborado em atendimento à exigência proposta para a conclusão da disciplina Filosofia Intercultural e Teoria Crítica dos Direitos Fundamentais, Prof. Dr. Robson Tramontina, em Mestrado de Direitos Fundamentais da Unoesc.

No entanto, nossa Constituição também estabelece o direito à saúde como um direito fundamental indissociável da vida, no art. 5º, caput.

A análise dos arts. 194, 196 e 198, da Constituição Federal, conjuntamente, permite interpretar que a saúde no Brasil tem cobertura universal, acesso igualitário a todos e atendimento integral. Também tem priorizada a prevenção.

É prescrito também no art. 6º, da Constituição Federal, e considerado imediatamente um direito social, direcionado a todos os indivíduos.

A saúde é uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade humana. Tem essa importância porque é requisito básico para o bem-estar do indivíduo, como também sua própria sobrevivência, digna ou absoluta.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) estabeleceu o direito à saúde, no art. 25, quando expressamente afirma que “[...] toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar [...]”

Ocorre, entretanto, no Brasil, uma dificuldade no acesso à saúde pelas vias administrativas, vez que o Estado alega não dispor de recursos suficientes para o atendimento de todas as demandas.

Os recursos que o Estado destina à saúde anualmente são bastante limitados, enquanto a necessidade do povo para ter acesso à saúde é infinita.

Existem tratamentos caríssimos que, se fossem estendidos a todos os cidadãos, sem avaliar a gravidade dos casos, poderiam comprometer a economia do Estado verdadeiramente.

A discricionariedade do legislador, então, é o que vai definir o quanto será destinado à saúde, e qual outro setor será beneficiado ou terá seu orçamento suprimido para que esse direito fundamental possa ser protegido ou não.

Entretanto, o convívio social demonstra-nos cotidianamente que o Estado investe menos do que poderia na área da Saúde, vez que se sabe que há gastos questionáveis na seara da cultura, entretenimento e outros direitos sociais que se secundarizam diante da importância da saúde.

Não obstante, o Brasil não desenvolve políticas de arrecadação de impostos que visem grandes fortunas, bem como existe um claro déficit entre o que poderia ser arrecadado de imposto de renda e o que de fato ocorre, oriundo de uma sonegação quase que generalizada.

Razões como essa fazem crer que há a possibilidade de a saúde, tanto como um direito fundamental social quanto como um direito do indivíduo, estar sendo limitada pelo Estado não por escassez absoluta de recursos, mas por falta de uma vontade política de se cumprir o disposto na Constituição Federal da forma mais ampla possível.

Faz-se necessário, portanto, compreender a evolução do direito à saúde nas Constituições brasileiras e sua conceituação.

Nessa seara, surge então a discussão sobre a judicialização do direito à saúde e o ativismo judicial decorrente dessa situação.

Se o Executivo não opera satisfatoriamente objetivando a satisfação do direito fundamental à saúde, caberia ao Judiciário essa tarefa de imposição? Quando o cidadão vê seu direito negado administrativamente, demanda individualmente no Judiciário objetivando a satisfação do seu direito à saúde.

Por um lado, o Judiciário quando demandado pode avaliar a situação fática de uma forma que o Sistema Único de Saúde nem sempre se propõe a fazê-lo. Ocorre, no entanto, que o Judiciário pode vir a colocar à frente das políticas do Executivo os direitos desse indivíduo demandante, colidindo com a vontade do outro Poder.

Diante desse cenário, a Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls é vista como um parâmetro de análise da sociedade atual, por meio da qual se pode vislumbrar a atuação do Judiciário, de modo ativista ou colaborando com a judicialização de demandas negadas administrativamente.

Cumprir analisar também se essa concepção teórica proposta por Rawls é adequada para justificar a realização do direito à saúde.

Para tanto, com a presente pesquisa, dedicou-se inicialmente a analisar a conceituação da saúde, como requisito ao entendimento do conceito de “direito à saúde” e sua importância no ordenamento e na sociedade.

2 DEMARCAÇÕES CONCEITUAIS DO DIREITO À SAÚDE

A conceituação da saúde alterou-se ao longo do tempo, baseada na relação que existiu entre ela e os aspectos culturais, sociais e políticos de cada época.

Entre 129 e 200 d.C., Galeno de Pérgamo conceituou a saúde como o equilíbrio existente entre as partes primárias do corpo. Para Galeno, a existência do estado de saúde ou de doença era um resultado da alimentação e do modo de vida do ser humano (REBOLLO, 2007, p. 1).

Na Idade Média, compreendeu-se a saúde como um desequilíbrio do organismo humano decorrente de influência externa, seja ela ambiental, astrológica, animal seja originária das mudanças climáticas naturais (BARATA, 1985, p. 51).

A saúde desde então passou a ser compreendida como a ausência de doença, o que apenas foi modificado em 1946, quando a saúde foi definida, na Constituição da Organização Mundial da Saúde, como o “[...] estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente ausência de doença ou enfermidade.” (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946, p. 1).

A saúde pública no Brasil é constitucionalmente prevista no art. 196 da Carta Magna, que a define como “[...] um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988).

A conceituação mais ampla de saúde, ou mais fidedigna com o que se espera de saúde em termos de dignidade humana, proporciona embasamento necessário para a luta de sua efetivação como direito fundamental.

Aceitar a saúde como substantivo que vai além da descrição do estado de ausência de doença, mas que compreende bem-estar em sua forma mais ampla, impõe ao Estado uma responsabilidade ainda maior do que uma análise mais singela poderia trazer com a leitura do Texto Constitucional.

Diante das breves considerações conceituais sobre a saúde, cumpre então analisar a situação de efetivação do direito à saúde no Brasil.

3 BREVE PANORAMA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A concepção hoje existente do que é direito à saúde sofre influências desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, quando foi concebido como um direito humano universal, que deveria ser recepcionado no ordenamento de todas as nações.

Fora citado, no entanto, já em 1947, quando, no Código de Nuremberg, visou-se proteger a saúde nas situações de experimentações científicas. Naquela ocasião, firmou-se que o paciente precisaria saber dos riscos aos quais sua saúde estaria sendo exposta antes de se submeter à experiência.

Além desses, o Brasil ratificou diversos compromissos em documentos internacionais que contribuíram na construção do direito à saúde: Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966; Convenção Internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial, 1968; Declaração de Alma-Ata, 1978; Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, 1979; Convenção contra tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, 1984; Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, 1985; Carta de Montes Claros, 1985; Declaração de Adelaide, 1988; Convenção sobre os direitos da criança, 1989; Declaração de Caracas, 1990; Declaração de Innocenti, 1990; Declaração de Lisboa sobre a ética da urgência médica, 1990; Declaração de Sundsvall, 1991; Declaração de Santafé de Bogotá, 1992; Convenção Interame-

ricana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, 1994; Carta de Otawa, 1996; Declaração de Jacarta, 1997; Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos, 1997; Carta do Rio de Janeiro, 1999; Carta de Salvador, 2000; Pacto Nacional: Um mundo pela Criança e o Adolescente do semiárido, 2000; Declaração do México, 2000; Declaração da cúpula do milênio das nações unidas, 2000 (LEMOS, 2012, p. 50).

A evolução do direito à saúde, por meio da evolução da Constituição e ratificação de compromissos internacionais, leva à necessidade de obrigações negativas e positivas por parte do Estado. Como direito positivo, impõe que haja obrigações estatais de não prejudicar a saúde e não negligenciar o atendimento aos cidadãos, visando à proteção à saúde em sua forma mais ampla.

Alexy (2006, p. 450) ensina que há direitos a prestações do Estado que não se caracterizam como um direito fundamental social. Para o autor, alguns direitos exigem ações do Estado que sua efetividade não pode ser condicionada à maioria parlamentar, conceituação adequada ao direito à saúde.

Sarlet (2011, p. 270-271) afirma que a aplicação imediata às normas definidoras de direitos fundamentais se estende aos direitos sociais. Se não garantem um direito subjetivo ao demandante do direito, é inegável que contam com certo grau de eficácia e aplicabilidade.

Leal (2010, p. 187) ensina que a saúde é uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade da vida humana, e esse princípio deve ser a base de interpretação de todas as normas do sistema jurídico. Caracteriza como não válidas as normas que não sejam concordantes com esse princípio.

Trata-se de uma condição parametrizante do mínimo existencial, porque é indispensável a uma vida social justa, livre e solidária, à garantia do desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e à promoção do bem-estar geral (LEAL, 2010, p. 187).

A saúde é, portanto, uma condição do mínimo existencial, indispensável à sociedade que objetiva ser livre, justa e solidária.

Considera, no entanto, Leal (2010, p. 188), que para se alcançar a efetivação da saúde, é necessário determinar quem efetivamente precisa do auxílio do Estado para prover suas demandas, vez que a saúde é financiada com recursos do orçamento da seguridade social, União, Estados e Municípios.

Tal entendimento se fundamenta na ideia de que, atendendo a todos que demandam saúde ao Estado, pode-se esvaziar a possibilidade de outros que ainda não demandaram tal direito e tenham necessidades maiores, e de mais difíceis satisfações, do que aqueles que a buscaram primeiro, quando ainda havia recursos.

Disso deriva a necessidade de critérios para atendimento. Cumpre destacar que esse entendimento toma por base a escassez de recurso para o atendimento à saúde.

Feitas as considerações supracitadas, importante a análise e evolução da abordagem das Constituições brasileiras quanto à saúde.

3.1 A SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

As menções à saúde na primeira Constituição Brasileira (Constituição de 1924) limitaram-se a dispor, no art. 174, XXIV, que “Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.” (BRASIL, 1924). Estabelecia também que eram garantidos os “[...] soccorros públicos.” (BRASIL, 1924).

Na Carta de 1934 foi exposto um interesse maior com seu conteúdo humano, sendo inseridos no texto dispositivos que buscavam atenuar desigualdades sociais. Foi estabelecido nessa Constituição que competiria concorrentemente à União e aos Estados “[...] cuidar da saúde e assistência públicas.” (BRASIL, 1934). Também dispôs como obrigatório o “[...] amparo à maternidade e à infância.” (BRASIL, 1934).

Na Carta de 1946 a saúde passou a ser tratada não como mera responsabilidade para tratamento e prevenção de doenças, mas como uma prática social a ser trabalhada de forma mais abrangente. Foi inserida no Texto a garantia aos trabalhadores de “[...] assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva.” (BRASIL, 1946).

Em 25 de julho de 1953 foi criado o Ministério da Saúde, que, em seus primeiros anos, contou com recursos muito limitados que o impediam de atingir seus objetivos.

A instauração da Ditadura Militar em 1964 fez com que os recursos ao Ministério da Saúde fossem diminuídos, bem como mudou o entendimento de saúde para que tivesse uma atenção individual, ao invés de ser vista como um fenômeno coletivo. O atendimento público à saúde foi então precarizado, na medida em que surgiram hospitais particulares (CARVALHO, 2013, p. 1).

As Constituições de 1967 e 1969 tiveram como características a grave negligência a direitos individuais, nos quais pode se incluir a saúde. Não houve quaisquer melhorias ou expansão desse direito.

Também em 1969, a Emenda Constitucional n. 1, em seu art. 25, § 4º, determinou que os municípios aplicassem 6% do repassa de União a título de fundo, o que garantiria a participação dos municípios na receita da União destinada à saúde (CARVALHO, 1997, p. 76).

A 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 17 de março de 1986, foi um momento histórico para mudanças na saúde do Brasil. Passou a ser debatido nessa ocasião o direito à saúde como um direito humano. Ao final da Conferência, restou definido que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado, por meio de condições dignas de vida, do acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, a todos os seres humanos que estiverem no Brasil.

As diretrizes foram seguidas pela Constituição de 1988, mas o relatório produzido na referida Conferência já demonstrava que as mudanças necessárias

não seriam materializadas com o advento da nova Constituição, mas por meio de políticas públicas eficientes.

Estabeleceu-se, então, no Texto Constitucional de 1988, que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988), [na redação do art. 196].

Considerado o cenário exposto, importante ser analisada a efetivação do direito à saúde, quando negligenciado pelo Poder Executivo. Surge, nesse contexto, a importância da judicialização de demandas e do ativismo judicial.

4 MEIOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A judicialização é definida por Barroso (2012, p. 3) como o fenômeno que permite que questões de grande repercussão política ou social sejam decididas por órgãos do Poder Judiciário em vez das vias tradicionais. Ocorre, então, a transferência do poder oriunda do Executivo para o Poder Judiciário, o que gera profunda alteração na interpretação, argumentação e participação social quanto aos temas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a magistratura viu-se fortalecida e tornou-se um poder político apto a impor as leis e a Constituição. Segundo o autor, “A revitalização da cidadania, que qualificou o incentivo à informação e consciência de direitos aos populares, fez com que aumentassem as demandas aos juízes e tribunais.” (BARROSO, 2012, p. 3).

Outra causa compreendida pelo referido autor para a intensificação da judicialização foi o aumento da abrangência da Constituição Federal, que incorporou o tratamento de matérias que antes eram destinadas para o processo político majoritário e a legislação infraconstitucional.

É perceptível pela definição trabalhada pelo autor, bem como pelas causas que estabelece para a judicialização, que a compreende como uma decorrência da vontade do constituinte, e não do Judiciário. Nota-se claramente na obra de Barroso (2012) que suas inferências ao tema consideram a Constituição de 1988 e suas alterações que estabeleceram maior influência do Judiciário na sociedade brasileira como causas para a judicialização.

Para Barroso (2012, p. 6), o ativismo judicial relaciona-se a uma ideia de atuação do Judiciário “[...] mais ampla e intensa na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”

Caracteriza-se, então, por promover a aplicação direta da Constituição em casos que não previam expressamente essa interpretação, bem como também pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição. Por fim, caracteriza também o ativismo judicial pela imposição de atuação ou abstenção do Poder Público em matérias de políticas públicas.

Sobre o termo “ativismo judicial”, sabe-se que é utilizado de forma bastante diversificada na academia. Strapazzon e Goldschmidt (2013, p. 584) destacam diversas formas distintas que a referida expressão tem sido utilizada em obras científicas.

Segundo Leal (2010, p. 13), a expressão “ativismo judicial” ganhou força nos Estados Unidos em 1947, quando foram analisados casos julgados por 9 membros da Suprema Corte norte-americana.

Seguindo o escopo da análise do termo sob o ponto de vista do direito norte-americano, cumpre relacionar algumas formas de conceituação que Strapazzon e Goldschmidt (2013, p. 585) colacionam.

Para os autores, e de forma bastante sucinta, o termo ativismo tem sido utilizado na doutrina norte-americana de forma relacionada a decisões judiciais que anulam escolhas legislativas ou administrativas, quando juízes anulam decisões discricionárias dos demais poderes; a decisões judiciais que não observam os

precedentes jurisprudenciais; a decisões que têm efeito de norma geral, ou seja, decisões que geram efeitos *erga omnes*; a decisões que não seguem os cânones da interpretação jurídica; que aplicam a lei, mas visando objetivos distintos para os quais ela fora criada; e, por fim, a decisões que revelam a arbitrariedade judicial, tentativa do Judiciário de impor sua interpretação a despeito da história constitucional construída no Estado, conceituação essa constante na obra de Ronald Dworkin.

Ensinam Strapazon e Goldschmidt (2013, p. 587) que a utilização do termo ativismo judicial não pode indicar atitude de natureza arbitrária, e seu uso nesse sentido provoca profunda perda de qualidade conceitual, tratando-se de “falta de responsabilidade teórica”.

Inevitável concluir que aquilo que alguns autores denominam como “judicialização” se aproxima em muito de variável do conceito de “ativismo judicial” utilizada em obras na área Jurídica.

A discussão da efetividade do direito à saúde recai também sobre a possibilidade de ser visto como um direito individual, e não somente como um direito social.

5 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO UM DIREITO INDIVIDUAL

A previsão do direito à saúde no art. 6º da Constituição Federal caracteriza-o como um direito destinado a toda a coletividade, vez que alocado no rol de direitos sociais.

Essa visão é corroborada pelo art. 196 da Constituição, vez que enfatiza as políticas sociais e econômicas que visam à prevenção de riscos de doenças, promoção, proteção e recuperação da saúde.

Entretanto, compreender o direito à saúde dessa maneira é insuficiente, pois é um assunto que envolve cada indivíduo pertencente à sociedade.

Ignorar esse fato seria compreender a questão da saúde como um dado estatístico, deixando de lado toda a manifestação de problema que ocorre de for-

ma individualizada, como se os problemas relacionados à saúde fossem comuns a todos e não ocorressem de maneira profundamente particular.

Nesse contexto, ensina Sarlet (2011, p. 141):

O que satisfaz o mínimo existencial guarda relação com necessidades físicas e psíquicas que, embora comuns às pessoas em geral, não podem levar a uma padronização excludente, pois o que o direito à saúde assegura – mesmo no campo dos assim designados direitos derivados a prestações, não é necessariamente o direito ao tratamento limitado a determinado medicamento ou procedimento previamente eleito por essa mesma política, mas sim, o direito ao tratamento para a doença.

Por essa razão, o direito à saúde deve ser compreendido, além de um direito social, também como um direito individual, pois cabe ao particular cobrar do Estado satisfação para cuidados quanto à sua saúde.

Natural, portanto, que quando não satisfeito o atendimento de promoção à saúde por parte do Estado a um indivíduo, este possa buscar satisfação com a judicialização da demanda negada pela via administrativa.

Mendes e Branco (2011, p. 709) explicam que tem sido crescente a tendência dos tribunais na satisfação do atendimento à saúde pela via judicial, não excluindo disso o Supremo Tribunal Federal.

Scaff (2010, p. 29) reconhece que, quando urgente, é correto que o Judiciário intervenha para salvar vidas ou resolver situações emergenciais, mesmo não sendo seu papel substituir o legislativo. Resta clara, portanto, a necessidade de se discutir a discricionariedade administrativa quando resta por ela afetada a individualidade do cidadão. Tendo sido prejudicada a saúde de um indivíduo, não há razão para que não seja discutida, judicialmente e de forma individual, a situação daquele que possa vir a ser profundamente lesado pela decisão tomada.

Entende-se o direito à saúde também como um direito individual, importante à análise deste sob o prisma da Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls.

6 O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, SEGUNDO A TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS

Segundo Streck (2006, p. 25), a atuação do Judiciário restrita ao zelo por procedimentos democráticos é pouco para a construção de um Estado Social no Brasil.

Subordinar o papel do Estado impede que os direitos humanos tomem uma concepção que veja a pessoa humana por meio de sua individualidade.

Na obra Teoria da Justiça como Equidade, Rawls (2002, p. 24) critica a tese utilitarista por ignorar a característica de cada indivíduo pertencente à sociedade ter inviolabilidade própria fundada na justiça. A tese utilitarista ignoraria, então, as diferenças existentes entre as pessoas.

A compreensão do direito à saúde como direito que se destina à coletividade como um todo, ignorando as necessidades particulares e individuais, é a forma de visão que se coaduna à tese utilitarista, vez que, nesse caso, “[...] suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido da soma das participações individuais de todos os seus membros.” (RAWLS, 2002, p. 25).

O utilitarismo defenderia, então, um atendimento limitado, suficiente apenas de forma precária, à parte considerável da população, e que os casos que não fossem atendidos por esse grupo seriam considerados exceções. Trata-se de uma visão elitista, pois permite apenas aos indivíduos que possuem condições financeiras favoráveis se esquivarem da ausência prestacional do Estado quando necessário (BRITO FILHO, 2014, p. 177).

Segundo Vita (1993, p. 13), tal teoria é assim conceituada:

[...] utilitarismo é uma teoria ética teleológica, isto é, uma teoria que define o que é correto ou justo fazer em função de uma concepção da boa vida humana. Essa concepção, no caso do utilitarismo, é vazia de conteúdo próprio, já que resulta da agregação de preferência e desejos de facto dos agentes, sem que a motivação ou a validade dessas preferências e desejos sejam colocadas em questão.

Trata-se, portanto, de teoria na qual o bem predomina sobre o justo; o resultado é que define se o ato anterior fora correto; preferências de grupos minoritários são ignoradas, desde que seja maximizada a utilidade e contemplada a maior parte de indivíduos (BRITO FILHO, 2014, p. 178).

Para Rawls (2002, p. 31), o utilitarismo, ao contrário da justiça como equidade, é capaz de afetar toda a sociedade à escolha feita por um único ser humano. Considera que não há razão em existir regulação de uma associação de pessoas, em uma sociedade plural de interesses distintos, que derive da escolha feita por um único indivíduo.

Em sua obra, Rawls (2002, p. 24) afirma que o “[...] utilitarismo não leva a sério a diferença entre as pessoas.”

Ao expor sua visão sobre a *posição original*, Rawls (2002, p. 147) busca criar um processo equitativo, no qual os princípios aceitos possam ser justos. Fala, então, de um véu de ignorância, que cobriria as partes envolvidas na sociedade. As várias alternativas de regramentos não são mais visualizadas pelos interessados, que não conhecem mais quem serão os beneficiados, nem suas necessidades particulares.

Rawls (2002) então explica que cada pessoa “[...] deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.”

Não obstante, as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de forma que “[...] tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa” e “[...] sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condição de igualdade equitativa de oportunidades.” (RAWLS, 2002, p. 133).

Rawls (2002, p. 334) então expõe o que chama de *regras de prioridade*, estabelecendo então a prioridade da liberdade, razão pela qual os princípios da justiça precisam ser classificados de forma lexical e as liberdades básicas só podem ser restritas também por respeito à liberdade.

Explica, então, que é viável reduzir a liberdade quando se busca fortalecer o sistema total de liberdades partilhadas por todos. Os que têm menos liberdade devem aceitar uma liberdade desigual (RAWLS, 2002, p. 334).

Para Fleischacker (2006, p. 12), buscando explicar a ideia de justiça distributiva trabalhada por Rawls, todos os indivíduos são possuidores de um bem que merece respeito, bem como merecem possuir certos direitos e proteções que busquem aquele bem. Alguns bens materiais fazem parte do que cada indivíduo é merecedor. A distribuição desses bens é praticável, possível, e que é de competência do Estado sua realização.

Por meio da visão exposta por Rawls, resta concluir que obstar que o Judiciário intervenha na efetivação do direito à saúde dos indivíduos que demandam judicialmente faz privilegiar as vantagens do Estado por sua prática de previsões orçamentárias.

Por meio do utilitarismo, concluir-se-ia que o direito individual à saúde é limitado pela sua natureza social, porque isso inviabilizaria o direito de outros, em decorrência do gasto monetário. Entretanto, considerando que o Estado tem o dever, e não faculdade de garantir o direito à saúde, é cabível que quem necessitar possa judicialmente exigir a aplicação do direito.

Brito Filho (2014), analisando o direito à saúde sob a ótica da teoria de Rawls, explica que cada indivíduo precisa ser considerado, bem como suas diferenças. Segundo Rawls, ninguém pode ter tudo e também ninguém pode padecer da falta de tudo, vez que um mínimo precisa ser garantido a todos.

Logo, um mínimo de saúde não deve ser o mínimo que possibilite uma vida precária, mas “[...] saúde plena, no limite do que for possível, considerando o conhecimento disponível.” (BRITO FILHO, 2014, p. 143).

O utilitarismo, sendo aplicado à nossa sociedade no que se refere à promoção da saúde, torna o atendimento precarizado a todos, sob a justificativa de impossibilidade de um atendimento adequado a cada um. Restaria, então, àqueles com maior poder aquisitivo, o atendimento médico particular. Aos pobres, padecer pela ausência de tratamento adequado.

O direito à saúde pode ser concebido individualmente, como direito fundamental individual, de acordo com a ideia de justiça distributiva proposta por Rawls.

Entretanto, o entendimento de Leal (2010), quando defende o estabelecimento de critérios para o atendimento à saúde, ao invés da busca por um atendimento universal e indiscriminado, faz sentido diante da Teoria de Rawls se se considerar a escassez de recurso como absoluta.

Não existindo recursos para o atendimento de todos, coerente sob o prisma da Teoria de Rawls que o direito de alguns seja limitado parcialmente para que se proporcione direito à saúde à sociedade como um todo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundamenta-se a negativa de atendimento total à saúde pela escassez de recurso do Estado, que impõe a criação de critérios que definem os indivíduos que terão ou não o atendimento.

A criação de critérios, friamente analisando, estabelece quem morre e quem vive, quem vive bem e quem continua vivendo mal.

Coerente tal posição diante da certeza de inexistência de recursos suficientes para o atendimento de todos. Entretanto, há fortes indícios de que o Estado negligencia a saúde e promove gastos em que valores empregados promovem o gozo e o desenvolvimento de direitos ou benesses que não têm o mesmo valor abstrato que a saúde.

Rawls, quando expõe o princípio da diferença, aceita que na sociedade ninguém pode ter tudo, bem como ninguém pode ficar sem coisa alguma. Desse modo, coerente se pensar que havendo certa disponibilidade de recursos, um indivíduo somente não poderia ser beneficiado pela totalidade, enquanto outros padecem de necessidades de menos ou igual custo.

Entretanto, faz-se necessário, nesse aspecto, compreender se realmente os recursos estão sendo utilizados da melhor forma possível, antes de se negar o acesso à saúde a um indivíduo que necessite da prestação desse direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Dimensões de Aplicação e Efetividade dos Direitos Humanos. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE DO DIREITO: DIVERSIDADE, COMPLEXIDADE E NOVAS TECNOLOGIAS, 19., 2010, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, 2010.

BARATA, Rita de Cássia Barradas. *A historicidade do conceito de causa: epidemiologia*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ: ABRASCO, 1985.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2012. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. *A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará*, v. 5, p. 143, 2014.

CARVALHO, Ariane Cristina Dias. *Saúde Pública no Brasil: Durante a Ditadura Militar*. Instituto Superior de Ciências Havana-Cuba. 2013. Disponível em: <http://medcubras.blogspot.com.br/2013/05/carta-dos-estudantes-de-medicina-em_3.html>. Acesso em: 18 ago. 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CÓDIGO DE NUREMBERG. Tribunal Internacional de Nuremberg. 1947. *Trials of war criminal before the Nuremberg Military Tribunals*. Control Council Law 1949.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *As Conferências Nacionais de Saúde: Evolução e perspectivas*. Brasília, DF: Conass, 2009. 100 p.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%Bade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA. *Conferência Internacional sobre os Cuidados de Saúde Primários*. Cazaquistão, 1978. Disponível em: <www.saudepublica.web.pt/05-promocaosaude/dec_alma-ata.htm>. Acesso em: 26 jul. 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. ONU, 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

LEAL, Aurelino. *História constitucional do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/pdf/impactos_economicos_sociais.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2015.

LEMOS, Fábria de Castro. *Saúde como direito fundamental à vida: uma análise do direito à saúde e sua concepção atual na sociedade brasileira*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/8726>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, UniCeub, v. 5, 2015. (Edição Especial).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Maria Helena Barros et al. Análise comparativa dos dispositivos de saúde do trabalhador nas constituições estaduais brasileiras. *Cad. Saúde Públ.*, Rio de Janeiro, v. 13 n. 3, p. 425-433, jul./set. 1997.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REBOLLO, Regina Andrés. Galeno de Pérgamo (129-200 d.C.): A saúde da alma depende da saúde do corpo. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ESTUDOS ANTIGOS, 1., 2007, Santa Bárbara. *Anais...* Parque Natural do Caraça, Santa Bárbara, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e trans-individual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SOARES, Nina Rosa Ferreira; MOTTA, Manoel Francisco Vasconcelos. *As políticas de saúde, os movimentos sociais e a construção do Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <http://www.ufmt.br/revista/arquivo/rev10/as_politicas_de_s.html>. Acesso em: 30 jul. 2015.

STRAPAZZON, Luiz Carlos; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Teoria constitucional e ativismo político: Problema de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais*. 2013. Disponível em: <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2359/2102>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO BUSCA EFETIVA DA GARANTIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Elizabete Geremias *
Rose Maria dos Passos **
Rodrigo Garcia Schwarz ***

Resumo: Na presente pesquisa teve-se como objetivo uma análise teórica da judicialização dos direitos fundamentais sociais como busca efetiva da garantia do princípio da dignidade humana. Surge a problemática de como o Estado poderia abarcar tais obrigações em consonância com a exigência de uma prestação positiva Estatal e de que forma estas poderiam ser viabilizadas com intuito de proteção à dignidade humana. Nesse contexto, verifica-se a problemática entre a efetividade dos direitos sociais, enquanto normas constitucionais e as possíveis limitações que são impostas e discutidas com fundamentação nas teorias da reserva do possível e o mínimo existencial, sendo de suma importância a verificação do tema, sob o viés da proteção efetiva do princípio da dignidade quando da judicialização de tais direitos. A pesquisa foi realizada pelo método qualitativo, sob o método bibliográfico e dedutivo.

Palavras-chave: Judicialização. Direitos fundamentais sociais. Princípio da dignidade da pessoa humana.

* Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho; mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora e pesquisadora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; elizabete.geremias@unoesc.edu.br

** Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Especialista em Gestão de Recursos Humanos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Xanxerê; mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Professora da Faculdade Senac em Chapecó; Advogada

*** Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha); Doutor em História Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Juiz Titular da 13ª Vara do Trabalho da Zona Sul de São Paulo e Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por tema a judicialização dos direitos fundamentais sociais como busca efetiva da garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. O estudo do presente tema se justifica pela necessidade do reconhecimento dos direitos sociais no âmbito do sistema judiciário, com intuito de garantir ao cidadão as condições sociais mínimas de viver com dignidade.

Nesse sentido, o problema da pesquisa decorre do fato de que o Estado, muitas vezes, não cumpre sua obrigação em fornecer as prestações sociais mínimas, fundamentando-se na prerrogativa de que os recursos são insuficientes para suprir as demandas judiciais. Dessa forma, busca-se analisar quais são os possíveis limites das obrigações que devem ser cumpridas pelo Estado e de que forma estas poderiam ser viabilizadas.

O objetivo geral na pesquisa é demonstrar de que forma a judicialização dos direitos fundamentais sociais poderá promover a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana nas demandas judiciais que pleiteiam as condições mínimas de direito da coletividade. Quanto aos objetivos específicos, primeiramente, busca-se analisar a teoria da reserva do possível e do mínimo existencial; posteriormente, apresentar o conceito de dignidade da pessoa humana para o ordenamento constitucional, e, ao final, associar o princípio da dignidade da pessoa humana à judicialização, demonstrando de que forma pode ser efetivado por meio desse mecanismo.

A pesquisa foi realizada pelo método qualitativo, mediante estudo de caso, isto é, retrata a análise específica da judicialização como ferramenta de efetivação da dignidade da pessoa humana. Para tanto, foram realizadas pesquisas em sites especializados, bibliografias voltadas para a temática e, também, pesquisas em artigos de Anais e Congressos de eventos.

A síntese do que será apresentado se reflete na análise da justiciabilidade dos direitos sociais; trata-se de um direito de todos, cujo dever prestacional é do Estado, conforme norma constitucional. Não obstante, cabe, assim, ao Poder Público

assegurar o “mínimo essencial” ao ser humano, com intuito de assegurar uma vida digna, diante de possíveis omissões do Poder Legislativo e Executivo, tudo isso, repercutindo na afirmação da proteção ao Princípio da Dignidade Humana.

2 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

O embate em relação à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, evidencia pontos recorrentes e de real importância acerca dos apontamentos da Teoria da Reserva do Possível, em contrapartida com a Teoria do Mínimo Existencial. Nesse sentido, pode-se dizer que são teses polêmicas, abarcando conjuntamente a discussão no que diz respeito a um controle judicial das políticas públicas, pois a Constituição Federal de 1988 pontuou de forma salutar o reconhecimento dos direitos individuais e também sociais, bem como a concretização dos ditos direitos fundamentais.

No que diz respeito à Teoria da Reserva do Possível, pode-se conceituar esta, ainda que de forma simplista, como uma condição de realidade que determina que um direito fundamental social somente poderia ser/estar sendo efetivado, mediante a existência de recursos dos poderes públicos para tal providência; o direito fundamental social encontraria na Teoria da Reserva do Possível um certo condicionamento à sua eficácia, e essa concepção de restrição ao direito deveria ter sua racionalidade jurídica questionada e avaliada.

Um dos argumentos que é utilizado no que se refere à oposição da judicialização dos direitos sociais se manifesta quando há uma escassez de recursos públicos, o que impossibilita o acesso individual de todos os cidadãos. Dessa forma, seria necessária a previsão dos gastos, com o intuito de satisfazer o maior número de pessoas, conforme as dotações orçamentárias existentes.

Para os defensores acerca de referida teoria, quando há a judicialização dos possíveis direitos fundamentais sociais, devem ser consideradas a escassez de recursos e as infinitas necessidades, pois o sistema financeiro seria composto por vasos comunicantes. Logo, gastar verbas em demasia poderia ocasionar prejuízo

para outros setores, razão pela qual existem recursos orçamentários mínimos destinados ao plano de ação social (SCAFF, 2010).

Todavia, os direitos sociais estão interligados no sentido de trazer uma forma de proteção para toda a coletividade (no viés de promoção), sob uma ótica preferencial, pela ênfase que é emprestada às políticas sociais e econômicas para a prevenção dos riscos, proteção e recuperação. A preservação da vida do ser humano, enquanto ser de direito, é uma preocupação constante. Assim, em decorrência da necessidade, buscou-se no decorrer da evolução social uma proteção do indivíduo, garantindo o amparo diante das adversidades da vida.

Ocorre que nem sempre essa proteção é efetiva, tanto por parte da sociedade quanto do Estado, ficando os indivíduos desprotegidos e desamparados. Nesse sentido, os direitos humanos devem trazer esse caráter de serem positivados axiologicamente como “direitos fundamentais do homem”, em busca da proteção da dignidade humana, vista esta como um fundamento normativo universal sólido, e irredutível de todas as declarações concretas de direitos humanos e de todas as constituições dos Estados democráticos de direito.

Corroborando Schwarz (2013, p. 58), quando enfatiza que a ideia da reserva do possível somente se justificaria se o Estado demonstrar que está fazendo o máximo de força, em todos os campos: financeiro, pessoal, tecnológico, entre outros, até o máximo possível, no sentido de priorizar os grupos mais vulneráveis. No entanto, a teoria da reserva do possível é trazida como forma de fundamentação, no sentido de impedimento de uma possível intervenção judicial, e até como forma de proteger a omissão do Estado quando da efetivação dos direitos fundamentais (SARLET, 2007).

Sobre a reserva do possível, Sarlet (2006, p. 301-302) destaca uma dimensão tríplice, que deve ser analisada:

A reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e adminis-

trativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

No que se refere à problemática referida, afirmam ainda Sarlet e Molinaro (2010, 2011, p. 78), que a pergunta que se pode fazer nesse sentido é que “São os direitos que têm custos, ou é o custo uma consequência do cumprimento dos deveres do Estado?”

Em razão dessa busca pela efetivação dos direitos fundamentais, a Constituição Federal nos acena para o futuro, sendo este colocado como uma garantia formal ou, pelo menos, promessa da construção de um Estado social livre, robusto e independente. No entanto, para que esses direitos sejam, enfim, concretizados, faz-se necessária a ação positiva do Estado por meio de políticas públicas (STRECK, 2002).

Por esse viés, os direitos fundamentais sociais, poderiam ser, assim, distinguidos como um direito subjetivo individual de pleitear, de maneira imediata, diante da ausência ou ineficácia das políticas públicas vigentes, considerando, nesse sentido, o caráter principiológico da nossa própria Constituição Federal.

3 A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos sociais, e o que se espera deles, está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, logo, claro está que são inerentes a toda uma sociedade, referente ao núcleo lógico e direto, em suma, na sua essencialidade, como direitos de prestação.

Pode-se dizer, assim, que estabelecer esse mínimo existencial é estabelecer os limites impostos pela Constituição como garantias sociais mínimas aos indivíduos para que tenham realizada a sua própria dignidade, o que deve ser de fato protegido pela intervenção Estatal. É proteger o ser humano em si.

Construir uma sociedade livre, justa e solidária, desenvolvendo o País, com a eliminação da pobreza, marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados no art. 3º da Carta de 1988, tão grande é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social (PIOVESAN, 2013).

Dentro dessa expectativa, há um embate entre a “teoria do mínimo existencial” e a “teoria da reserva do possível”. Assim vemos tensionadas, as categorias da dogmática constitucional, como as noções de “mínimo existencial” x “reserva do possível”, “ativismo” x potestade da jurisdição (“poder-dever”), entre outras que se apresentam como desdobramentos atuais das fronteiras entre o postulado moderno da “separação de poderes” e o imperativo contemporâneo do progressivo “controle judicial” da ação política (SCHWARZ, 2013, p. 5).

Proporcionar a cada pessoa o indispensável para que ela possa viver com dignidade (dentro de uma perspectiva individual), é trazer esse mínimo existencial, devendo esta ser compreendida sob uma perspectiva relacional e comunicativa, sendo caracterizada com categoria da co-humanidade de cada ser humano.

Sendo verdadeiros direitos fundamentais, pautados no “mínimo existencial”, que corresponde ao conjunto mínimo de bens materiais imprescindíveis para a existência humana em condições decentes, ou seja, ao próprio núcleo material da dignidade humana, esses direitos estão albergados por um princípio de irreversibilidade, que, concomitantemente, veda o retrocesso social e exige, em relação aos direitos sociais, progressividade, desautorizando a postergação indefinida da satisfação dos direitos sociais pelo Estado. Nesse sentido, é o que afirma Sarlet (2011, p. 141):

O que satisfaz o mínimo existencial guarda relação com necessidades físicas e psíquicas que, embora comuns às pessoas em geral, não podem levar a uma padronização excludente, pois o que o direito à saúde assegura — mesmo no campo dos assim designados direitos derivados a prestações (!!!), não é necessariamente o direito ao tratamento limitado a determinado medicamento ou procedimento previamente eleito por essa mesma política, mas sim, o direito ao tratamento para a doença.

A Constituição Federal determina que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação direta e imediata; assim, pode-se dizer que Estado deve garantir o mínimo existencial, com aplicação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Bobbio (1992, p. 12) “[...] aponta que os direitos fundamentais de nada serviriam se não fossem efetivados.”

Resta claro que os direitos sociais são essenciais para o bom desenvolvimento social. Essas necessidades fundamentais são determinadas pela sociedade e estão intimamente relacionadas à vida e à dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, pela perspectiva objetiva, esses direitos serão caracterizados como núcleo axiológico da Constituição. Deixar de atendê-los pode causar na sociedade um sentimento de injustiça, e, nesse sentido, compreender a noção de mínimo existencial será essencial para exigir tais prestações do Estado de forma razoável.

Por essa razão, e, aqui, diga-se, em especial, “razões orçamentárias”, por si só, não podem ser consideradas como argumento suficientemente forte para a remoção do imperativo da efetivação dos direitos sociais, relacionadas ao mínimo existencial e à dignidade humana; esse núcleo mínimo absolutamente protegido e contra o qual não cabem quaisquer limitações. Nesse contexto, parece-nos claro que a materialidade do princípio da dignidade humana se assenta sobre o denominado “mínimo existencial”.

O núcleo fundamental de tal conceito (mínimo existencial) é o fato de que a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Esta, por sua vez, deve ser digna, muito além da mera sobrevivência física e do limite da pobreza absoluta. Como exemplo, o óbvio: não deixar alguém sucumbir pela fome não é

o suficiente. O indivíduo necessita de conhecimento para a fruição de todos os direitos fundamentais de forma a se desenvolver plenamente, foco este que pode ser dado primeiramente pelas condições básicas de vida como moradia, saúde e complementado pela educação.

Para Habermas (2004), a violação da dignidade humana possui uma função de descoberta, no sentido de conduzir a uma fundamentação dos direitos e na própria construção de novos direitos fundamentais. A dignidade humana seria como a fonte moral da qual se nutrem os conteúdos de todos os direitos fundamentais (direitos sociais básicos). “A dignidade é fundamentada no respeito mútuo.” (HABERMAS, 2004, p. 33).

Os direitos sociais estão protegidos constitucionalmente (núcleo essencial desses direitos), logo, cabe ao Poder Público preservar o mínimo existencial aos cidadãos, como forma de proteção à dignidade humana.

4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA

A Constituição Federal de 1988 é um dos marcos quando se traça um período dentro da história político-jurídica do País, no que se refere à democracia brasileira, trazendo como um dos princípios fundantes, o princípio da dignidade humana. Todas as pessoas possuem diferenças físicas, nenhum ser humano é igual ao outro, diferenças essas no contexto biológico, histórico, culturais, entre outros, mas todos possuem o direito ao mesmo respeito e tratamento (COMPARATO, 2008).

Nesse sentido, conceitua-se que os princípios amplamente defendidos e comentados, no caso, a dignidade humana, são tidos como verdadeiros alicerces e, por essa razão, têm caráter normativo, destinados não somente a tornar compreensível a ordem jurídica, mas, também, a servir como fundamento para a interpretação e até mesmo para a própria criação de normas legais, estruturando os sistemas jurídicos e encontrando respaldo para se estabelecer uma organização.

A dignidade é uma característica intrínseca e inerente ao homem, que o define como tal, pois é essa condição humana que, independentemente de qualquer particularidade, torna a pessoa titular de direitos que devem ser respeitados por todos, em especial pelo Estado. Essa dignidade humana se manifesta pela própria habilidade que o ser humano possui como ser racional e autodeterminante (KANT, 2007).

A partir de 1945, a expressão dignidade humana, e, nesse sentido, de real supremacia, aparece em importantes textos jurídicos, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos do homem, no artigo 1º (1948), proclamando que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos; outro exemplo, a Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena (1993), na qual se discutiu que todos os direitos humanos têm sua origem na dignidade e no valor da pessoa humana, e na própria Constituição Federal do Brasil (artigo 1º, III), traduzindo o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

Sobre os direitos fundamentais e as normas que regulamentam as sociedades democráticas, Habermas (apud LOHMANN, 2013, p. 91) corrobora no sentido que:

[...] os direitos à liberdade *possibilitam* o processo de positivação do direito, sem regulá-lo [...] Os direitos de determinação recíproca *regulam* o processo de positivação do direito e têm peso decisivo como condições constitutivas. Os direitos sociais de participação, ao contrário, têm só um peso condicionado. Eles são “só relativamente fundamentais”, as implicações desses direitos desenvolvem-se e se tornam relevantes, quando o estado de direito se transforme em estado social.

Nesse sentido, por ser um valor tão supremo, a dignidade humana necessita de proteção do Estado, que, por meio de seus poderes de atuação, deve criar mecanismos para a sua promoção e inclusão social. Destarte, Sarlet (2007, p. 6) ressalta que:

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser des-

tacado, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. A dignidade compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe, ou é reconhecida como tal, em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

É importante destacar que entre os direitos fundamentais e os direitos humanos existem premissas que devem ser conhecidas para não causarem confusão entre ambos. Os direitos humanos são positivados em ordem internacional, como tratados e convenções, já os direitos fundamentais são positivados na ordem jurídica interna, como a Constituição e as leis nacionais.

Se a dignidade é um valor inerente da pessoa humana, a dignidade não pode sofrer violações, pois se trata de um valor insubstituível. Portanto, como valor normativo fundamental resguardado pela nossa Carta Magna atrai o conteúdo de todo o rol de direitos fundamentais do homem e está garantida, também, em outros instrumentos de grande importância.

A Revolução Industrial, momentos de guerras passadas, trazem passagens, dentro desse conceito histórico, do próprio ferimento da dignidade humana. Portanto, fez-se necessário trazer instrumentos que protegessem essa dignidade. Nesse sentido, o Tratado de Versalhes (1919) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos são exemplos dessa inserção da ideia de dignidade da pessoa humana dentro do mundo jurídico, ou seja, meios de proteção à essa dignidade. Tanto é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um normativo ampliado garantidor dos direitos individuais e sociais fundamentais, norteando, portanto, alguns países entre esse rol de direitos, inclusive no Brasil.

Por isso, Habermas (apud LOHMANN, 2013, p. 90) tem apenas um conceito de direito e entende sobre ele: “[...] o moderno direito normativo, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição.” Em decorrência direta dessa posição básica, ele tematiza os

direitos humanos “[...] de antemão como direitos no sentido jurídico”, isto é, só na forma de direitos legais fundamentais.

De acordo com Piovesan (2013, p. 146), traça, em sua análise, ponto crucial no que diz respeito aos instrumentos de proteção, “A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais.”

A dignidade da pessoa humana encontra-se ligada diretamente aos direitos fundamentais, por meio de aspectos individuais, sociais e políticos. É um conjunto de garantias que visam salvaguardar a subsistência física, a liberdade do ser humano e a proteção deste aos atos degradantes, objetivando condições mínimas para uma vida saudável, sendo, por isso, certo que o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana vai muito além de valor ético e moral. Nesse pensar, a dignidade seria algo pertencente a cada um, assim não pode ser perdida ou alienada, já que não haveria mais limites a serem respeitados.

Como atividade de prestação do Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações, tanto no sentido de preservar a dignidade existente quanto objetivando sua promoção, em especial, no sentido de criar condições que possibilitem seu pleno exercício e fruição, sendo, então, dependente da ordem comutária, já que há de se buscar até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade (SARLET, 2005).

Assim é que a nossa própria Constituição Federal, ainda que de forma impositiva, coloca ao Estado no que diz respeito à realização dos direitos fundamentais, o sentido real da dignidade humana, constituído como valor superior entre outras normas, em todo ordenamento jurídico.

Se os direitos sociais não forem concretizados, haverá bruscamente prejuízos ao princípio da dignidade humana, como núcleo de proteção ao mínimo existencial. Logo, dentro de tal contexto, se o princípio da dignidade humana não for respeitado, o ser humano, enquanto sujeitos de direitos, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e reais injustiças.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Quando se fala da judicialização dos direitos sociais, e daí conjuntamente a atuação do Poder Judiciário, por ser tratar de direitos com natureza prescricional, verifica-se a discussão entre os três poderes, distinções sobre a questão de orçamentos e ainda as políticas públicas, como forma de discutir a própria ação conjunta do poder Executivo e Legislativo.

Nesse sentido é que a teoria da “reserva do possível”, quando trazida como argumento para negatização dos direitos sociais, deve ser especificamente demonstrada, pela administração, na ausência da efetivação dos direitos sociais.

A ideia da reserva do possível somente se justificaria se demonstrasse que está fazendo o máximo de força, em todos os setores e até o máximo possível, no sentido de priorizar toda sociedade. Assim é que quando se discute referida teoria, e em razão, ainda, das políticas públicas, deve-se proceder uma análise mais efetiva e distintiva quanto ao ponto orçamentário e à própria execução de tais prestações dentro desse orçamento.

Habermas (2004) discorreu acerca da “universalização” desses direitos humanos e, entre estes, da própria dignidade humana. Este trouxe que cabe ao Estado nos garantir o “mínimo existencial”, como forma de proteção e eficácia da própria dignidade. Essa dignidade humana é um bem inalienável, que não pode ser objeto de transação ou renúncia por seu portador.

Colaborando com o exposto, sustenta, ainda, Habermas (apud SARLET, 2005, p. 22) que é preciso salientar que o reconhecimento da dignidade como valor próprio de cada pessoa não resulta, necessariamente, em uma biologiação da dignidade, no sentido de que esta seria como uma qualidade biológica e inata da natureza humana, ou seja, geneticamente pré-programada, como, por exemplo, características físicas. Dentro dos limites da atividade dos poderes pú-

blicos, a dignidade seria algo pertencente a cada um, assim, não pode ser perdida ou alienada, já que não haveria mais limites a serem respeitados.

Como atividade de prestação do Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações, tanto no sentido de preservar a dignidade existente quanto objetivando sua promoção, em especial, no sentido de criar condições que possibilitem seu pleno exercício e fruição, sendo esta dependente da ordem comutária, já que há de se buscar até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade.

Desse modo, o simples argumento da falta de dotação orçamentária não bastaria para a negativa da judicialização dos direitos fundamentais, já que cabe ao Estado, no sentido de “obrigação” (dever prestacional), garantir a aplicabilidade dos próprios direitos fundamentais sociais, no sentido de norma, e como, também, direito fundamental.

Cabe ao Poder Judiciário, quando do levantamento argumentativo da “reserva do possível”, trazer e analisar concretamente a impossibilidade de prestação de um direito social, já que, no caso da judicialização de tais direitos, pode esse mesmo poder efetivar um direito social que foi omitido e que possui proteção na nossa atual Constituição Federal. Nesse momento, há a necessidade de retornar a questão da dignidade humana como um “mínimo existencial” para cada pessoa, como indivíduo.

O valor dessa dignidade parece suficiente para medir esse mínimo, em especial, quando, na questão orçamentária, o que realmente pesa são, simplesmente, opções, não podendo questões orçamentárias impedirem a viabilização de tais direitos sociais, quiçá trazer critérios seletivos de atendimento para garantir o acesso universal a todos os cidadãos, sob pena de ferir o princípio da dignidade humana.

A ideia trazida por Habermas, referente à dignidade, é que a vida não é somente o primeiro e fundamental direito a ser protegido pela lei; é, mais, a própria condição primária de possibilidade de quaisquer outros direitos. Desen-

volve-se, assim, o conceito de supremacia absoluta da vida humana, vida que, para ser entendida como tal, deve ser digna.

É certo que a reserva do possível deve ser analisada em seu caso concreto, mas não pode ser motivo que justifica a *prime facie* a não possibilidade de abrangência dos direitos sociais, pois, assim, estar-se-ia ferindo o mínimo existencial, condição está imposta constitucionalmente pelo Estado para se viver dignamente, fundado em consonância com o princípio democrático, que tem como base a inclusão social e os direitos da cidadania.

5 CONCLUSÃO

A partir da presente pesquisa é possível concluir que a situação da judicialização dos direitos fundamentais sociais é positivada pelas teorias da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”, considerando-se a ideia de um orçamento mínimo aliado às políticas públicas, para o estabelecimento das “garantias sociais mínimas” a toda coletividade.

Sem dúvida, os direitos sociais que podem ser pleiteados pela própria sociedade, devem ser passíveis de justiciabilidade, isto é, devem ser garantidos pelo Poder Público, tendo por base a inclusão social. Além disso, observou-se que entre o contraditório da reserva do possível e da capacidade de investimento social do Estado por meio do mínimo existencial, a realização dos direitos sociais depende da capacidade financeira do Estado, em que, o mínimo existencial representaria o limite para a negativa do dever prestacional do Estado.

No entanto, a simples alegação de possível escassez de recursos e o atendimento da soma fixada na Constituição, ou seja, da reserva do possível, não poderia justificar a omissão Estatal na área da efetivação dos direitos fundamentais, tendo, assim, que demonstrar de forma preliminar, a eficiência da administração pública, por meio de uma maximização dos recursos, a efetiva indisponibilidade total ou parcial destes e o não desperdício dos fundos existentes, sob pena de ferir de forma concreta o princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. A caminho da eugenia liberal? Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Editora 70, 2007.
- LOHMANN, Georg. *As definições teóricas de direitos humanos de Jünger Habermas: o princípio legal e as correções morais*. Tradução Clélia Ap. Martins. Marília: Ed. UNESP, 2013. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/view/2935/2258>>. Acesso em: 21 set. 2015.
- MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana... Ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em: 21 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e trans-individual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia: separação de poderes eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro*. Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no estado democrático de direito*. São Paulo: Ltr, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

A PREVIDÊNCIA SOCIAL E AS FALHAS NA LEGISLAÇÃO QUE IMPEDEM A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Rosane Todescatt Nottar*

Resumo: Neste artigo faz-se uma abordagem dos principais conceitos sobre a dignidade da pessoa humana, demonstrando a importância desse princípio para a Previdência Social; apresenta-se a dificuldade de conceituar o que é dignidade, destacando que o indivíduo é cotidianamente ferido nesse princípio, diante da nova ordem econômica e social vigente. Destacam-se, ainda, os avanços conquistados ao longo do tempo, em especial em nível nacional, com as falhas vigentes que dificultam o pleno exercício do princípio da dignidade pela falta de instrumentos adequados para a sua garantia. Apresenta-se, também, uma análise histórica da Previdência Social, desde épocas mais remotas até os dias atuais. Por meio deste estudo identificou-se a importância da Previdência Social no âmbito da promoção da dignidade da pessoa humana, destacando a importância desse princípio para a realização pessoal do ser humano.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Previdência Social. Regime Próprio.

1 INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é um valor moral e espiritual indissociável da pessoa e presente em todo ser humano. Trata-se de um princípio historicamente construído, de modo que o seu exercício pleno representa uma garantia de harmonia social. Constitui-se em um direito que se sobrepõe a todos os direitos fundamentais, conforme expressam a Carta Magna brasileira e as Constituições da grande maioria dos países. O seu reconhecimento pressupõe respeitar os valores, como o direito à vida, à liberdade e à igualdade entre os seres humanos, todos abarcados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Orientação Educacional pela Faculdade São Luís - Jaboticabal /São Paulo tnottar@bol.com.br

Nos últimos tempos, têm evoluído de modo expressivo as considerações sobre a dignidade humana e da pessoa humana. Com a massificação dos meios de comunicação, em especial da telefonia celular e da internet, e com a mídia escrita e televisada, a sociedade tem tido acesso a um grau de conhecimento jamais visto. A informação e o conhecimento são fortes ferramentas que instrumentalizam os cidadãos para a sua emancipação. Uma sociedade informada se comunica mais e melhor, exercitando o direito de cidadão, em defesa da sua dignidade. Uma evidência disso foram os movimentos recentes em nível nacional, protagonizados pela juventude estudantil, com altos índices de aprovação da sociedade em geral, um exercício claro de cidadania em defesa da dignidade da sociedade.

Com o desenvolvimento da sociedade, o conceito de dignidade da pessoa humana como valor absoluto sofreu grandes mudanças de ordem jurídica, principalmente quanto às liberdades individuais. De acordo com leis vigentes, o indivíduo goza de proteção e garantias, que vão se modificando em razão das modernidades exigidas pela própria sociedade, em decorrência do processo da globalização. O entendimento atual é que o conceito de dignidade da pessoa humana se modifica de acordo com as necessidades da sociedade, portanto, não é estático, variando de acordo com as mudanças estruturais da sociedade.

Essas transformações influenciaram inclusive nas alterações do sistema previdenciário. Para alguns cidadãos, as mudanças foram benéficas, enquanto que para outros, mostraram-se prejudiciais. Prova disso é a aplicação do fator previdenciário nos benefícios concedidos pelo regime geral e outras reformas introduzidas nos regimes próprios de previdência social de servidores públicos. Dessa forma, resultados obtidos com aplicação desses mecanismos comprovaram a violação da dignidade da pessoa humana, assunto que será abordado a partir da análise da aplicação do artigo 40 da Constituição Federal.

2 CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Concepção da dignidade da pessoa humana é ainda muito controversa no meio acadêmico. De acordo com Sarlet (2005, p. 15-19), nem a filosofia consegue definir claramente o que é efetivamente a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeito no âmbito de proteção como norma jurídica fundamental. Para o autor, dignidade é aquilo que é inerente a todo e qualquer ser humano, constituindo o valor próprio que o identifica como tal. Percebe-se, assim, a dificuldade analítica para delimitar um significado para a “dignidade da pessoa humana”, levantando apenas suposições do que seria a dignidade como a condição humana do ser humano.

Pronunciar a palavra dignidade é fácil, o difícil é conceituá-la. Tanto para a Doutrina quanto para alguns autores, o conceito de dignidade apresenta diferentes visões. Portanto, para entendê-la é preciso analisá-la criteriosamente, partindo-se de um caso concreto ou com a utilização de alguma regra, conforme visão de alguns autores. Alexy (2011, p. 112-112) defende que a utilização da regra deve prevalecer sobre o princípio desde que analisado seu conteúdo.

Para outros estudiosos, a dignidade humana deve ser analisada segundo uma contextualização histórica, vinculando-a individualmente ao ser humano, seu único detentor. Independentemente da cultura ou religião à qual o indivíduo pertença, este não pode se sentir ameaçado ou violado em sua dignidade. Embasando-se na teoria de Kant, a dignidade é um atributo congênito de todo ser humano, devendo ser respeitada nas suas duas dimensões, a básica e a cultural. Na dimensão básica, ninguém pode ser reduzido à vontade alheia, devendo ser respeitadas as suas escolhas, desde que não use a autodeterminação e a autonomia da vontade para abrir mão dessa dimensão. Na dimensão cultural, a dignidade constitui o direito de cada cidadão de ter respeitadas as suas opções morais sobre a forma como conduzir e externar a sua vida, tendo como limite a dimensão básica (BAEZ 2011).

Ao mencionar as dimensões da dignidade da pessoa humana, entende Sarlet (2005, p. 16) que, em um primeiro momento, é necessário analisar a com-

plexidade da própria pessoa humana e do meio no qual se desenvolve a sua personalidade, sempre considerando a dignidade da pessoa humana na compreensão de conteúdos de ordem jurídica. Enquanto isso, para Häberle (2009, p. 88-91), a garantia da proteção jurídico-fundamental da dignidade humana assenta-se em quatro dimensões:

- a) a intervenção do Estado para impedir violações no âmbito da sociedade;
- b) a efetivação tanto jurídico-material quanto processual, por meio de leis para proteção da dignidade humana;
- c) a assistência prestacional do Estado ao indivíduo para garantir ao mínimo necessário para sua existência;
- d) quanto ao conteúdo, a organização da dignidade humana começa com a existência e termina com a morte.

Como fundamento do Estado constitucional e de seus poderes, as quatro dimensões da dignidade humana requerem interferência e atuação do poder estatal como forma de garantia da sua proteção. Assim, a Constituição Federal de 1988 prevê que, assim como o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, Moraes (2000, p. 61) acrescenta que, por se constituir em pré-requisito à existência humana, a dignidade da pessoa humana torna-se vital para o exercício dos demais direitos, sendo um direito irrenunciável e inalienável.

Sarlet (2005, p. 20) defende que a dignidade, como um elemento qualificador do ser humano como tal, dele não pode ser destacado. Entende-se que a qualificação do ser humano como tal não permite retirar ou diminuir em hipótese alguma a dignidade humana, pois ela é um atributo congênito de todo o ser humano, o que vale dizer que o ser humano tem o atributo “qualidade”. Como a dignidade humana está dentro das pessoas, considera-se que o ser humano nasce com uma qualidade inalienável, a qual pode ser considerada um sentimento interno. Exemplificando, o ser humano não se vende para se deixar torturar, uma vez que “[...] o

indivíduo possui qualidades congênitas”, fazendo com que o ser humano reaja, não se deixando transformar em um objeto descartável (BAEZ, 2011).

Para saber se foi violada ou não a dignidade de uma pessoa, é preciso analisá-la de forma concreta, caso a caso. Na visão Kantiana, o entendimento é que a dignidade da pessoa humana é ferida sempre que o ser for rebaixado à condição de objeto, ou seja, quando ele for descaracterizado como sujeito. Considerando que o ser humano é dotado de capacidades, ele consegue tomar consciência de seus atos e de situações que colocam em risco sua integridade física e moral. Como sujeito dotado de inteligência, reage a toda e qualquer forma de ameaça, principalmente quando for reduzido a objeto ou quando forem violados direitos fundamentais essenciais para a garantia de condições mínimas para a existência humana digna (SARLET, 2005).

Essas garantias de condições mínimas caracterizam-se pelo contemplamento do mínimo existencial, tendo seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Sua proteção aparece em vários textos constitucionais, como a Constituição de Bonn, a Portuguesa e a Brasileira, visto que todas radicam a dignidade humana como garantia ao mínimo existencial. Na Constituição Brasileira, o mínimo existencial encontra sua legitimidade nos próprios princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito enumerados no art.1º da CF: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político (BRASIL, 1988; TORRES, 2003).

Para atender a essas garantias mínimas, além dos direitos individuais e coletivos previstos na Constituição como fundamentais, é necessário assegurar aos indivíduos a garantia dos direitos sociais, como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, entre outros (artigo 6º da CF/88). Nesse sentido, como Estado Democrático de Direito, o Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 estabelece a necessidade de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, considerados valores supremos (BARRETO, 2003).

Não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, vivenciado concretamente por todo ser humano. Porém, frequentemente são identificadas situa-

ções em que ela é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade, não sendo difícil identificar o rol de situações em que o ser humano é vítima. Declarações de Direitos Humanos apenas listam os direitos fundamentais, como a proteção da dignidade da pessoa humana. Falham, porém, na definição de como garanti-los, cabendo ao Estado assegurar o exercício desse direito (SARLET 2005).

Conforme observado nas quatro dimensões, a garantia da dignidade humana como fundamento do Estado constitucional e de seus poderes necessita de interferência e atuação do poder estatal como forma de proteção. Conforme menciona a Constituição da Suíça, a responsabilidade pela sua proteção é do Estado, definindo que, “[...] aquele que estiver em estado de necessidade e não estiver em condições de cuidar de si próprio, é titular de uma pretensão de ajuda e acompanhamento e aos meios indispensáveis a uma existência digna.” (HABERLE, 2009). Evidencia-se, assim, a responsabilidade e obrigação do Estado em promover o desenvolvimento saudável do ser humano, bem como assegurar as condições mínimas necessárias à sobrevivência, como saúde, alimentação, moradia, entre outras, para que o indivíduo possa viver dignamente. Mas adverte o Tribunal Constitucional da Baviera, no artigo 100, que: “[...] o homem, como pessoa, é titular dos mais altos valores morais-espirituais e possui um valor moral próprio [...] Portanto, a dignidade humana é inviolável diante de todas as intervenções jurídicas e políticas patrocinadas pelo Estado e pela sociedade.” (HÄBERLE, 2009).

Para identificar se a dignidade da pessoa humana foi violada ou não, Alexy (2011, p. 112-113) propõe a utilização de regras ou princípios; recomenda interpretá-la confrontando-a com uma regra, pois sua natureza deve ser constatada, e não questionada se ela se sobrepõe às outras, mas, sim, se ela foi ou não violada. O autor diz que é fundamental interpretar e entender a dignidade, e acrescenta que, na constatação de duas normas da dignidade humana, uma regra e um princípio, em face a outros princípios, deve-se dar preferência ao conteúdo da regra da dignidade humana.

Nesse sentido, Sarlet (2005, p. 17) ressalta a necessidade de um debate jurídico que possibilite uma compreensão adequada da dignidade da pessoa humana, viabilizando uma legítima e eficaz proteção, além de a compreensão de seu conteúdo servir como princípio e fundamento de direitos e deveres fundamentais.

Ao analisar as interpretações apresentadas pelos autores, permite-se compreender que a dignidade é entendida quando analisada de forma concreta. Entende Sarlet (2005), que é por meio de um debate jurídico adequado que se verifica a eficaz proteção da dignidade da pessoa humana, identificando se ela foi violada ou não, sendo necessário analisá-la sempre de forma concreta. Cada caso é um caso. Na mesma linha de pensamento de Baez, que além desse critério, afirma que se deve interpretar o caso com a utilização das duas dimensões, a básica e cultural. Por sua vez, sugere Alexy a utilização de regras ou princípios para identificar se a dignidade da pessoa humana foi ou não violada.

Portanto, esse importante princípio norteia a previdência social, consagrada como Direito Fundamental no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Tem enfoque voltado a preservar as adversidades da vida, entre elas a doença que afasta o indivíduo de sua atividade habitual, tema abordado com mais ênfase a seguir.

3 ANÁLISE HISTÓRICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A origem da proteção social no Brasil é ainda muito controversa, iniciando com a Lei Eloy Chaves, respeitando as iniciativas dos jesuítas na época do Império. Como marco constitucional, a evolução da proteção social no Brasil passou por vários momentos, iniciando pela Constituição Imperial de 1824, que previa, em seu art. 179, apenas as garantias aos socorros públicos. Posteriormente, surgiram outras constituições que implementaram alguns conceitos inovadores até se chegar à definição atual de previdência social (CAMPOS, 2011b).

Assim, foi a partir do surgimento da Constituição Brasileira que foi criada a proteção social no âmbito das normas fundamentais. A Constituição de 1934 foi a primeira a mencionar um título específico à ordem econômica e social.

Por sua vez, a Constituição de 1988 trouxe ao mundo jurídico um capítulo específico, que trata dos direitos sociais relativos à seguridade social.

O desenvolvimento econômico somente pode ser aceito quando acompanhado do desenvolvimento humano e social. Dessa forma, entende-se que proteger os direitos do trabalhador é resguardar toda a sociedade, a qual se desenvolveu com o processo de globalização e integração econômica, buscando a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos. Nessa perspectiva, o direito previdenciário é um dos instrumentos que garantem a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (REALE, 1997).

Percebe-se, assim, que não é de hoje a preocupação brasileira com o bem-estar de seus cidadãos. Consultando as Declarações de Direitos Humanos, elas apenas listam os direitos fundamentais, como a proteção da dignidade da pessoa humana. Porém, a efetivação de suas garantias depende sempre da intervenção do Estado. Assim, para proteger todos os brasileiros residentes ou não no País, surgiram ainda leis de seguridade social contempladas em Acordos Internacionais de Previdência Social, como forma de harmonizar as legislações previdenciárias. Como exemplo disso tem-se o Acordo no âmbito do Mercosul, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 451/2001, que assumiu compromisso de proteção social para os trabalhadores brasileiros que estão fora de seu domicílio.

Para entender a importância da Previdência Social na vida do cidadão brasileiro, foi realizado um estudo aprofundado sobre as coberturas de benefícios previdenciários estabelecidos no artigo 201, bem como comparados ao artigo 40 da Constituição Federal, que adota diferentes regras de aposentadorias para o servidor público. Entre essas regras, cita-se a aposentadoria por invalidez, que é definida para os Regimes Próprios de Previdência Social, tipificados no artigo 40, I, da Constituição Federal de 1998 (alteração feita pela Emenda Constitucional n. 70/2012).

Dessa forma, o aposentado servidor público ainda fica à mercê de garantias previdenciárias. É nessa lógica que as interpretações sobre dignidade da pessoa humana, apresentadas pelos autores Sarlet e Alexy, permitem compreen-

der que a dignidade é entendida quando analisada de forma concreta. Portanto, entre os casos analisados neste estudo, fica evidenciado que a dignidade foi violada quando do prejuízo do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez do servidor público.

Apurou-se que as consequências dessa proteção insuficiente atingem diretamente o princípio da dignidade humana e, ao permitirem reduções de proventos, diminuem recursos que comprometem o atendimento das necessidades básicas dos indivíduos. Apesar disso, identificou-se que, como função, a previdência social teria um enfoque voltado à promoção da proteção social. Portanto, nesse caso da redução de proventos na aposentadoria por invalidez, não houve a devida atenção do legislador ao deixar uma lacuna na lei que não permite deferir o benefício de aposentadoria por invalidez de forma integral a todos os servidores públicos (BRASIL, 1988).

4 FALHAS NA LEGISLAÇÃO QUE IMPEDEM A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Neste estudo analisam-se os benefícios previdenciários concedidos aos servidores públicos vinculados aos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS). Demonstrou-se que, com a aplicação do artigo 40 da CF/88, o servidor público incorre em prejuízos financeiros, principalmente quando acometido por doença não tipificada no Inciso I do artigo 40, como, por exemplo, acidente vascular cerebral, tendo como consequência a perda de movimentos (o acamado), bem como outras doenças, como problemas na coluna vertebral, que dificultam a locomoção e, conseqüentemente, o desenvolvimento das atividades laborais.

Dessa forma, os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são penalizados na aquisição desse tipo de benefício de aposentadoria por invalidez, especificamente os que não se enquadram nos requisitos fixados na lei, ou seja, os que não estão acometidos por Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS, neoplasias, tuberculoses,

entre outras doenças listadas como graves ou incuráveis. “I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;” (BRASIL, 1988).

Assim, em decorrência da regra do artigo 40 da CF/88 a ser aplicada para a aposentadoria por invalidez do servidor público, o valor dos proventos de aposentadoria poderá ser proporcional ao tempo de contribuição, o que, obviamente, resulta na redução nos proventos. Isso pode ser interpretado como lesão ao princípio da dignidade humana, pois, além de o trabalhador não estar mais em condições de realizar sua atividade habitual/laboral por motivo de saúde, vê-se diante de prejuízos financeiros irreparáveis, pois os resultados dos proventos tornam-se inferiores a sua remuneração salarial percebida na ativa.

Essa situação em que os servidores públicos estão expostos não ocorre com outros trabalhadores filiados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), pois a Lei n. 8.213/91, que disciplina os benefícios concedidos pelo regime geral, trata a pessoa portadora de qualquer doença que o incapacite para o trabalho com mais dignidade; ela concede 100% da média do salário de benefício, além de um adicional de 25% no provento quando o segurado comprovar necessidade de auxílio permanente de terceiros. Enquanto para o servidor público, aplica-se a regra proporcional, excetuando situações de acidentes de trabalho, doenças graves, contagiosas ou incuráveis.

Desse modo, fica demonstrado que os benefícios concedidos aos servidores públicos especialmente por invalidez não são vantajosos. Mesmo com a aplicação na Emenda Constitucional n. 70, de 29 de março 2012, os benefícios de aposentadoria por invalidez proporcional não foram eliminados. Modificaram-se com a Emenda apenas a regra da base de cálculo do benefício (antes era somente calculado pela média aritmética das maiores contribuições previdenciárias a partir de 1994) e a forma de reajustamento dos benefícios. Isso significa que essa Emenda pouco alterou para beneficiar o servidor público, apenas corrigiu a forma

de realizar o cálculo do provento, pois, dependendo do ano que o servidor ingressou no serviço público, será feita a base de cálculo para o provento.

Após a análise desse tipo de benefício de aposentadoria por invalidez, conclui-se que quando um trabalhador tem sua renda reduzida ao ingressar na inatividade, são geradas dificuldades financeiras, caracterizando um forte indício de que sua dignidade foi ferida, pois os seus esforços não foram reconhecidos pela sociedade. A chegada da aposentadoria é um momento em que muitos já estão com a saúde debilitada, e a redução na sua renda significa um duro golpe na sua dignidade, como no caso da aposentadoria por invalidez do servidor público, em que os proventos são percebidos de forma proporcional.

Portanto, ao estudar as origens da previdência social brasileira, considerada uma política de proteção social, questiona-se a forma fixada pelo legislador no artigo 40, a qual trata a aposentadoria por invalidez do servidor público de forma injusta, prejudicando o atendimento das necessidades básicas, bem como não visa à melhoria de sua condição social. Esse critério, além de prejudicial, ofende o princípio da dignidade da pessoa humana. O acesso à previdência social deve ser o caminho para o cidadão contar com as garantias da proteção social, especialmente nesses casos, em que a obtenção de benefícios previdenciários tem a finalidade de garantir a sobrevivência.

Logo, a previdência social, com o objetivo de estabelecer um sistema de proteção social para proporcionar meios indispensáveis de sobrevivência ao segurado e à sua família, destina-se a cobrir as contingências decorrentes de doença, invalidez, morte, maternidade, sempre dentro de um caráter contributivo, cabendo-lhe conceder aposentadorias, pensões, entre outros tipos de benefícios previdenciários (MARTINS, 2004).

Entende-se que, como política de proteção social, a previdência social é um seguro público e coletivo, que visa proteger o cidadão dos riscos sociais. Esse juízo é também defendido por Campos (2011a), para quem os riscos sociais pelos quais os cidadãos estão cobertos enquanto segurados da previdência social dependem de estes terem efetivado uma contrapartida contributiva determinada pela le-

gislação para usufruir dos benefícios. Diante disso, percebe-se que esse requisito é cumprido quando o desconto é feito na folha de pagamento do servidor público.

Desse modo, a previdência social tem como objetivo assegurar aos seus beneficiários os meios indispensáveis de manutenção dos direitos e garantias fundamentais, atendendo às necessidades vitais básicas, como saúde, alimentação, moradia, vestuário, entre outras, previstas na Constituição Federal. Nesse sentido, para possibilitar ao cidadão trabalhador as condições mínimas de sobrevivência, a previdência contemplou, em seu arcabouço, os motivos relevantes, como doença, invalidez, idade avançada, amparo à gestante, salário família e reclusão ou morte dos quais outros dependem economicamente para atender às necessidades básicas (art. 201) (BRASIL, 1988).

Mas, como pode se observar, o artigo 40 da CF/88 deixou uma lacuna prejudicial aos servidores públicos ao não fixar a aposentadoria por invalidez de forma que a remuneração permaneça com o mesmo valor nos proventos de aposentadoria. Ainda, de acordo com as Emendas Constitucionais, pouco foi alterado para melhorar as regras desse tipo de benefício. Assim, ainda permanece na legislação uma lacuna que necessita com urgência de alterações para que o servidor público possa obter um benefício por invalidez mais justo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS E RECOMENDAÇÕES

Observou-se, por este estudo, que o conceito de dignidade da pessoa humana como valor absoluto passou por grandes mudanças de ordem jurídica quanto às liberdades individuais. Percebeu-se, também, que o indivíduo goza de proteção e garantias que se modificaram em razão das modernidades exigidas pela própria sociedade, decorrentes do processo de globalização.

O estudo possibilitou, ainda, entender a evolução do princípio da dignidade da pessoa, bem como compreender que todas as pessoas são portadoras desse direito, simplesmente por existirem na sociedade ou por se relacionarem

com os outros. O entendimento da dignidade é uma condição humana do ser humano, e sua definição ainda é motivo de controvérsias no meio acadêmico.

Ficou demonstrado pelo estudo que foi violado um dos princípios mais importante de Constituição brasileira, a dignidade da pessoa humana, pelo fato de as leis previdenciárias não contemplarem adequadamente os benefícios previdenciários no caso da aposentadoria por invalidez do servidor público. As regras de benefício analisadas demonstraram taxativamente que o servidor público sofre perdas ao se aposentar, pois é excluída de maneira ofensiva a renda mensal, impedindo o aposentado de ter o direito de viver dignamente, com alimentação de qualidade, lazer e bem-estar.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos Humanos dependentes de fatores culturais – novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais – Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. 26. ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2008.
- BRASIL. Emenda Constitucional n. 70, de 29 de março de 2012. Acrescenta art. 6º-A à Emenda Constitucional nº 41, de 2003, para estabelecer critérios para o cálculo e a correção dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até a data da publicação daquela Emenda Constitucional. Brasília: Presidência da República, 2012. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc70.htm>. Acesso em: 05 jul. 2014.
- CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2. ed. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011a.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Regimes Próprios de Previdência Social – um direito ou um castigo para o servidor. In: Simpósio de Direito Previdenciário, 16., 2011. *Anais...* Chapecó, 2011b.

HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito constitucional*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. *Fundamentos de direito da seguridade social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004. (Série fundamentos jurídicos).

MARCO, Cristhian Magnus de. Elementos sobre autonomia privada e sua relação com o mínimo existencial na teoria dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais – Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

NOTTAR, Rosane Todescatt. Regime Próprio de Previdência Social: um direito ou uma penalidade para o servidor público municipal de Chapecó-SC. (TCC), In: SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, SEMINÁRIO INTEGRADO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO E MOSTRA CIENTÍFICA, 2012. *Anais...* Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/siepe/article/view/3309/1833>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

REALE, Miguel. A globalização da economia e o Direito do Trabalho. *Revista LTr*, v. 61, n. 1, p. 11-13, jan. 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A PREVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL A PARTIR DA VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COM COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Jeison Francisco de Medeiros*
Cristhian Magnus De Marco**

Resumo: O objetivo com o presente artigo foi analisar as mudanças que vêm ocorrendo no sistema processual brasileiro, com uma crescente valorização dos precedentes jurisprudenciais. A criação de novos institutos processuais, notadamente após a Emenda Constitucional n. 45/04, evidencia essa constatação, como: o incidente de recursos repetitivos, no âmbito do STJ, a súmula vinculante e ainda o instituto da repercussão geral, como requisito de admissibilidade de recursos extraordinários. O método de pesquisa utilizado é o bibliográfico e documental, explorando-se a legislação brasileira e as análises produzidas no âmbito da dogmática do direito processual e dos direitos fundamentais. Ao final da pesquisa, concluiu-se, provisoriamente, que a defesa da fundamentação adequada das decisões judiciais, baseada em ampla cognição com a produção de provas em que se assegurem os princípios do contraditório e da ampla defesa, é a melhor forma de propiciar ao cidadão/jurisdicionado o conhecimento sobre as razões de fato e de direito que levaram o Estado a decidir, evitando-se dedutivismos e decisionismos em nome da eficiência da estrutura judicial.

Palavras-chave: Precedentes jurisprudenciais. Direitos fundamentais. Dever de fundamentação.

* Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; mes-trando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Profes-sor de Direito Processual Civil e Direito Tributário e Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Universidade do Contestado de Curitiba; Advogado; jeisonmedeiros@unc.br

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Área de Concen-tração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado); Mestre em Direito (Área de concentração: Instituições Jurídico-políticas) pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universi-dade do Oeste de Santa Catarina; cristhian.demarco@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro caminha no sentido de se estabelecer maior previsibilidade para as decisões judiciais, o que inevitavelmente desemboca em uma maior valorização dos precedentes judiciais, sob o argumento de segurança jurídica.

Com isso, medidas de cunho legislativo foram adotadas, em especial a partir da Emenda Constitucional n. 45/04, quando se estabeleceram questões no âmbito recursal cível que, efetivamente, acabam por limitar o acesso à justiça, ao menos em segundo grau de jurisdição.

Nesse âmbito, o que se questiona é se efetivamente está a se presenciar essa situação no sistema jurídico brasileiro, ou seja, se em um sistema que possui a lei por fonte primária de direito, está-se a caminhar em direção ao modelo anglo-saxão, que prioriza os precedentes judiciais como fonte de direito.

Além disso, em que medida a fundamentação das decisões judiciais pode se efetivar como meio de acesso à justiça?

Nesse seguimento, por meio de pesquisas bibliográficas, buscou-se levantar respostas a esses questionamentos visando contribuir com uma análise da importância da fundamentação das decisões judiciais.

2 A PREVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Duas distintas tradições jurídicas, surgidas em momentos históricos diferentes, dividem o direito. Uma derivada do direito romano e outra do direito anglo-saxão. Cada uma com institutos próprios.¹

¹ No conjunto extraordinário de circunstâncias e fatores culturais, responsáveis pela derrocada no mundo medieval e formação do mundo moderno, é possível identificar alguns deles mais diretamente responsáveis pela continuidade dos esquemas procedimentais herdados do direito privado romano. Antes de mais nada, é indispensável considerar que tanto o sistema jurídico da Europa Continental quanto a *common law* são de certa forma descendentes do direito romano [...] (SILVA, 1997, p. 102).

Na cultura jurídica brasileira prepondera historicamente o sistema jurídico conhecido como *civil law*,² cuja fonte principal de direito é a lei, que visa regular todas as condutas entre as pessoas a elas submetidas, “[...] ficando ao judiciário apenas a função de aplicar a lei ao caso concreto, não podendo inovar ou mesmo criar novo direito.”³ (MARINONI, 2011).

Por meio desse sistema jurídico, para que o julgador pudesse aplicar a lei, esta deveria ser clara, coerente e abranger todos os casos possíveis, não deixando, assim, dúvidas nem lacunas na sua interpretação,⁴ tampouco possibilidades de arbítrio do julgador.⁵

Nesse contexto, uma maior previsibilidade das decisões judiciais é esperada no sistema jurídico *civil law*, posto que a lei teria, em tese, que trazer regulações abrangentes para todos os casos possíveis, ou, pelo menos, quando surgisse algum conflito de interesse, haveria uma previsão legal adequada para ser aplicada pelo Judiciário.

Por outro lado, o sistema jurídico denominado *common law*⁶ adota o direito costumeiro como fonte primária de direito, o qual é “[...] coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios.” (REALE, 2002, p. 141).

² A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, como se verifica na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contract Social* (REALE, 2002, p. 142).

³ De acordo com Montesquieu, o “poder de julgar” deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o poder de julgar. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei” (MARINONI, 2011, p. 53-54).

⁴ Os Códigos deveriam ser claros e completos. O medo do arbítrio judicial, derivado da experiência do *Ancien Regime*, não apenas exigia a separação entre o poder de criar o direito e o poder de julgar, como também orientava a arquitetura legislativa desejada (MARINONI, 2011, p. 55).

⁵ Karl Engisch já defendia que com o objetivo de impedir o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis haveriam de determinar-se de tal modo que a função judicial se reduziria à pura aplicação do Texto Legal (SILVA, 1997, p. 104).

⁶ René David explica que o termo *common law* surgiu como *comune ley* na língua normanda, justamente porque o “direito comum” inglês nasceu após a conquista da Inglaterra, em 1066. Era “comum” porque era originário das sentenças dos Tribunais de Westminster, que valiam em toda a Inglaterra em oposição aos direitos costumeiros e particulares de cada uma das tribos que formavam o povo da ilha (RAMIRES, 2010, p. 63).

O que diferencia contundentemente esse sistema do sistema da *civil law* é a *doctrine of stare decisis*.⁷ além do fato de existir a obrigação de respeito às decisões judiciais pronunciadas em casos passados.

Contudo, nos países que adotam a lei por fonte de direito, o julgador, ao aplicar a lei em caso concreto, diante de um conflito de interesses, deve buscar amoldá-la à Constituição, ou seja, interpretá-la constitucionalmente observando sempre os princípios constitucionais bem como os direitos fundamentais, fato esse surgido com o pós-guerra, que levou os Estados a reconhecerem e assegurarem a dignidade da pessoa humana bem como direitos e garantias fundamentais, iniciando uma nova forma de aplicar a lei aos casos postos à apreciação do Judiciário.

Esse “neoconstitucionalismo”⁸ culminou em uma expansão do Poder Judiciário que, ao aplicar o direito aos casos postos à sua apreciação, passou a observar os comandos constitucionais por meio de princípios e garantias de direitos fundamentais.⁹

Nesse contexto, observa-se o que se tem chamado de “ativismo judicial”,¹⁰ que acaba por ultrapassar aquela ideia anterior de que o Judiciário seria a “boca da

⁷ A expressão *stare decisis* é uma redução da frase latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que se pode traduzir por “ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto”. A palavra *doctrine*, por sua vez, é mais bem transcrita nesse contexto por “regra”, de modo que a *doctrine estare decisis* representa a regra segundo a qual as coisas devem ficar como foram decididas pelos juízes e pelas Cortes do passado (RAMIRES, 2010, p. 65).

⁸ Lembre-se que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*, de modo que o *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros ou das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes (MARINONI, 2011, p. 100).

⁹ O fim da Segunda Guerra Mundial apresentou à humanidade um prato de difícil digestão: a banalidade do mal, produzindo efeitos variados nas diferentes áreas do conhecimento humano. No direito em geral e, no constitucional em particular, esses eventos representaram o ápice do processo de superação do positivismo jurídico, que havia se tornado dominante nas primeiras décadas do século, e um retorno à ideia [sic] de valores. Voltou-se a reconhecer, humildemente, que o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade e na experiência civilizatória dos povos (BARCELLOS, 2002, p. 23-24).

¹⁰ A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva

lei”, pois que, nessa nova postura da função jurisdicional, em interpretar e aplicar a Constituição, tem-se o Judiciário criando normas jurídicas e exigindo sua obediência pelos demais Poderes e pelos particulares. Pode-se citar como exemplo a faculdade de edição de Súmulas Vinculantes, atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o que se tem é uma aproximação do sistema jurídico adotado pelo Brasil em relação ao sistema jurídico anglo-saxão, posto que a partir do mencionado ativismo judicial, uma maior previsibilidade e estabilidade do direito tem sido observada.

Não há dúvida que o papel do atual juiz de *civil law* e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law* (MARINONI, 2011, p. 100).

Atualmente, por haver independência dos magistrados em suas decisões, o que se presencia no direito brasileiro é uma ausência de segurança jurídica, posto que decisões divergentes em casos semelhantes sejam verificadas em todas as esferas do Poder Judiciário.¹¹

Isso se deve ao fato de os juízes e os tribunais não observarem modelos mínimos de racionalidade ao decidirem (MARINONI, 2014, p. 67).

“O *Civil Law* dos Códigos não cumpriu a missão de realizar a segurança jurídica com a tentativa de normatização de todas as situações e a eliminação de todas as dúvidas que poderiam surgir quando da aplicação da produção legislativa.” (GONÇALVES, 2012, p. 9).

A segurança jurídica está intimamente vinculada à previsibilidade, posto que desta surja a “confiança”¹² depositada nas normas jurídicas antes de es-

violação da Constituição; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 7).

¹¹ As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte. As Turmas não guardam respeito pelas decisões das seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual (MARINONI, 2011, p. 127).

¹² A proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos Poderes Públicos (CANOTILHO, 2002, p. 257).

tar em juízo, bem como em relação às pessoas de fora do processo, em observarem o comando normativo de suas condutas por meio dos precedentes.

A partir disso, desde a Emenda Constitucional n. 45/04, somada à Emenda Constitucional n. 19/98, busca-se implantar maior previsibilidade na prestação jurisdicional.¹³

Para Marinoni (2014, p. 9), “Nesse contexto, a previsibilidade efetivamente importa quando se percebe que de um mesmo texto legal pode ser extraído várias interpretações ou normas jurídicas.”

Para atender a essa previsibilidade da prestação jurisdicional, com as reformas mencionadas, foram criados os institutos do Incidente de Recursos Repetitivos, no âmbito do STJ, da Súmula Vinculante e, ainda, o novo Instituto da Repercussão Geral, como requisito de admissibilidade de recursos extraordinários no STF.

Por essas “alterações no sistema recursal cível brasileiro”,¹⁴ vislumbra-se o objetivo de se estabelecer maior previsibilidade na prestação jurisdicional por meio da nova ordem jurídica que vem sendo implantada no sistema jurídico brasileiro, tendo como justificativa o princípio eficiência da administração da justiça influenciado pelo “neoliberalismo”,¹⁵ o que será trabalhado na próxima seção.

2.1 DO RECURSO REPETITIVO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Implantado pela Lei Federal n. 11.672/2008, o art. 543-C do CPC visou editar técnica capaz de permitir a resolução de questões de direito para se evitar a proliferação de recursos no STJ bem como dar maior celeridade no julgamento dos recursos já em trâmite.

¹³ Há alguma preocupação, na ordem jurídica brasileira, com a previsibilidade. Nesse sentido, podem ser citadas as normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de “afirmar” o sentido das normas constitucionais (MARINONI, 2011, p. 127).

¹⁴ Isso quer dizer que para a previsibilidade não resta alternativa a não ser a unidade do direito, derivada do exercício da função das Cortes Supremas (MARINONI, 2014, p. 109).

¹⁵ [...] o elemento vital do pensamento neoliberal é o pressuposto de que as liberdades individuais são garantidas pela liberdade de mercado e de comércio [...] (HARVEY, 2012, p. 17).

Para alguns, essa modalidade de análise recursal resgatou o papel do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, de uniformizador da legislação infraconstitucional.

Havendo multiplicidade de processos tratando de mesma matéria de direito nos Tribunais de Justiça, cabe ao presidente do Tribunal de segunda instância encaminhar um ou mais recursos representativos para a análise do STJ que o julgará e, pelo disposto no art. 543-C do CPC, estenderá seus efeitos aos demais que estarão sobrestados aguardando seu julgamento.

Como requisito de adequação ao instituto do recurso repetitivo, todos os demais que sejam atingidos pelos seus efeitos devem tratar de mesma matéria, ou seja, com fundamento em idêntica questão de direito.

O fato de se editar o instituto dos recursos repetitivos demonstra que a função constitucional do STJ de unificar a jurisprudência em torno da interpretação da Lei Federal está fracassada, posto que se há a necessidade de se editar instituto para assegurar o que a Constituição já assegurava é porque as decisões do Superior Tribunal não estavam sendo respeitadas.

De qualquer forma, trata-se de instituto que visa, além dos objetivos já comentados, fazer respeitar os precedentes do STJ para garantir maior segurança jurídica em suas decisões, o que de fato vem ocorrendo, pois há uma tendência muito forte pelas instâncias inferiores em observar as decisões do STJ proferidas em âmbito de recurso repetitivo.

Além disso, o novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, traz previsão expressa¹⁶ que as decisões do STJ em recurso repetitivo terão efeito vinculante, inclusive podendo o juiz efetuar julgamento liminar do pedido, o que “[...] também está intimamente ligado à questão da força vincu-

¹⁶ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

^I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

^{II} - os enunciados de súmula vinculante;

^{III} - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.” (BRASIL, 2015).

lante das decisões nos Tribunais Superiores”, quando contrariar seus precedentes (MARINONI, 2011, p. 492).

2.2 DA SÚMULA VINCULANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As Súmulas surgiram no direito processual brasileiro com a justificativa de desafogar o Judiciário e de facilitar o julgamento dos processos, servindo de guia de interpretação.¹⁷

Porém, jamais poderiam ser pensadas como precedente judicial. Até porque sua decisão não vinculava a nada e a ninguém, como também, sobretudo, nunca foram instituídas com base em análises fáticas das questões postas em juízos, como realmente é no sistema precedentalista.

Dessa forma, sob o argumento¹⁸ de não mais apenas conferir celeridade ao trâmite processual no Judiciário, mas também de efetivar coerência e segurança jurídica, foi instituída pela Lei Federal n. 11.417/2006 a súmula vinculante, a qual vincula ao seu conteúdo toda a Administração Pública direta e indireta nas esferas Federal, Estadual e Municipal, como também todo o Judiciário. Até o presente momento já foram editadas 42 súmulas vinculantes desde 2006.

Nos termos do § 1º, do art. 103-A, da CF/88, a Súmula Vinculante tem por objetivo superar “[...] controvérsia atual” capaz de gerar “[...] grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos,” (BRASIL, 1988).

Destaque-se, por oportuno, que não há como pensar que as súmulas do STF, de modo geral, “[...] quando pensadas como enunciados elucidativos dos

¹⁷ Lembre-se que, para justificar as súmulas, aludiu-se à necessidade de “desafogar o Judiciário”, mas nunca se disse – ao menos antes da “súmula vinculante” – que era preciso afirmar a coerência da ordem jurídica, garantir a segurança jurídica e impedir que casos semelhantes fossem decididos de modo igual (MARINONI, 2011, p. 492).

¹⁸ Essa nova “modalidade” de súmula surgiu da percepção de que as súmulas vinham sendo tratadas como enunciados gerais e abstratos, descompromissados com os casos e precedentes que lhes originaram e com uma metodologia incapaz de permitir a sua adequada aplicação em um sistema preocupado em tutelar a coerência da aplicação do direito e da segurança jurídica (MARINONI, 2011, p. 489).

precedentes que tocam em determinada questão, possam não ter eficácia vinculante.” (MARINONI, 2011, p. 489).

De qualquer forma, a súmula vinculante é a inscrição de um enunciado a partir da *ratio decidendi* de precedentes – ou, excepcionalmente, de precedente – que versam uma mesma questão constitucional. (MARINONI, 2011, p. 492).

2.3 DA REPERCUSSÃO GERAL COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A repercussão geral foi instituída pela Lei Federal n. 11.418/2006 que regulamentou o art. 102 da CF/88, tendo acrescentado os arts. 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, que passou a exigir como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário que o recorrente demonstre que a matéria a ser apreciada pela Suprema Corte repercute além do interesse subjetivo das partes, considerando seu caráter econômico, político e social ou jurídico.

Dessa forma, como primeiro requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, está a repercussão geral que, uma vez não demonstrada, inevitavelmente resultará em não seguimento do recurso e, conseqüentemente, dos demais que se encontram sobrestados até a apreciação da repercussão daquele, desde que se trate de matéria semelhante, considerando o caráter vinculante da decisão em comento, que inclusive é irrecorrível.

O efeito vinculante da repercussão geral reforça a supremacia do precedente do STF, estabelecendo que deve ser seguida obrigatoriamente a decisão que apreciar a repercussão geral.

Do ponto de vista da celeridade processual, o referido instituto é eficiente, posto que permita que por meio de um julgamento se evite a análise de outros tantos processos com questões semelhantes.

3 NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça, formal e material, quando efetivamente garantido e oportunizado, promove a dignidade da pessoa humana, pois proporciona meios de efetivação de mais direitos subjetivos, inclusive aqueles previstos como necessários ao mínimo existencial.

Conforme Cappelletti e Garth (1988, p. 12), “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”

Nesse sentido, quando o Estado busca trazer maior previsibilidade em sua prestação jurisdicional, visando, assim, gerar maior segurança jurídica, deve garantir que o acesso à justiça seja pleno, ou seja, não apenas com a certeza de um devido processo legal, mas, também, com a fundamentação adequada na decisão que resolve o litígio.

Conforme Canotilho (2002, p. 257), “Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexiada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito [...]”

Decisões de caráter “cognitivistas”, de ofício ou que, serodidamente, ainda buscam a “verdade real” se pretendem “imunes” ao controle intersubjetivo e, por tais razões, são incompatíveis com o paradigma do Estado democrático (STRECK, 2011, p. 380).

Contudo, “[...] a inevitável imprecisão das leis em geral, e ampla gama permitida para a sua interpretação, encorajam uma arbitrariedade na tomada de decisões que apenas uma submissão à justiça pode debelar.” (RAWLS, 2000, p. 63).

Como já afirmado, diante da necessidade de se interpretar a lei com base na Constituição, o que tem gerado um ativismo do Judiciário, também exige desse Poder maior equilíbrio em suas decisões, para não ultrapassar os limites de sua independência.

O Judiciário não pode substituir o legislador (não se deve esquecer, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, contingencial) (STRECK, 2011, p. 370).

Em outras palavras, deve haver certa subjetividade na interpretação das normas e leis gerais da sociedade, todavia, ela não se consubstancia em “carta branca” aos intérpretes. Não é um “vale tudo”. A argumentação das decisões de acordo com os princípios de justiça pode ser a chave para evitar as naturais arbitrariedades das instituições jurídicas. (DOURADO, 2013, p. 50).

Para isso, a decisão judicial que determinar a aplicação da lei deve estar devidamente fundamentada, motivada, amparada em embasamentos que assegurem uma decisão justa e equânime.

Trata-se de um direito fundamental do cidadão, uma garantia constitucional que deve ser observada e respeitada pelo Estado, visto estar relacionada à dignidade da pessoa humana, à medida que protege o cidadão da arbitrariedade e discricionariedade estatal.¹⁹

A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado [...] Ainda, porém que não houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido, o princípio da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que consecratário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 227-228).

Segundo Wambier, Wambier e Medina (2005, p. 35), “Assim, quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão: *materialmente*, pois a intromissão tem fundamento, e *formalmente*, pois o fundamento é *declarado, exposto, demonstrado*.”

¹⁹ É verdade que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, não continha expressamente uma exigência geral de motivação das decisões judiciais. Apenas determinava – no art. 104, § 3º – que o Juiz deveria indicar as causas de uma espécie de decreto de prisão. Porém, a Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) acabou por declarar que as exceções ao dever de motivar são inconciliáveis com o Princípio de Estado Democrático, invalidando as regras do *Zivilprozessordnung* que dispensavam a motivação.

A necessidade de fundamentação das decisões judiciais busca demonstrar que, ao aplicar o direito ao caso concreto, o “[...] Estado buscou razões no próprio direito.”²⁰ (CANOTILHO, 2002). Até porque, nesse sistema processual de vinculação a precedentes, “[...] as decisões judiciais não importam somente às partes, mas também aos juízes, a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito e aos jurisdicionados que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades.” (GONÇALVES, 2011, p. 11).

Dessa forma, a fundamentação da decisão é necessária num Estado democrático de Direito,²¹ pois assegura todos os princípios constitucionais do processo, inclusive do contraditório, já que, por esse princípio, não se pode pensar apenas no direito de se manifestar, mas, também, de obter respostas adequadas à sua manifestação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que se verificou, não há dúvidas de que os precedentes judiciais ganharam força, principalmente nos Tribunais Superiores. A sua aplicação, direta ou indiretamente, passou a obstaculizar o acesso à justiça por meio de súmulas vinculantes, repercussão geral e decisões em recurso repetitivo.

Diante do alto acúmulo de processos no Judiciário bem como da crescente complexidade das relações jurídicas do dia a dia, e ainda uma tendência das pessoas em não cumprirem espontaneamente com as previsões legais, o que se tem presenciado é o Judiciário editando normas por meio de decisões que, em muitos casos, possuem mais cunho normativo geral do que entre partes.

²⁰ Daí que, como se disse, o Direito à tutela jurisdicional não se identifique com o direito a uma decisão favorável, antes se reconduza ao direito de obter uma decisão fundada no direito (CANOTILHO, 2002, p. 494).

²¹ O Estado de Direito efetivamente caracteriza-se por ser o Estado que se justifica, tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete. Assim, quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão: *materialmente*, pois a intromissão tem fundamento, e *formalmente*, pois o fundamento é *declarado, exposto, demonstrado* (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 35).

Tal fato tem decorrido da onda de ativismo do Judiciário que, no argumento de interpretar as leis de acordo com a Constituição, visando promover e proteger direitos fundamentais, acaba por ultrapassar sua função de aplicador da lei. Isso ocorre até mesmo por omissão do Legislativo.

E observe-se que aqui não se está a criticar ou mesmo defender tal postura, mas encontrar um meio de garantir que o acesso à justiça não fique prejudicado.

E uma dessas formas é a defesa da fundamentação adequada das decisões judiciais, baseada em ampla cognição com a produção de provas, contraditório, em que, então, estar-se-á assegurando a observância de princípios como contraditório e ampla defesa, na medida em que propiciará conhecimento sobre as razões de fato e de direito que levou o Estado a decidir de forma fundamentada no direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Lei. n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007. v. 2.

GONÇALVES, Diego da Silva. O sistema de precedentes como garantidor da segurança jurídica, da previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1006-o-sistema-de-precedentes-como-garantidor-da-seguranca-juridica-da-previsibilidade-e-estabilidade-das-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 05 out. 2014.

HARVEY, David. *O Neoliberalismo: História e implicações*. São Paulo: Loyola, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHIEFELBEIN DA SILVA, Queli Cristiane; SPENGLER, Fabiana Marion. O acesso à justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do processo eletrônico. *Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]*, v. 16, n. 1, p. 131-148, nov. 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/2555/3776>>. Acesso em: 10 maio 2015.

SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Os direitos fundamentais sociais e o problema do ativismo judicial. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DA DISTANÁSIA À EUTANÁSIA: REFLETINDO A DIGNIDADE DE VIVER E DE MORRER

Riva Sobrado de Freitas*
Daniela Zilio**

Resumo: No presente artigo pretendeu-se investigar os dilemas enfrentados no processo de morte do paciente terminal, a partir da análise da distanásia, ou obstinação terapêutica, e da eutanásia, ou antecipação da morte. Teve-se como problema o enfrentamento da questão concernente à possibilidade de preservação da dignidade pessoal do enfermo terminal, no momento em que é próxima a sua morte, confrontando-se as condutas referentes à distanásia, e à eutanásia, enquanto retardadora e aceleradora, respectivamente, do processo de óbito. O objetivo, então, coaduna-se na reflexão acerca do processo de morte, e a dignidade de viver e de morrer, utilizando-se por base a obstinação terapêutica e a antecipação da morte enquanto condutas opostas tomadas de frente ao estado de terminalidade da vida humana. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica exploratório-explicativa, qualitativa, utilizando-se o método hipotético-dedutivo. Em relação aos resultados conquistados com a pesquisa, amalha-se que, embora há muito se pesquise temas que permeiam a morte digna, ainda há muito a ser pensado e desmistificado. A conclusão obtida é a de que ambas as condutas podem trazer problemas e dilemas, consigo. A distanásia, ou obstinação terapêutica, pode gerar sofrimento desmedido e desnecessário ao enfermo que, pela própria situação em que se encontra, já sofre e merece ter preservada a sua dignidade pessoal. A eutanásia, por sua vez, embora denominada morte digna, não pode ser tomada deliberadamente. O que deve ocorrer, então, em princípio, é a busca pela preservação do paciente terminal, de sua dignidade pessoal, sendo resguardada a sua autonomia e o seu poder de discernimento, em um momento tão crucial, caso ele possa expressá-los. Contribuiu-se com a temática, na medida

* Pós-doutora em Direito pela Universidade de Coimbra; Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Coordenadora, pesquisadora e professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; riva.freitas@unoesc.edu.br

** Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina

em que se estudou de maneira crítica denominados conceitos, que, certamente, ainda precisam ser pensados, e muito, na esfera jurídica.

Palavras-chave: Distanásia. Obstinação terapêutica. Eutanásia. Autonomia. Dignidade.

1 INTRODUÇÃO

O estudo em pauta tem como tema central a discussão que envolve as expressões distanásia e eutanásia, ambas condutas tomadas no processo de morte, a primeira sendo caracterizada como uma obstinação terapêutica, e a segunda como a antecipação da morte.

Justifica-se o estudo, pois, o tema em que ele se pauta é deveras polêmico, e discutido desde os mais remotos tempos, e, a despeito disso, é extremamente visado, ainda na contemporaneidade.

O problema deste estudo pauta-se, então, na verificação do questionamento referente à possibilidade de preservação da dignidade pessoal do paciente terminal, no momento em que é próxima a sua morte, confrontando-se as condutas referentes à distanásia (obstinação terapêutica), e a eutanásia (antecipação da morte).

Objetivou-se, de forma geral, refletir o processo de morte, e a dignidade de viver e de morrer, utilizando-se por base a distanásia e a eutanásia, termos que, embora se pareçam, traduzem condutas opostas, ou, na melhor das hipóteses, extremamente diferentes. De forma específica, ponderar acerca da distanásia, da eutanásia, e, após, confrontar os termos na busca da ponderação a respeito da existência da morte ocorrida com a preservação da dignidade pessoal.

Para tanto, o estudo será sistematizado de modo que, primeiramente, verificar-se-á o conceito de distanásia, também conhecida como obstinação terapêutica, após, analisar-se-á o termo eutanásia, ou antecipação da morte, e, por fim, será vislumbrado o confronto dos temas, com o intento de busca pela compreensão do processo de morte, com dignidade pessoal e autonomia.

No que se relaciona ao aspecto metodológico, a pesquisa funda-se em procedimentos técnicos, racionais e sistemáticos, com o intuito de embasamento

científico, proporcionando alicerces lógicos à investigação. Trata-se, por fim, de pesquisa de coleta bibliográfica exploratório-explicativa, qualitativa, em que é utilizado o método hipotético-dedutivo, e em que se tem a finalidade de, partindo de hipóteses, explorar e descrever o tema em comento, revelando-se as possíveis soluções para o embate que se apresenta, sem, todavia, esgotar-se a temática.

2 DISTANÁSIA: A OBSTINAÇÃO TERAPÊUTICA

A conceituação da distanásia passa pela análise da atuação médica perante a situação de um paciente em estado terminal. Diniz (2001) reitera que, com os avanços da medicina e a consequente modernização de aparelhos ressuscitadores, pode-se ampliar deliberadamente a sobrevivência de um paciente terminal.

Assim, distanásia – obstinação terapêutica ou futilidade médica –, é a morte lenta e com muito sofrimento do paciente, pelo prolongamento exagerado do processo de morte, por meio de um tratamento inútil. A distanásia não visa prolongar a vida, mas o processo de morte. Assim, por vezes, o uso dos artifícios terapêuticos gera maiores inconvenientes previsíveis do que propriamente benéficos, sendo o efeito mais nocivo do que o mal a curar.

Por esse motivo, Namba (2009) argumenta que a distanásia é o antônimo da eutanásia. Por sua vez, conceituando a distanásia, Vieira (2003) explana que a prática consiste na conservação em vida de um doente tido como incurável, ao se esbanjar de cuidados extraordinários, sem os quais não haveria que se falar em sobrevivência.

Möller (2007) reitera que a obstinação terapêutica por parte dos médicos, quando o paciente já se encontra em estágio terminal, traduz-se em um prolongamento do processo de morrer, por vezes causando mais dor e sofrimento ao doente que já se encontra no fim de sua vida. Pessini (2001), de seu turno, garante que o dever médico de prolongar a vida a todo e qualquer custo, não possui raízes clássicas.

Destarte, a distanásia ocorre com o comportamento médico, em que há a excessiva luta pela vida do paciente, uma verdadeira tenacidade traduzida na obstinação terapêutica, retardando inutilmente a morte natural do paciente, por meio da utilização de métodos terapêuticos injustificáveis, em casos de estado de morte iminente e irreversível. Segundo Giostri (2006), a distanásia pode ocorrer em casos em que o próprio paciente, em estado consciente, ou mesmo quando ainda lúcido, manifesta seu desejo de ter sua vida prolongada, ainda que por tratamentos inúteis e dolorosos. Dedicar-se, assim, a distanásia, a prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, ao combater a morte como se ela fosse o grande e último inimigo a ser vencido.

Por sua vez, Sá (2001) corrobora e expõe que a distanásia se dedica a prolongar a quantidade de vida humana, ou seja, embora a pessoa permaneça viva, eis que o processo de morte é retardado, muito provavelmente essa vida não poderá ser prolongada de forma qualitativa.

Os avanços tecnológicos na área médica fomentam ainda mais tal prática, porque, a despeito de, por um lado, serem indispensáveis para o tratamento de doenças anteriormente incuráveis, por outro, possibilitam a manutenção quantitativa da vida, ainda que sem qualidade, o que não respeitaria a dignidade pessoal do paciente terminal.

Do mesmo modo, Diniz (2007) reitera que a obstinação terapêutica, ou distanásia, é uma morte lenta e com intenso sofrimento. O avanço tecnológico tornou possível a manutenção de uma pessoa muito doente ou em um estágio terminal indefinidamente viva, porém ligada a aparelhos de sustentação artificial, como a ventilação mecânica. A distanásia se caracteriza por um excesso de medidas terapêuticas, que impõem sofrimento e dor à pessoa doente, e em que as ações médicas não são capazes de modificar o quadro mórbido.

Logo, segundo o que se afez, o que deve ocorrer é a negação da conduta médica que ultrapassa o dever de agir, estabelecido na relação médico-paciente, e que impõe ao doente medidas heroicas que, por vezes, desrespeitam seu próprio direito à autonomia. Segundo Santoro (2010), a dignidade humana impede que

o médico submeta o paciente a tratamento inútil, prolongando a vida em termos quantitativos, e não qualitativos.

Ainda, a distanásia é prática refutada pela classe médica. Hodiernamente, no atual Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução n. 1.931/2009, a obstinação terapêutica é vedada, conforme se pode averiguar no seu capítulo I, XXII, que trata dos Princípios Fundamentais, e no capítulo V, artigo 41, parágrafo único, que trata da relação entre médicos, pacientes e familiares.

Nesta senda, visualizado do que se trata a distanásia, ou obstinação terapêutica, passa o estudo agora a analisar propriamente a conduta tida como oposta, qual seja, a eutanásia, que se traduz na antecipação da morte, por motivos altruístas.

3 EUTANÁSIA: A ANTECIPAÇÃO DA MORTE

A palavra eutanásia comumente é utilizada como sinônimo de “boa morte”, “morte piedosa”, “morte digna”, entre outras conceituações.

Santoro (2010) explica que a eutanásia pode ser compreendida como um ato de privar a vida de outrem, que se encontra acometido por afecção incurável, por piedade e em seu interesse, com o único objetivo de acabar com seu sofrimento e sua dor.

Sobre o conceito atribuído à eutanásia, esclarece Silva (2010) que o termo possui vários sentidos: “morte bela”, “morte suave”, “morte tranquila”, sem dor, sem padecimento. Atualmente, todavia, de eutanásia se fala quando se pretende referir à morte que alguém provoca em outrem, já em estado agônico ou pré-agônico, com o intuito de liberá-lo de gravíssimo sofrimento, em consequência de doença tida como incurável, muito penosa ou tormentosa.

O termo eutanásia surgiu no século XVII, por criação do filósofo inglês Francis Bacon, e se origina das expressões gregas *eu* (boa) e *thanatos* (morte), de modo que tem seu significado atrelado à “boa morte”, explica Sá (2001). Diniz (2001) corrobora relatando que a expressão eutanásia foi empregada pela primeira vez em 1623, por Francis Bacon, na sua obra *Historia vitae et mortis*, na acepção de boa morte.

Hodiernamente, a expressão eutanásia é utilizada para caracterizar a ação médica que tem por escopo a abreviação da vida de doentes terminais. A eutanásia é a morte de uma pessoa que se encontra em sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva alguma de melhora, e é praticada pelo médico, com o consentimento do próprio indivíduo. É a promoção do óbito de um doente terminal, sendo caracterizada pela conduta comissiva do médico, que emprega meio eficiente para ocasionar a morte em doentes incuráveis e em estado de sofrimento extremo, abreviando-lhes a vida, ou a conduta omissiva, em que aquele deixa de fazer algo que protelaria, inutilmente, a vida do paciente terminal.

Outrossim, a antecipação da morte em pacientes terminais tem como escopo a abreviação de sua dor e sofrimento, com fins puramente humanitários e altruístas. A eutanásia, ademais, é embasada, segundo seus defensores, principalmente na preservação da dignidade pessoal de quem se encontra em estado terminal, vegetativo, ou acometido por doença gravíssima e incurável, em que a morte é encarada como algo “certo”.

Vieira (2003) conceitua a eutanásia como a morte doce, tranquila ou misericordiosa. Assim, a prática implica conceder-se o fim da vida imediato aos que padecem de uma doença incurável e que, por esse motivo, preferem esse tipo de morte a prolongar seu tormento por infindáveis períodos de sofrimento. Preferem desde já a morte à espera que ela venha impregnada de dor.

De acordo com Junges (1999), eutanásia significa a ação ou omissão causadora da morte do doente terminal, com o objetivo de eliminação de qualquer dor. Assim, ao termo eutanásia, atribui-se a prática que busca deliberadamente a morte para aliviar a dor.

Desse modo, pela compreensão dos entendimentos exarados, pode-se definir a eutanásia como a prática antecipatória da morte de pacientes que se encontram em estágio terminal, realizada por médicos, com o objetivo da eliminação da dor e do sofrimento enfrentados, efetivada por fins misericordiosos e impregnados de sentimentos humanitários.

Porém, a eutanásia é prática proibida no novo Código de Ética Médica, mencionado alhures, pelo que se pode denotar do artigo 41, *caput*, do diploma, que reitera a vedação da abreviação da vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Sobre o assunto, Möller (2007) destaca que a preocupação dos médicos e de outros profissionais da saúde com o que seria uma boa ou má conduta no exercício da profissão se expressa há tempos sob os Códigos de Ética e demais códigos deontológicos médicos, sendo estes tendentes a reforçar a identificação dos membros com os valores prevalentes da profissão e a conformação institucional a eles, bem assim como a manter o prestígio da classe perante a sociedade; por isso o repúdio à realização da eutanásia diante da classe médica ser ainda evidente, a despeito de tanto ser discutido.

Dessa forma, substancialmente há a percepção de que, não obstante a mentalidade da sociedade quanto à prática da eutanásia ter, de certa forma, evoluído com o passar dos tempos, no sentido de não ser a prática tida como algo eminentemente repudiável, no que concerne às normas deontológicas, há ainda expressa proibição quanto à realização da eutanásia, ou “morte digna”, pelos profissionais da medicina, ainda que por motivos altruístas, de acordo com a análise realizada.

Finalmente, nesta senda, após a análise da distanásia e da eutanásia, faz-se premente a necessidade de confrontar os termos, na busca de uma compreensão do processo de morte e possível dignificação de um momento tão doloroso.

4 DA DISTANÁSIA À EUTANÁSIA: A DIGNIDADE NO PROCESSO DE MORTE

Estudou-se, nas anteriores linhas, que a obstinação terapêutica se traduz em verdadeira tenacidade médica. O profissional da Medicina, assim, retarda o processo da morte, insistentemente, mesmo sabendo que nenhuma das condutas adotadas poderá salvar, ou mesmo aliviar o sofrimento do paciente terminal.

A eutanásia, ao oposto, coaduna-se na antecipação da morte do paciente terminal, com o objetivo de abreviar a sua dor e o seu sofrimento.

Questiona-se, assim, se existe uma maneira de se preservar a dignidade pessoal do paciente em estado terminal, fazendo-se com que o seu processo de morte ocorra de maneira menos tormentosa e degradante.

Pois bem, para muitos, uma solução para o embate seria a adoção da ortotanásia, que seria a morte em seu próprio tempo.

A ortotanásia é vista por seus defensores como a morte correta, ocorrida de forma natural e sem demasiado sofrimento, praticados somente atos paliativos, quando a vida do paciente irremediavelmente não pode mais ser mantida. Namba (2009) enfrenta a ortotanásia como o não prolongamento do processo de morte além do que seria natural, colocando, na prática, o ser humano como valor fundamental e central, em uma visão da medicina a serviço da saúde, desde a concepção até a morte. Na ortotanásia, desse modo, procura-se promover, com o enfermo, uma morte digna e humana, na hora certa, situando-se, nessa linha, a medicina paliativa.

Sobre o surgimento da denominação ortotanásia, Santoro (2010) aduz que o termo se originou da ideia do professor Jacques Roskam, da Universidade de Liege, na Bélgica, que no Primeiro Congresso Internacional de Gerontologia, realizado em 1950, teria chegado à conclusão de que entre encurtar a vida humana por meio da eutanásia, e a sua prolongação demasiada pela obstinação terapêutica, existiria uma morte correta, justa, ocorrida em tempo oportuno. Por isso a utilização dos termos gregos *orthos* (correto) e *thanatos* (morte). A criação da ortotanásia, dessa maneira, opõe-se tanto à realização da eutanásia quanto à da distanásia, atos de encurtamento ou de prolongamento da vida.

Ademais, percebe-se que a ortotanásia é o comportamento do médico que frente a uma morte iminente e inevitável, suspende a realização de atos que visem prolongar a vida do paciente, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a óbito, sendo preservada a sua dignidade. Giostri (2006), ao conceituar a ortotanásia, explica que o fato de o paciente morrer é consi-

derado um fato natural, do ciclo biológico da vida, pelo simples motivo de que sua morte não foi intencionalmente procurada, nem por ele próprio, nem pelo médico. A morte é, como explanado, tão somente o ciclo biológico se completando.

Desse modo, a ortotanásia se coaduna na prática médica de se utilizarem apenas métodos paliativos, e não aqueles que buscam inutilmente o prolongamento da vida do paciente, ocorrendo, no mesmo norte, uma morte considerada natural e em seu tempo, sem protelações artificiais desnecessárias, quando de qualquer forma a morte é evento certo e iminente.

Inclusive, a ortotanásia é procedimento acatado pelo Conselho Federal de Medicina, segundo se auffer do atual Código de Ética Médica, citado anteriormente, e da Resolução 1.995/2012, do mesmo órgão.

Assim, há a premente necessidade de se observar o princípio bioético da não maleficência, devendo o médico se abster de proceder à conduta que cause dano intencional ao paciente. O médico deve exercer seu mister para o bem do paciente que se encontra sob seus cuidados, e não sendo a distanásia propriamente um bem, deve ser evitada, por acarretar a má morte, dolorosa, tardia e sofrida, que pode ser impedida por meio da realização de cuidados puramente paliativos, no entendimento de Santoro (2010).

Ainda, relata o autor que, enquanto a eutanásia (antecipação da morte por motivos altruístas) e a mistanásia (a eutanásia social, ocorrida por falta de atendimento médico, erro médico ou má prática médica) antecipam a morte do paciente, a distanásia leva a uma morte tardia. Erram, assim, todas elas, quanto ao momento da morte, ocorrendo esta antes ou depois da hora. A defesa da morte ocorrida em seu tempo seria, sem dúvidas, algo a ser buscado, eis que ela não ocorreria nem de forma antecipada nem mediante prolongado sofrimento do paciente.

Assim, em relação à distanásia, ou obstinação terapêutica, amealha-se que tratamentos fúteis devem ser refutados. Reitera-se que referida futilidade diz respeito diretamente ao tratamento, não havendo que se confundir, como alerta Pessini (2001), a futilidade de um tratamento com a futilidade da vida em si. O conceito de futilidade, assim, quando utilizado dentro de parâmetros éticos, ser-

virá como proteção dos sujeitos vulneráveis, a exemplo de pacientes terminais e em estado vegetativo.

Do mesmo modo, o que se deve refutar é o prolongamento exacerbado do processo de morte, traduzido na obstinação médica de não querer “perder” o paciente, impingindo a este sofrimento ainda maior, sem a menor possibilidade de cura.

A antecipação da morte, de maneira deliberada, também não parece ser a solução, sendo prudente que se reflita, de maneira coerente, acerca da eutanásia, antes de colocá-la em prática, ainda que a sua realização ocorra por argumentos altruístas e humanitários.

A eutanásia, assim, pode ser a solução na preservação do bem-estar do paciente em estado terminal, mas a sua consecução ainda é marcada por dúvidas e contradições, tanto na órbita moral quanto na ética, filosófica, religiosa, e, por fim, jurídica, uma vez que envolvidos inúmeros direitos basilares da pessoa na sua realização.

Parece ser sensato, portanto, que se busque, sempre que possível, ponderar a vontade do paciente terminal, no sentido de preservar a sua autonomia em um momento tão delicado por sua própria natureza.

Sobre o paciente terminal e a sua autonomia da vontade, já explicou com extrema propriedade Dworkin (2003) que as pessoas devem se preocupar em respeitar a autonomia do paciente, seus interesses fundamentais.

Da mesma forma, Fabriz (2003) relata que a autonomia, até mesmo como princípio bioético, justifica-se como princípio democrático, no qual a vontade e o consentimento livres do indivíduo precisam constar como fatores preponderantes, eis que ligados diretamente à dignidade pessoal, a despeito de denominada autonomia não ser considerada ilimitada.

Deve-se, assim, primar pela conduta de preservação da dignidade pessoal do enfermo, evitando-se seguir dogmas impostos, e buscar, sempre que possível, preservar, da mesma forma, a autonomia da vontade de referido paciente, seja colocando em prática a ortotanásia, por meio de cuidados paliativos, seja seguindo com um tratamento, ainda que inútil em termos de cura, seja ainda, cessando-o.

Finalmente, em termos jurídicos, em que pese se choquem diversos direitos quando se faz uma opção, já em estado de terminalidade da vida, a preservação da dignidade pessoal do ser humano deve ser o fim último a ser buscado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema em que é pautado o estudo em voga é polêmico e gera, há muito, embates e divergentes opiniões. Questões relacionadas ao fim da vida e a dúvida entre a obstinação terapêutica e a antecipação da morte geram conflitos extremamente fortes.

A distanásia, eis que coadunada em verdadeira tenacidade médica, não é uma conduta que venha ao encontro dos direitos mais elementares de todo e qualquer ser humano, ainda mais em um momento tão cheio de angústias, dúvidas e sofrimento, como é o caso de pacientes em estágio terminal, uma vez que, certamente, a própria dignidade pessoal do paciente seria mitigada em um prolongamento sofrido do processo de morte.

Saliente-se que, conforme ressaltado, a distanásia não tem exatamente como objetivo prolongar a vida do enfermo terminal, em termos qualitativos, mas procrastinar, isso sim, o processo de morte. Dessa maneira, o próprio tratamento utilizado pode gerar maior dor e desconforto, sendo, portanto, mais nocivo do que o próprio mal que acomete o ser humano adoentado.

A eutanásia, por sua vez, não é conduta imune a críticas, em qualquer das esferas de entendimento que se deseje tratar, e no âmbito jurídico não é diferente. O aparente embate existente entre o direito à vida e a preservação da autonomia da vontade do paciente terminal é somente um dos vários vieses de conflitos existentes na prática.

A despeito disso, a eutanásia, por buscar como fim último a preservação dos direitos inerentes ao indivíduo, como sua autonomia e integridade psicofísica, e, com eles, a manutenção da dignidade pessoal do paciente terminal, proporcionando-lhe uma morte tranquila e humanizada, pode ser tida como um

recurso para os casos como os comentados. Ainda assim, conflitos morais, éticos, filosóficos, metafísicos, religiosos e jurídicos emanam da prática.

Como possível ponto de equilíbrio entre as condutas, cita-se a ortotanásia, coadunada no oferecimento de tratamentos apenas paliativos, que visem assegurar o maior bem-estar possível ao paciente terminal, quando já é consabida a impossibilidade de cura.

A ortotanásia, assim, busca trazer um fim de vida mais humanizado ao paciente, sem que sua morte seja acelerada, ou retardada, de modo que ela aconteça em seu tempo, e, no decorrer do processo de morte, cuidados para garantir o menor sofrimento possível são tomados.

O que se pode constatar é que longe está o dia em que o processo de morte, com as possíveis condutas a serem tomadas, será algo pacífico, incontroverso. O momento é delicado, e quem quer que se arrisque a pensar sobre o assunto, deve fazê-lo com parcimônia.

Finalmente, percebe-se que, talvez, um dos caminhos para a solução do embate pela busca da dignidade do viver e do morrer, e da consequente dignidade no processo de morte, seja a procura pela preservação da autonomia da vontade do paciente terminal, em levar o tratamento adiante, ainda que sem possibilidade de cura, em cessá-lo, e/ou, em somente ter cuidados paliativos à espera da morte, no sentido de que se acolha a opção tomada por ele, com base em suas crenças e vivências pessoais. O assunto, entretanto, não é pacífico, e gera, como esperado, polêmicas e divergentes opiniões, todas, é claro, fundamentadas e instigantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica: Aprovado pela Resolução 1.931, de 17 de setembro de 2009. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 2009. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 24 set. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.995, de 09 de agosto de 2012. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=244750>. Acesso em: 30 set. 2015.

DINIZ, Debora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. 791 p.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e direitos individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 362 p.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 398 p.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. A Morte, O Morrer, A Doação de Órgãos e a Dignidade da Pessoa Humana. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coord.). *Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana: Diálogo entre a Ciência e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

JUNGES, José Roque. *Bioética perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. 322 p.

MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à Morte com Dignidade e Autonomia*. Curitiba: Juruá, 2007. 186 p.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009. 196 p.

PESSINI, Léo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Edições Loyola, 2001. 431 p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 195 p.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010. 188 p.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 1054 p.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003. 172 p.

ENTRE A VIDA E A MORTE: REVISITANDO A MORTE DIGNA EM PACIENTES TERMINAIS

Janaína Reckziegel*
Beatriz Diana Bauermann Coninck**

Resumo: Com o presente artigo, visou-se responder em que momento histórico a morte digna começou a fazer parte da vida de médicos e pacientes terminais. Desse modo, partiu-se do estudo dos aspectos bioéticos e biomédicos sobre a vida e a morte digna, passando pela análise social, histórica e filosófica da vida e da morte e pelo surgimento do conceito da morte digna, para, ao final, tecer considerações sobre a bioética laica, a morte digna no ordenamento jurídico brasileiro e os cuidados paliativos na realidade brasileira. Para tanto, adotou-se o método dedutivo de abordagem qualitativa, com técnica de pesquisa bibliográfica em referências nacionais e estrangeiras. Conclui-se que houve a transformação do termo boa morte em morte digna, pela mudança de significado do termo eutanásia.

Palavras-chave: Bioética médica. Cuidados paliativos. Direitos fundamentais. Morte digna.

1 INTRODUÇÃO

Por muito tempo, a preocupação ficou centrada em torno da preservação da vida humana, das formas de protegê-la de intervenções alheias autoritárias ou abusivas, das vicissitudes ambientais e da conservação da espécie. As religiões antigas defenderam a sacralidade da vida humana pela semelhança do ser humano com Deus. Com a Idade Moderna, os movimentos iluministas e a laicização do Estado, realçou-se o ser humano e a sua luta pela autonomia da vontade, visando livrar-se das amarras absolutistas. No século XVIII sublinhou-se a legalidade dos

* Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul; Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Editora de Seção da Revista Espaço Jurídico *Journal of Law* da Editora Unoesc; Advogada; janaina.reck@gmail.com

** Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná; mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; beatrizdiana@ibest.com.br

direitos individuais, os quais foram colocados em xeque em razão da forma pela qual a vida humana foi tratada pelo nazismo, em nome da ciência médica.

Em todos esses momentos históricos brevemente relatados, não se falou em morte digna, muito embora a morte tenha sido o resultado desses esforços em busca da transformação, da mudança de *status quo ante*. Nos dias atuais, com os melhoramentos biotecnocientíficos, a serviço da medicina, a morte digna já é uma possibilidade realizável, em que o paciente pode obter os cuidados qualitativos e paliativos de que necessita, seguindo curso natural de sua morte e podendo, inclusive, renunciar tratamentos e intervenções médicas aos quais prefere não se submeter.

Contudo, não se pode compreender a morte sem antes estudar a vida, pois aquela é o fim último desta, e o direito à morte digna faz parte do direito à vida e não contrário a este. A morte é uma etapa certa da vida. Nesse sentido é que a vida representa o esteio deste estudo. Por via de consequência, neste pequeno espaço reflexivo, o intento é tentar responder em que momento histórico passou-se a discursar sobre a morte digna, particularmente dentro da relação médico-paciente, e quais foram os seus fundamentos. Desse modo, são abordados os aspectos bioéticos e biomédicos sobre a vida e a morte, passando pela análise social, histórica e filosófica da vida e da morte e pelo surgimento do conceito da morte digna, para, ao final, tecer considerações sobre a bioética laica, a morte digna no ordenamento jurídico brasileiro e os cuidados paliativos na realidade brasileira. Em todo o escrito, é feito um discurso dialético entre vida e morte sem aprofundar, neste momento, o conceito e os fundamentos da dignidade humana. Em apoio, nesta pesquisa adotou-se o método dedutivo de abordagem qualitativa, combinando elementos médicos, históricos, filosóficos, religiosos, éticos e jurídicos.

2 ASPECTOS BIOÉTICOS E BIOMÉDICOS SOBRE A VIDA E A MORTE DIGNA

Refletir sobre a vida humana não é tarefa fácil e falar sobre a morte digna é uma tarefa hercúlia, pois ambas estão intrinsecamente ligadas às questões

bioéticas de grande complexidade, envolvendo técnicas biomédicas que vêm se desenvolvendo desde a segunda metade do século XX. Questões que se avolumam sem resposta, como a eutanásia, o suicídio assistido, a reprodução humana assistida, as diretivas antecipadas de vontade, dentre outras, não possuem solução consensual nem em uma mesma sociedade, quiçá em âmbito global, em razão da sua enorme carga de atributos éticos, morais e culturais.

Nas sociedades ocidentais, a fim de ajudar a resolver esses conflitos, a bioética médica se sobressai com o seu principalismo de perspectiva nitidamente filosófica vinculado à moral. A bioética surgiu, pela primeira vez, com o teólogo de origem alemã Fritz Jahr (1927) e tornou-se pública mais tarde, com Van R. Potter, oncologista norte-americano. Jahr observou, em seu artigo *Bio-Ethik*, o legado filosófico e religioso nas civilizações ocidental e oriental, enfatizando o respeito pelo ser humano com base em Rousseau, Kant e outros (DALL'AGNOL, 2012, p. 96). E com o Relatório de Belmont (1978), do qual resultou a obra *Principles of Biomedical Ethics*, cujo teor regulamentou a ética na medicina sob os princípios do respeito pela autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, sendo eles uma colaboração filosófica para a bioética e adotados no ordenamento infraconstitucional brasileiro pela Resolução 196 e Instrução Normativa 9 da CTNbio, norma que regulamentou as pesquisas com seres humanos (DALL'AGNOL, 2012, p. 99). Guardam relação com a filosofia também os problemas brasileiros que envolvem questões sobre o “testamento vital” e suas implicações sobre o tema da eutanásia e a necessária motivação dos serviços de cuidado paliativo (DALL'AGNOL, 2012, p. 113).

Outro aspecto relevante é a importância que é atribuída ao biodireito e à bioética em razão de sua especialização no estudo do direito focado na vida (bio) e na ética. Enquanto a bioética, como a ética da vida, empenha-se em estudar a conduta moral do homem relativamente à vida, o biodireito concentra-se em explorar a normatização frente às ciências da vida (CONTI, 2004, p. 3 e 10). Nesse passo, ambas se complementam buscando um meio termo, com moderação, voltando-se sempre para a dignidade humana, a equidade e a sensatez das decisões

frente a questões como o suicídio assistido, engenharia genética e outros fatos envolvendo a vida humana (CONTI, 2004, p. 13).

A morte, como fim da vida, requer também a aplicação dos pressupostos bioéticos e biojurídicos, na medida em que conceitos e ponderações éticas e biológicas são essenciais ao desenvolvimento de normas para a formação de opinião doutrinária e de posições jurisprudenciais, que servirão como fundamentos para a solução de conflitos éticos e morais de acentuada complexidade.

A vida humana atrai a parcimônia de quaisquer meios, técnicas e procedimentos que com ela estejam relacionados. A sua conservação zelosa é o cerne de atenção da medicina e da biologia, e a garantia de sua proteção é um objetivo jurídico. Além disso, a vida humana consiste em um objeto de reflexão filosófica e no pilar da história da humanidade; a forma de lidar com ela requer o estudo do ser humano sob a perspectiva antropológica, bem como de suas relações com a sociedade.

A definição sobre o início da vida humana acarreta repercussão na esfera jurídica. O reconhecimento do início da vida humana implica a reconhecimento dos direitos a ela inerentes e, por seu turno, os da morte (SPIANDORELLO, 2012, p. 427). Essa conduta manifesta os costumes, as convicções e os preceitos religiosos, científicos e filosóficos de pessoas, grupos e comunidades. Na concepção ocidental, o começo da existência da vida humana acontece no período gestacional, entre a fecundação do óvulo e o nascimento com vida, em regra, aos nove meses, em sua maioria (SPIANDORELLO, 2012, p. 426). Do ponto de vista da biologia, considera-se embrião o ser humano até o final do oitavo mês de gestação e, de acordo com Relatório Warnock (1984), pré-embrião até o sexto ou sétimo dia do período embrionário, que é o estágio entre a fecundação e a nidação (GOLDIM, 2003, p. 55-56). Já pelo prisma da Igreja Católica Apostólica Romana, por meio da Encíclica *Donum Vitae* (1987), a vida começa com a fecundação, desde quando o indivíduo possui direito à vida, que se estende até sua morte (SALGUEIRO; GOLDIM, 2007, p. 15), com o evento da falência encefálica (SALLES, 2014, p. 400-403).

No campo da ética médica, a Resolução n. 1.346/91, do Conselho Federal de Medicina, disciplina que a morte encefálica corresponde à morte clínica, desde que presentes determinados critérios para o seu diagnóstico: o coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apneia, além de exames inequívocos de ausência de atividade elétrica cerebral ou ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão sanguínea, como estabelecido pela Resolução n. 1.480/97, arts. 4º e 6º (MOTTA et al., 2013, p. 150). Embasada nessa Resolução, a Lei de Transplantes de Órgãos n. 9.434/97, sobre a disposição de órgãos, estabelece que somente se permite a doação de órgãos se constatada a morte encefálica. Nesse ponto, percebe-se o sentido utilitário da morte no que se refere ao aproveitamento de órgãos.

De qualquer forma, é válida a reflexão de Knobel e Silva (2004, p. 133) sobre a morte para a cultura ocidental vivida com sentimento de perda, medo, insegurança, fracasso e tristeza. A ameaça de perder alguém desperta sentimentos de angústia e esperança, prejudicando a capacidade para a tomada de decisões de forma racional. Nas hipóteses de terminalidade da vida ou de estado vegetativo do paciente, deve-se investir na qualidade da relação médico-paciente para se alcançar melhor qualidade de vida para este. O problema é que a própria noção de qualidade já é um conceito subjetivo biológico, social e espiritual. Nos pacientes neoplásicos em estado avançado, a melhor conduta é buscar amenizar-lhes a dor e mantê-los sempre perto de seus familiares e amigos.

O enfrentamento da morte por pacientes com doenças avançadas ou em fase terminal leva a um novo conceito de morte – a boa morte – incorporando cuidados paliativos e o movimento *hospice*. A filosofia *hospice* procura oferecer maior dignidade no ato de morrer, dentro de um ambiente assistencial estético e ético desejável (FLORIANI, 2013, p. 402). Partindo-se de uma proposta de medicina mais humanizada, os cuidados paliativos (saber fazer) têm sido empregados em locais denominados *hospices*, originários da Inglaterra, em 1967, os quais recebem pacientes que são atendidos por equipe multiprofissional, com ações visando prevenir e aliviar a dor e o sofrimento dentro de uma concepção holística, atendendo

ao físico, ao emocional, ao espiritual e ao social. O grande problema com o movimento *hospice* é a progressiva “institucionalização”, que impede a equipe de identificar e atender a cada caso, e a “rotinização” dos cuidados paliativos,¹ o que pode afastar a proposta do acolhimento com compaixão (FLORIANI, 2009, p. 9-11).

Para Kovács (2008a, p. 552), no processo para a boa morte, os pacientes, familiares e profissionais podem manifestar desejos diversos. Alguns podem preferir manter a consciência, outros, a identidade pessoal ou preservar sua autonomia, e existem aqueles que gostariam de passar por tudo sem sofrimento nem consciência, resolver rápido. Entretanto, uma boa morte pode ensejar o envolvimento de alguns aspectos:

- a) estar consciente da aproximação da morte;
- b) ser capaz de manter o controle da situação;
- c) preservar a dignidade e a privacidade;
- d) alcançar atendimento especializado, alívio do sofrimento e controle dos sintomas;
- e) escolher o local da morte, por exemplo, a residência;
- f) ter acesso à informação e esclarecimento;
- g) receber apoio emocional, social e espiritual;
- h) poder se despedir;
- i) ter pessoas significativas perto de si;
- j) ter seus direitos protegidos;
- k) não ter a vida prolongada indefinidamente.

A morte digna² está centrada em dois eixos que se integram: a autonomia do paciente e os deveres de cuidado que devem ser prestados pelos profissio-

¹ Na década de 1970, o termo cuidado paliativo foi cunhado pelo canadense Balfour Mount, incorporando o ideário *hospice* inglês (FLORIANI, 2009, p. 39).

² A “morte digna” aqui é entendida como “boa morte” ou “morte boa”, assunto que será tratado na próxima seção.

nais da saúde. O maior problema ocorre quando se desenvolve a hipertrofia da autonomia do paciente, o que pode resultar em uma “medicina defensiva”. Isso ocorre quando, de forma louvável, tenta-se realçar a dignidade e a liberdade do doente e se abolir o paternalismo médico por meio de normas que regulamentam a autonomia do paciente, exigindo a prática do consentimento informado e a transmissão de esclarecimentos e informações ao paciente. Outro aspecto importante é a relação de confiança que deve existir entre médico e paciente na medida em que esta é caracterizada pela intimidade e pelo caráter personalíssimo de sofrimento físico, psíquico e espiritual e pela necessidade de diagnosticar corretamente e disponibilizar o tratamento correto e de oferecer bem-estar ao paciente. Quando, porém, a relação é estritamente profissional, impera uma relação de desconfiança da medicina defensiva, surgindo o conflito. É essencial para uma confiança plena o altruísmo, a empatia, a integridade, a honra e a verdade. No âmbito das relações sanitárias, essa mudança de paradigma ocorreu por causa da complexidade do sistema de saúde e do desenvolvimento tecnológico, e a prática médica está mais impessoal e desumanizada (OTERO, 2012, p. 152).

Os enfermos em fase terminal atravessam uma situação pessoal de perceber-se em sua natureza e dignidade como seres humanos realizando um exercício antropológico. Pela compreensão e reconhecimento de si mesmo, de sua doença e de sua condição existencial quando submetidos à extrema dependência e fragilidade, por meio dos cuidados paliativos, conseguem enfrentar sua enfermidade. O princípio ético que sustenta essa argumentação é o de que o ser humano “moribundo” não se apresenta como um “problema técnico múltiplo”, mas é um ser humano único e insubstituível, que possui uma intimidade, uma vida e uma história própria e está passando por uma grande dificuldade, ou seja, ele está morrendo e tem consciência disso. Ele percebe que seus órgãos não mais funcionam, mas pior que isso, tem consciência de que sua própria natureza está prestes a desaparecer por inteiro e de sua “miséria existencial”. Na tomada de consciência de si mesmo, o enfermo assume que é frágil, vulnerável e enfermo, que a sua natureza humana é assim mesmo, “uma debilidade encarnada e mortal”

muito embora busque aceitar essa condição ofuscada por uma vida ativa cheia de vigor, temporária. Em seu momento retrospectivo, é hora de o doente avaliar seus erros e acertos passados. Muitas vezes, entretanto, a enfermidade toma o doente com tamanha gravidade que ele não consegue tecer quaisquer considerações de si mesmo e de sua existência, tampouco a respeito das decisões terapêuticas. Muitos são abandonados e isolados, ficando sem comunicação por longos períodos de tempo. As terapias são infrutíferas, gerando depressão e angústia a quem necessita de tratamento, sob pena de o desejo de morrer ensejar pedidos de eutanásia e suicídio assistido. Pedir a própria morte é degradante e humilhante. Os cuidados paliativos são o resgate do sentido humano dentro da medicina (SÁNCHEZ, 2012, p. 135-149).

Ademais, a maneira como uma sociedade se comporta ou interpreta a morte (neste espaço, acrescente-se a vida) evidencia a sua “identidade coletiva”, visto que essa interação com a morte (e a vida) representa como essa comunidade se organiza culturalmente (GIACOIA JÚNIOR, 2005, p. 14-15). O jeito de lidar com essas circunstâncias foi interpretado diferentemente ao longo da história da humanidade, como será mostrado na próxima seção, demonstrando que a morte possui um caráter cultural de acordo com o momento histórico, atingindo dimensões sociais, religiosas, filosóficas, científicas, além da área biológica (ALBUQUERQUE; DUNNINGHAM, 2013, p. 7). Houve, ao longo da história da humanidade, uma transformação na maneira de se interpretar a boa morte ou o bem morrer, o qual, em verdade, relaciona-se com os “desejos do moribundo”, como a escolha do local do sepultamento, e com o medo da morte, pois, por muito tempo, a ideia de boa morte estava atrelada ao fato de não morrer subitamente. O comportamento em relação à morte mudou. Surgiram os conceitos de morte digna e de boa morte e correlatos. Mas em que momento histórico isso aconteceu? Quais foram os fundamentos que embasaram a sua utilização?

Nos tempos antigos, as expressões originariamente gregas da boa morte ou da morte fácil significavam eutanásia e se referiam à morte natural transcorrendo com paz e sem dor na proximidade e no conforto de seus familiares. Esse

uso arcaico transformou-se, passando a se referir à conduta de alguém finalizar com a vida e com o sofrimento de outra pessoa. A própria eutanásia subdividiu-se em categorias:

- a) eutanásia voluntária, quando o doente pede para ser morto;
- b) eutanásia involuntária, quando envolve a morte de uma pessoa incapaz, como uma criança ou idoso demente, realizada a pedido de um cuidador ou membro da família;
- c) eutanásia passiva, morte indesejada ocorrida após a retirada ou suspensão de tratamento médico que sustenta a vida, na verdade, é um termo impróprio, porque a pessoa morre não pela retirada ou suspensão do tratamento, mas naturalmente pela doença ou lesão subjacente (SMITH, 2002, p. 1).

O suicídio assistido está muito próximo da eutanásia e acontece quando uma pessoa fornece à outra pessoa as instruções, os meios e a capacidade, utilizando esse outro indivíduo para provocar a própria morte. A diferença entre o suicídio e o suicídio assistido é que, no primeiro, a própria pessoa é quem o comete, ao passo que no segundo, a pessoa comete o suicídio unindo-se a outrem que lhe presta auxílio. Ambos, o suicídio assistido e a eutanásia são práticas proibidas pelo Juramento Hipocrático (SMITH, 2002, p. 1).

A ortotanásia, defendida neste artigo, etimologicamente, quer dizer morte correta (*orto* – correto; *thanatos* – morte), mediante o não prolongamento artificial do processo de morrer, oportunizando o processo natural da morte. Essa prática também é conhecida como a boa morte ou morte desejável e é oposta à distanásia, consistente no propósito de estender a vida a qualquer custo, não se importando com o sofrimento do paciente. Esta é uma prática muito discutível, visto que prolonga a agonia do paciente sem conseguir a cura. No Brasil, já houve proposta de reformar o Código Penal, em 1984, de forma a acrescentar ao artigo 121, no parágrafo 4º, a ilicitude da ortotanásia, não sendo, porém, aceita. O texto

previu a ortotanásia, no parágrafo 3º, no caso de processo da morte já iniciado e a vida mantida artificialmente sem chances de melhora ou cura do paciente. Essa conduta não pode ser confundida com eutanásia, em que não tem início o processo de morrer, muito embora o paciente já esteja acometido de enfermidade incurável. A eutanásia é prática condenada pelo Código Penal brasileiro e é comparada ao homicídio previsto no artigo 121 (JUNGES et al., 2010, p. 278-279).

Esta ainda é uma discussão polêmica, e não é objetivo neste artigo discuti-la. O que se propôs é tentar esclarecer os fatos sobre o surgimento da morte digna. Junges et al. (2010) defendem a divisão ainda entre “morrer com dignidade” ou “morte digna” e o “direito de morrer”. Quanto às duas primeiras expressões, a ideia central é manter o desejo de uma morte natural, humana, sem estender a vida e o sofrimento pela intervenção de tratamento inútil. O direito de morrer, por seu turno, condiz com a conduta da eutanásia ou com o auxílio ao suicídio, que são intervenções causadoras da morte. A morte digna pode acontecer em casa ou no hospital, sempre na companhia das pessoas amadas, de parentes ou de companheiro(a), e com apoio médico e cuidados paliativos. O direito à vida constitucional não implica o dever de viver (JUNGES et al., 2010, p. 280).

A morte digna trazida para conceitos médicos respeita a qualidade de vida ou o bem-estar biopsicossocial dos seres humanos dentro do seu contexto histórico, ambiental e sociocultural oportunizando à pessoa um completo desenvolvimento de suas capacidades. A dignidade é fundamento constitucional e princípio biomédico de alto valor, que precisa ser respeitado (JUNGES et al., 2010, p. 280).

3 ANÁLISE SOCIAL, HISTÓRICA E FILOSÓFICA DA VIDA E DA MORTE E O SURGIMENTO DO CONCEITO DE MORTE DIGNA

Desde os tempos primitivos, as vertentes religiosas buscam a conservação da vida como um bem sagrado. Os registros mostram a preocupação com a vida dentro do Hinduísmo (BAEZ, 2012, p. 17), professando a sacralidade do

viver como uma divindade universal (LAUREN, 2011, p. 7), do Zoroastrismo (BECK, 1991, p. 506-540) e do Budismo (HAMILTON, 2000, p. 47).

De proporções “faraônicas”, a sociedade egípcia tratou da morte dentro de um sistema organizado de sepultamento e de respeito à morte por meio da construção de tumbas, pirâmides, mumificação, objetos relativos à morte e o Livro dos Mortos, repercutindo no desenvolvimento de sua ciência, religião e produção artística. O julgamento após a morte decorre da tradição egípcia (ALBUQUERQUE; DUNNINGHAM, 2013, p. 7), na qual este era realizado por Osíris após a pesagem do coração na balança da justiça; se não fosse condenado, o indivíduo faria parte dos domínios de Osíris, onde a vida e a felicidade eram eternas, porém, se condenado, seria comido pelo Comedor dos Mortos (CUNHA; ROMAN, 2010, p. 5-6).

Os islâmicos sempre reconheceram a indisponibilidade da vida dos seres humanos (LAUREN, 2003, p. 8-9), de modo que, e a própria Declaração Islâmica de Direitos Humanos disciplina, a vida é um direito que cabe a todo ser humano e, salvo por disposição legal criada por Deus, ninguém pode ser exposto a danos ou à morte, inclusive, o corpo, depois da morte, continua santo e inviolável, merecedor de adequada solenidade (art. 6º) (DECLARAÇÃO UNIVERSAL ISLÂMICA DOS DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 13). A vida é uma criação divina e não humana, e somente Deus tem o poder de subtraí-la. O homem é um ser passageiro na Terra e possui o ofício de cuidá-la (ABDALATI, 2012, p. 45).

Do lado ocidental, o alicerce dessa cultura decorre dos preceitos doutrinários do Judaísmo e do Cristianismo, tendo Deus como o Criador da humanidade (DEVINE et al., 1999, p. 13). Os judeus consideram a vida um bem sagrado, um direito inerente à pessoa humana (BAEZ, 2012, p. 17); a morte, para eles, ocorre quando as funções biológicas do organismo não mais reagem, paralisando-se a circulação sanguínea e as funções vitais, sem as quais a pessoa cessa de existir. Os transplantes realizados sob o evento de morte cerebral não possuem aceitação pacífica (TAPIA-ADLER, 2010, p. 22). O Cristianismo cultua a compaixão, a justiça e a paz entre os seres humanos, além da proteção da vida (BRIGGS, 1913,

p. 11 e 28). Os ensinamentos cristãos professam a dedicação à vida como um dever de amar ao outro como a si mesmo (CERECEDA, 2009, p. 387).

Os gregos separavam o atual vocábulo “vida”, em latim *vita*, em dois sentidos distintos na perspectiva aristotélica: *zoé*, representando a vida orgânica comum a todos os seres vivos, e *bíos*, peculiar aos seres humanos, uma forma diferenciada de ser privilegiado pela cidadania, pelas suas capacidades biológicas e pela sua aptidão linguística, política, moral e cognitiva, que lhe permitem viver com autonomia (SCHRAMM, 2009, p. 380-381).

Originariamente, o princípio do manter-se vivo e de cuidar do próprio corpo reporta à categorização aristotélica, *éthos*, que não se confunde com o termo *êthos* (acento aberto e acento fechado, respectivamente). Este representa os valores, os hábitos e os costumes, e aquele simboliza a moradia, no sentido de lugar que abriga animais e seres humanos e que se altera, sendo construído e reconstruído. O *éthos* é uma forma de ser, o caráter da pessoa, uma manifestação da razão humana, uma condição que o difere dos demais animais e que almeja o morar bem e o viver bem; traduzido para ética, está relacionado à *práxis* humana orientada à preservação da vida. Já o *êthos* diz respeito à moral, aos costumes. Esses conceitos são amplamente confundidos no meio acadêmico em geral. A ética é responsável por comunicar as dimensões e as esferas humanas (KROHLING; KROHLING, 2013, p. 83-85).

Para os gregos, a manutenção da vida era interpretada como um preceito natural sem a preocupação de universalizar suas ideias relativas aos direitos naturais, porquanto eles se voltavam para a sua moralidade interna (SOUZA; MEZZARROBA, 2012, p. 178). A cultura grega foi pulverizada por meio da doutrina filosófica do estoicismo, incorporada pelos romanos, os quais espalharam-na a outros povos por intermédio do *jus gentium*, o direito das gentes e dos povos, difundindo regras éticas e regulando o respeito mútuo e a igualdade moral. As teorias filosóficas, bem como as doutrinas religiosas, sublinharam as obrigações e responsabilidades morais universais e não os direitos legais, como nos dias atuais (LAUREN, 2011, p. 15).

A morte, por seu turno, sempre representou uma fronteira intransponível dentro das sociedades antigas, a despeito de suas particularidades éticas e religiosas sobre a morte. A morte era colocada para o além-mundo e dotada de sentido. Os cerimoniais fúnebres tinham a função social de “rituais de passagem” (GIACCOIA JÚNIOR, 2005, p. 14).

Young (1994, p. 657), discorrendo sobre a morte obstinada planejada³ e o suicídio assistido, informa que culturas tradicionais como a da Índia, da China, do Japão, da Grécia e de Roma, em algum momento de sua história, chegaram a legitimar a morte obstinada, todavia, por motivos específicos. Quanto ao suicídio espontâneo, em contrapartida, por raiva, paixão, medo ou desespero, era visto como uma infelicidade e deveria ser desestimulado pela comunidade, já que não era legítimo. Pode-se dizer que houve investidas na tentativa de regular a prática até mesmo quanto às razões, métodos e pessoas e números de pessoas, mas os indícios mostram que não houve êxito em virtude do grande envelhecimento da população, das instáveis condições sociais emergindo um desejo de controle, da legitimidade associada a valores religiosos, filosóficos e societários, da desvalorização do corpo, do estado de guerra, da tolerância ao suicídio, da intolerância para com grupos vulneráveis, do contato cultural, da competição inter-religiosa e dos defensores. Existe alguma evidência que pode ter colaborado para a continuidade da prática do suicídio médico assistido em Roma e na Grécia, uma “ladeira escorregadia” da bioética.⁴

Na antiguidade clássica, os gregos e os romanos aceitavam a prática da eutanásia, embora com natureza e prática diferentes da hodierna. Mesmo assim, existiam autores contrários a ela, como um grupo de médicos encabeçado por Hipócrates que não era favorável ao uso de drogas mortais. Os estoicos endossa-

³ Importante salientar que essa modalidade de provocação da morte budista é equiparada à eutanásia ocidental como, afirma Neogi (2013, p. 1211).

⁴ A ladeira escorregadia é um termo empregado na bioética que significa que um ato isolado pode gerar futuros eventos de progressivo malefício, ou seja, fazer pequenas concessões que podem significar resultados controversos. Essa é uma expressão cunhada por Dr. Leo Alexander, assistente de acusação dos médicos nazistas em Nuremberg, 1946-1947, para explicar os acontecimentos nos campos de concentração e nas condutas eugênicas realizadas (GOLDIM, 2004).

ram a eutanásia quando a vida de um indivíduo não mais estava de acordo com as próprias necessidades e autodesenvolvimento. O filósofo Zeno encontrou uma forma de se livrar da terrível dor que sentia na perna. Sócrates e Platão defenderam-na, enquanto Aristóteles considerou o ato de extrema covardia. Durante a Segunda Guerra Mundial, o chanceler alemão Adolf Hitler fez uma sabotagem usando o nome de eutanásia. Nos dias atuais, países como Holanda, Bélgica e Austrália adotam a sua praxe. Pelo prisma indiano, a eutanásia é intitulada morte auto-obstinada. A distinção entre elas é que aquela possui uma esfera mais ampla de atuação, enquanto esta precisa da autodisposição para que possa ser feita. A filosofia budista proíbe qualquer tipo de assassinato, tanto é que preconiza a descoberta das causas que provocam a tristeza e a doença material, ainda assim, alguns seguidores eremitas, insatisfeitos com suas vidas de meditação, tiravam a própria vida, pois acreditavam que destruir o corpo era fundamental para encontrar o esclarecimento. Os monges budistas acabaram consentindo a morte obstinada em duas situações, provocada pelo sentimento intolerável de angústia ou pela dor física insuportável. Ambas foram perdoadas por Buda. Isso mostra a necessidade de se buscar um fundamento que justifique a provocação da morte. Dalai Lama, recentemente, defendeu que o prolongamento da existência de uma pessoa que está gravemente enferma, ou que se encontre em estado vegetativo, causa mais dificuldade e sofrimento para os demais (NEOGI, 2013, p. 2010-2011).

Nos dias atuais, parece ser possível haver uma ladeira escorregadia se houver a legitimação do suicídio assistido e da morte obstinada em razão da presença de certas condições sociais, como o amplo envelhecimento populacional, a legitimação associada a valores societários centrais, como a autonomia e a liberdade, e a rápida transformação social. Ademais, podem acontecer futuras circunstâncias que contribuam para essas ladeiras, o que justifica a não legitimação dessas práticas, nem mesmo por compaixão por esses indivíduos ou por reconhecimento de sua autonomia (YOUNG, 1994, p. 657).

Entre os estoicos, o suicídio consistiu em um último recurso diante das situações extremamente difíceis e intoleráveis de vida (CONTI, 2004, p. 149). Foi

concebida, mais tarde, como um verdadeiro “absurdo”, por Kant, a filosofia de aceitar a antecipação da morte por não mais ver utilidade em sua vida e buscar a “serenidade da alma” (KANT, 2003, p. 264).

Os movimentos revolucionários ocorridos no período moderno foram impulsionados por esses ideários jusnaturalistas racionalistas e pelo contratualismo. Conforme os primeiros, os seres humanos são dotados de certos direitos naturais, em razão de sua natureza humana, cumprindo ao Estado envidar esforços para legalizá-los. Essas normas, segundo os contratualistas, precisavam ser consensualmente estabelecidas pela vontade popular (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 23). A ideia de compartilhamento de alguns direitos por todos os seres humanos foi um aspecto comum entre jusnaturalistas e contratualistas, sendo também uma contribuição moderna para a posterior universalização dos direitos humanos (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 34).

Muitos filósofos jusnaturalistas contratualistas modernos empenharam-se na manutenção da vida, situando a celebração do contrato social como a única saída para se proteger a vida. Para Hobbes (1979, p. 78), o único expediente era a formulação do contrato social, visto que os homens não conseguiam viver em paz, em razão da extrema individualidade em que viviam na sua condição originária. Locke (2001, p. 84) inadmitiu que o homem arruinasse a própria vida ou a de outrem, exceto pela autoconservação. Rousseau (1999, p. 43-45) defendeu que a vida deveria fazer parte do contrato social, porém, de forma não absoluta, e previu o suicídio involuntário em caso de estado de necessidade ou de desconhecimento do perigo.

Kant (2003, p. 263-264) defendeu que o dever do ser humano para consigo mesmo, pela própria condição humana, é o de preservar-se em sua natureza animal. No sentido oposto está o suicídio. É uma questão de coragem não temer a própria morte. O extermínio da moralidade por parte do indivíduo implica o aniquilamento da própria moralidade. Isso representa dispor-se como um meio e diminuir a humanidade igualando-a a sua pessoa. O ser humano deve se autopreservar (KANT, 2003, p. 263-264).

É emblemática a referência à filosofia moral de Kant no que se refere ao conteúdo da dignidade da pessoa humana. Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, escrita em 1785, ele visou à descoberta de um princípio supremo da moralidade que fosse incondicionado, independente de inferências empíricas e que pudesse valer para todos, de forma universal. Com isso, concluiu pelo imperativo categórico, o qual, nessa obra, tomou diferentes formas. Em relação ao conceito da dignidade da pessoa, ele desenhou uma máxima de que a pessoa deve ser tratada sempre como um fim e não um meio, pois o homem é um ser racional, ainda que o se remeta a si mesmo. O homem possui um sentido autônomo, e o preço dado a ele não condiz com a sua dignidade. A filosofia kantiana é caracterizada pelo seu *formalismo ético*. Os elementos que compõem o conceito de dignidade humana em Kant são em relação à pessoa: seu valor intrínseco, não-funcionalização, irredutibilidade do seu *status*, autonomia (autodeterminação), liberdade, respeito à sua promoção e sua “insubstituibilidade” (STEINMETZ, 2004, p. 116).

Perceba que a laicização do direito natural ocorreu com o Movimento Iluminista (SARLET, 2012, p. 39). Mas, como se viu, bem antes do Iluminismo, os gregos e romanos já haviam demonstrado o poder da razão humana, e isso alavancou o Movimento Iluminista com novas concepções morais em prol do reconhecimento dos direitos individuais, entre eles o direito à vida, considerando a influência das religiões nesse sentido (ISHAY, 2003, p. 84).

Vê-se, em apertada síntese, que o direito natural tem sido interpretado sob três maneiras: o direito natural cosmológico tendo o cosmo/natureza como universo físico, e a origem do próprio direito natural em que se estuda a “natureza das coisas”; o direito natural teológico voltado para Deus é aquele representado, por exemplo, em *Antígona*, que marca o conflito entre costumes tradicionais que envolvem a religião e o direito natural antropológico que circunda o homem, que consiste em uma forma reacionária contestadora do movimento anterior, extraindo da razão os princípios supremos (LYRA FILHO, 1982, p. 24-25).

O Positivismo emergiu em meio aos burgueses, que descartaram o Jusnaturalismo e se apoderaram do comando legal. Contudo, o Jusnaturalismo não

desapareceu e se manteve carregando consigo os ideais de natureza, divinos e racionais, tentando manter uma ponte com as leis, chegando ao ponto de um confronto dual. O Movimento Jusnaturalista, porém, encontrou terreno fértil especialmente na Alemanha pós-nazista, fundamentando sentenças de justiça (LYRA FILHO, 1982, p. 26-29).

Logo após a Primeira Guerra Mundial surgiram teorias criticando os modelos racionais cartesianos e o empirismo de Bacon, Hobbes e Locke. Emmanuel Lévinas, um existencialista discípulo da escola fenomenológica, destacou-se pela sua ética como alteridade e como responsabilidade, apresentando uma ética diferenciada por ter vivido como prisioneiro nos campos nazistas. “No encontro diário com vítimas e algozes, Lévinas descobriu a transcendência do Outro nos olhares de rostos esqueléticos ou cínicos dos inquisidores.” O ponto de partida do filósofo é a metafísica aristotélica como filosofia primeira, cunhando um entrelaçamento, em seu sentido epistemológico, com os direitos humanos fundamentais, como o “[...] princípio ético original rizomático da dignidade da pessoa humana”, entre eles o direito à vida (KROHLING; KROHLING, 2013, p. 89-90).

O método cartesiano adotado pela medicina avalia o ser humano em partes, como o sistema respiratório, o circulatório, o digestivo, o ósseo, o reprodutor, o muscular e o hormonal. O que precisa ser valorizado é o ser como um todo e não buscar inserir esses sistemas dentro de um “saco epidérmico”. O ser humano é mais do que um amontoado de sistemas, é um ser psicossocial e espiritual. Uma doença muito dificilmente é apenas orgânica ou psíquica, ou familiar, ou social. Uma doença é um conjunto que reúne todos esses fatores. Em casos de terminalidade, ambos, médicos e pacientes, são tomados pelo sentimento de fracasso. Do lado dos primeiros, por estarem impotentes diante da ausência de recursos terapêuticos, e do lado dos segundos, pela aproximação da morte. O que não se pode fazer é buscar a cura impossível (MORITZ, 2011, p. 19).

O progresso da medicina, no entanto, foi usado no primeiro quartel do século XX, possibilitando o cometimento de um verdadeiro “morticínio em massa”. A partir da década de 1960, as ciências sociais passaram a criticar a atitude

de encobrimento da morte da vida social e do poder da medicina sobre os desejos dos pacientes. A medicalização da morte moderna veio circunscrita em um processo de exaltação da atividade médica. Desde a década de 1970, surgiram reações em torno do direito de “morrer com dignidade” com vistas à regulamentação da eutanásia, transformando a relação médico-paciente, especialmente em razão das doenças terminais. Ainda na década de 1960, foram criados os *hospices*⁵ londrinos, bem como os programas assistenciais paliativos (MENEZES, 2003, p. 104-106).

Ocorreram mudanças nas atitudes em relação à morte. No período medieval, o ser humano se relacionava com a morte na seara doméstica, ao lado da família e, de forma intuitiva, sabia que iria morrer (KOVÁCS, 2008b, p. 32). A forma de lidar com a morte mudou na sociedade ocidental. Com a modernização, constatou-se a individualização do sujeito tendente ao isolamento, na medida em que a finitude da vida passou a acarretar constrangimento no indivíduo, afastando vivos e mortos. O problema disso tudo, reflete Elias (2001, p. 67), não é a morte em si, mas o conhecimento que se tem dela. Os instrumentos tecnológicos e científicos atuais propõem o prolongamento da vida, contudo, acabam ofuscando o processo natural do envelhecimento e da morte, de modo que é preciso buscar a solidariedade dos vivos perante os moribundos (ELIAS, 2001, p. 71). Os idosos envelhecem isolados em seus asilos, e as sociedades industriais mais desenvolvidas tendem a isolar mais seus moribundos do que aquelas menos desenvolvidas (ELIAS, 2001, p. 83-86). Na era medieval, a vida era mais curta, havia menor controle dos riscos, o indivíduo tinha medo do que enfrentaria após a morte, tinha medo de ser punido. O que ocorria era maior participação na morte pelos demais sujeitos (ELIAS, 2001, p. 23).

A morte era mais pública nos tempos antigos do que nos dias atuais. Hoje, existe a ideia de censura em relação à morte, o que afasta os moribundos do

⁵ A filosofia *hospice* visa proporcionar ao paciente a maior redução possível da dor e do desconforto, possibilitando ao paciente maior autonomia e independência. A internação é recomendada apenas em última necessidade. No Brasil, a primeira instituição de assistência paliativa foi criada em 1986, na cidade do Rio de Janeiro (MENEZES, 2003, p. 105-106).

convívio social, sendo confinados em hospitais e vivendo em situação de isolamento em nome de melhores condições de higiene. Os ritos atuais não ajudam a enfrentar as emoções do luto. Eles impossibilitam que as emoções e os sentimentos relativos ao luto sejam manifestados. A diferença entre os rituais religiosos antigos e os seculares é que aqueles permitiam o alívio das angústias dos crentes na medida em que viam a expressa preocupação das outras pessoas, estes já não mostram significado pela censura às manifestações sentimentais. Elias (2001) discute a relação das pessoas com a morte dentro da perspectiva social, para além da biológica, no mundo ocidental; segundo ele, a morte possui característica de “recalcamento” com a longevidade prometida pelas novas formas de técnica médica. O entendimento de solidão tomado por Elias (2001) também reflete a ideia de estar entre as pessoas e não ser notado por elas, por exemplo, bêbados e mendigos nas ruas, sendo a forma mais extremada o infausto percurso dos judeus em direção às câmaras de gás nazistas (BARREIRA JÚNIOR, 2011, p. 40-42).

Foucault (1984, p. 79-80) compreende essas mudanças sob outra ótica. Pela perspectiva da medicina, ele não enxerga a medicina moderna científica, surgida no final do século XVIII e começo do século XIX, por meio da anatomia patológica, como individualista. O seu posicionamento é de que a medicina moderna é uma medicina social, a qual valoriza a relação médico-paciente. Na Idade Média, a medicina era individualista, com raríssimas manifestações coletivas da atuação médica. O capitalismo não contribuiu para o trânsito da medicina pública para a privada, mas, sim, na contramão disso, socializou a medicina privada, ou seja, socializou o corpo como força produtiva e laboral. A sociedade capitalista empregou no corpo biológico e somático uma “realidade bio-política”, de sorte que a medicina é um expediente biopolítico. Para o filósofo, o corpo e a saúde na medicina somente tomaram posição de destaque na segunda metade do século XIX.

O aparecimento dos hospitais ocorreu na segunda metade do século XVII, visando um processo de quarentena médico e político no seio da urbanização, sobretudo francesa, de objetivo higienizador dentro da medicina urbana, de

forma a evitar aglomerações e eventos endêmicos e epidêmicos. Nessa época, foi criado o caixão individual e as sepulturas familiares (FOUCAULT, 1984, p. 89).

A preocupação com os cadáveres, nesse estágio, era político-sanitária e de respeito aos vivos, imbuída de uma concepção médica, e não religiosa cristã. O escopo da medicina urbana era manter a boa circulação de água e de ar. A medicalização da medicina urbana foi apoiada pela atividade química. A transição para a medicina científica aconteceu a partir da medicina social, coletiva e urbana, e não pela medicina privada, individualizada, centrada no sujeito. A medicina urbana é movida pensando-se nas condições de vida e na salubridade (FOUCAULT, 1984, p. 90-93).

Em seu estudo sobre Foucault (1979), Menezes (2003, p. 104) salienta que o autor enfocou a passagem dos cuidados para com os enfermos, antes realizados pela família e religiosos, para os médicos e instituições. Ao fim do século XVIII, criaram-se os hospitais gerais, ao mesmo tempo que a racionalidade anatômica e clínica, consistente na base da moderna medicina ocidental. Antes disso, contudo, os pobres eram agrupados para morrer em instituições assistenciais denominadas “morredouros”. Desde esse novo discurso científico anatômico-clínico, a medicina foi transformada em ciência do indivíduo, florescendo uma nova perspectiva de integração da morte.

A tese de Foucault (1984, p. 93) é a de que a medicina inglesa dos pobres é diferente da medicina de Estado⁶ alemã e da medicina urbana francesa. A primeira visou ao controle da saúde do corpo das camadas mais pobres, objetivando torná-los mais capazes para a tarefa laboral e menos ameaçadores às classes abastadas. Desse modelo resultaram três parâmetros: medicina assistencial aos pobres, medicina administrativa voltada para a vacinação e o controle de epidemias e medicina privada para quem podia custeá-la.

⁶ A medicina de Estado alemã não tinha um projeto de força de trabalho para a indústria. Não se trata do corpo físico pessoal que trabalha, mas o corpo estatal, solidariamente constituído. É a força do Estado para resolver conflitos econômicos e políticos com seus vizinhos. Foi uma medicina estatizada, coletivizada (FOUCAULT, 1984, p. 84-85). A medicina do Estado não possuía flexibilidade e a medicina francesa urbana não detinha poder (FOUCAULT, 1984, p. 97).

A medicina dos séculos XVII e XVIII era individualizada, de modo que os médicos não sabiam como lidar com as realidades hospitalares. A intervenção médica era no doente e na doença em situação de crise, quando se precisava observar e acompanhar a evolução dos sinais. A medicalização hospitalar iniciou com os hospitais marítimos e militares, em razão de sua desordem econômica, em que circulavam mercadorias e especiarias provindas das colônias. Os hospitais passaram de instituições tocadas por religiosos e leigos para as mãos dos médicos (FOUCAULT, 1984, p. 102-103).

Nesse passo, é preciso tecer algumas considerações de acordo com as teses de Elias (2001) e de Foucault (1984). O primeiro atribuiu à modernização um fator da individualização do sujeito, enquanto Foucault (1984) visualizou a socialização da medicina como um resultado do processo de modernização, embora ambos tratem de aspectos sociológicos. Reunindo as duas visões, pode-se dizer que Elias (2001) focou-se mais no sujeito, ao passo que Foucault centrou-se mais nas mudanças da medicina. Ambas contribuem para o entendimento da atual situação da relação médico-paciente: uma medicina socializada, mas que não consegue resolver o problema da individualização. O movimento *hospice* como local de atendimento institucional é uma proposta que, provavelmente, Foucault (1984) criticaria, por se tratar de uma institucionalização do sujeito. Defende-se, neste contexto histórico, o movimento *hospice care*, que é o cuidado para com o paciente que pode ser efetivado na casa deste ou em local de acolhimento aos doentes.

De qualquer forma, a morte boa sofreu variações culturais e históricas. No passado, era dominada pela religião, e agora, pela medicina. A compreensão do que seja boa morte depende das diferentes culturas e sociedades no tempo e no espaço. Um moribundo do século XIX, por exemplo, preferia a Extrema Unção, hoje, prefere ver o médico. A boa morte ainda depende da extensão da secularização e do individualismo e do tempo que leva a morte típica. Os ritos religiosos unem o grupo. As sociedades do ocidente não são como aquelas dominadas pelo Hinduísmo, Islamismo, Judaísmo e Catolicismo. Deve-se tomar cuidado, pois as sociedades individualistas (sociedades protestantes, a saber, Estados Unidos

da América e Inglaterra) possuem uma forma particular de enxergar a boa morte (pessoa sem nenhuma autonomia possui morte ruim). Os britânicos morrem em hospitais e se sentiriam desconfortáveis com familiares rezando e cantando, como nas sociedades hinduístas. Outro aspecto a salientar é que a paz para os moribundos era estar com seu Criador, presumindo-se uma morte rápida, e agora, a medicina oferece meios de diagnosticar precocemente, embora dificilmente consiga curar, enfermidades como o câncer, a infecção pelo HIV, a demência e as doenças cardíacas. A diferença é que, na era moderna, precisa-se viver por meses ou anos com a ameaça de perder a vida pela doença, e quando se entra na fase de terminalidade é que surgem as questões da eutanásia ou dos cuidados paliativos. Em muitas situações, o paciente fica só, sem família. É quando ele precisa encontrar o próprio caminho, junto a outros doentes, em grupos de autoajuda ou pela internet, e trocar experiências e encontrar carinho (WALTER, 2003, p. 218-220).

Percebe-se uma mudança histórica no conceito de boa morte para morte digna ocorrida concomitantemente ao evento da eutanásia no século XX. O que se busca, nesse momento, entretanto, é trazer a ideia de morte digna ou morrer com dignidade dentro do campo da medicina, oferecendo ao paciente todas as chances de melhorar sua qualidade e dignidade enquanto vivo.

O grande problema acerca das atitudes em relação à vida e à morte na esfera da bioética consiste na laicidade das considerações em detrimento da sua sacralidade. Muitos autores debatem a importância de uma bioética laica como requisito para a sua universalidade. O dilema é que até mesmo a interpretação de laicidade gera debates intermináveis em decorrência da subjetividade do termo, como se pretende explicar na próxima seção.

4 BIOÉTICA LAICA, A MORTE DIGNA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS CUIDADOS PALIATIVOS NA REALIDADE BRASILEIRA

A sociedade ocidental hodierna é produto do fenômeno migratório. Essa mobilidade enriquece a diversidade cultural, mas também permite o surgi-

mento de conflitos bioéticos em questões complexas, como as que dizem respeito à vida, à morte e a enfermidades, que são influenciadas, muitas vezes, por conteúdo de ensino religioso. Em vista disso, impende avaliar se é legítima a contribuição das religiões à bioética no contexto atual em razão da laicidade discutida na esfera pública (VELASCO, 2012, p. 180-181).

É possível apontar duas respostas: uma positiva, em que sociedades plurais e laicas, consensualmente, definem obrigações de forma democrática, mantendo suas convicções religiosas em âmbito privado, afastando da vida pública (administração da sociedade multicultural) a vida privada (crenças pessoais e religiosas), e uma negativa, em que os indivíduos fazem parte de grupos diversos e de sistemas de valores particulares que podem estar incutidos de fundamentos religiosos, quando a religião seria um dos principais elementos na discussão sobre pluralismo cultural. O termo laico comporta dois significados, como algo que se opõe ao religioso, ou no sentido grocista⁷ de planejar algo como se Deus não existisse. Não raras vezes a bioética laica é interpretada como oposta à religiosa, em particular à cristã, mais especificamente, à católica. Uma maneira de valorizar as bases religiosas é compreender a laicidade dentro da concepção grocista, partindo do princípio de uma bioética racional crítica, reconhecendo o ser humano como um valor que busca qualidade de vida sem desconsiderar suas convicções religiosas (VELASCO, 2012, p. 182).

O Brasil é um País laico em virtude de sua pluralidade cultural e religiosa. A proteção da vida resta consignada na própria Constituição de 1988, embora não se tenha por certo seu conceito e hierarquia em relação aos demais direitos na Carta fundamentados. A questão persiste sobre a morte, especialmente a tão aludida morte digna, ou morrer com dignidade, ou ainda, boa morte: em que se encontram os fundamentos para ela no ordenamento jurídico brasileiro?

Sublinhe-se que não é objetivo neste escrito discursar detalhadamente sobre a dignidade da pessoa humana, pois exige maiores considerações impossí-

⁷ Referência do autor a Grocio (1625).

veis de serem delineadas neste momento. Assim, a atenção deter-se-á nos fundamentos jurídicos nacionais existentes sobre a morte digna.

Contudo, é válido repisar que na cultura ocidental, a palavra dignidade tem raiz greco-romana, sob o título de *dignitas*, significando ser digno de excelência e distinção, como a honra, o que não mais se coaduna com a realidade do progresso tecnológico e biomédico. Os estoicos acreditavam na dignidade como uma expectativa de todos os seres humanos, em virtude da razão que lhes possibilita controlar tudo em busca da paz e da felicidade. De acordo com os preceitos estoicos, mesmo vivendo sob pobreza, doença ou opressão, é devido o viver digno, visto que a dignidade e a integridade não podem ser subtraídas. A versão bíblica judaico-cristã, por sua vez, prega a inerência da dignidade humana como um bem inalienável por ser o homem semelhante a Deus. Nesse caso, questões como o começo da vida, além da demência e outras desordens seriam respondidas com base na dignidade como um paradigma ético. A teoria moral kantiana concorda com o Estoicismo como dignidade intrínseca pertencente a todos os seres humanos. A teoria kantiana provoca alguns questionamentos. Ao colocar a dignidade humana vinculada totalmente à autonomia racional, para a biomedicina, ficariam desprotegidos os dementes e as crianças, ou aqueles com problemas mentais congênitos. Outra situação difícil é a dignidade preconizada nas declarações e constituições do século XX, que aclamaram “direitos” defendidos de acordo com os fundamentos americanos, como vida, liberdade e felicidade, ou nos ideais lockeanos, como vida, liberdade e propriedade, com o enaltecimento da dignidade humana após o Holocausto. A crítica em relação a esses documentos é que não especificaram claramente seu conteúdo nem seu fundamento, que acabam por conferir inutilidade à expressão dignidade humana (SCHULMAN, 2008, p. 3-18).

No ordenamento jurídico brasileiro, inexistem referências legais sobre o processo de morrer com dignidade, apesar de a doutrina pátria e o Conselho Federal de Medicina estarem a favor de mecanismos que preconizam a ideia da

morte digna representados pelos cuidados paliativos,⁸ pela ortotanásia⁹ e pelas diretivas antecipadas de vontade do paciente¹⁰ terminal.

A dignidade é um princípio fundamental constitucional constante do inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, logo, serve de fundamento para todos os direitos fundamentais. A vida é um direito fundamental individual do *caput* do artigo 5º do mesmo Diploma. Ainda no mesmo artigo, o inciso III estabelece que ninguém pode ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Ademais, na medida em que o fim da vida está compreendido pelo curso normal da vida e que a bioética lida com a vida, então, a bioética também trata da morte. Se existe ética da vida e responsabilização por isso, há ética no processo de morrer e responsabilização por ela também.

É inegável a afirmativa de que a legislação jamais consegue acompanhar as mudanças na vida das pessoas. Mas isso não impede o seu tratamento digno. No âmbito da medicina, a dignidade pode ser entendida por meio da valorização de alguns fatores, como a amenização da dor e do sofrimento, o conforto, o respeito pelo paciente, a autonomia deste para decidir sobre o local em que prefere passar seus últimos dias, a informação sobre sua doença e riscos dos procedimentos, o acesso a tratamentos e a medicamentos que possam amenizar o seu martírio, a renúncia ou suspensão de intervenções às quais ele não deseja se submeter, o não abandono do paciente, o respeito às suas convicções religiosas, a

⁸ Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados; § 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

⁹ É vedado ao médico: Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

¹⁰ Art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

não realização de encaminhamentos terapêuticos e cirurgias desnecessários e as constantes demonstrações de carinho para aquele ser em desespero.

A propósito, no Código Civil, o mal formulado artigo 15 leva à ambígua interpretação: a ideia de que na presença de risco de vida ao paciente, este não poderá ser constrangido a realizar intervenção cirúrgica e que, na ausência de risco, poderá ser obrigado a se submeter à intervenção. É claro que a intenção do legislador não foi a de forçar ninguém a realizar procedimentos que não deseja, ainda que não corra risco de vida ou à sua saúde. Parece que a intenção do legislador ao elaborar tal norma foi a de valorizar a autonomia do paciente, materializada no consentimento informado esclarecido,¹¹ embora este não tenha sido regulamentado legalmente, permanecendo, por ora, apenas na seara ética (NCEM, art. 22) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

No Brasil, coexistem três modalidades ideais de morte: a tradicional, a moderna e a contemporânea. A primeira continua sendo vivenciada nas cidades interiorianas, onde o falecimento de alguém afeta toda a comunidade, e a identidade da pessoa está entrelaçada ao grupo a que pertence. A morte moderna persiste nos grandes centros urbanos, havendo uma perda da identidade da pessoa ao longo do processo de finalização da vida em virtude da progressiva redução de sua autonomia na tomada de decisões. A morte contemporânea vivida nas unidades de cuidados paliativos permite o estabelecimento de novas identidades a partir das relações com cuidadores paliativos, seguindo o curso “natural” da morte. Esse modelo contemporâneo, porém, deve ser aplicado observando-se alguns limites, notadamente quanto à autonomia do paciente terminal. O modelo adotado no caso brasileiro segue os parâmetros ingleses, em que o doente terminal deve se manter em sua residência. O problema é que as desigualdades de tratamento de pacientes terminais são gritantes, em razão da diversidade social, visto que exis-

¹¹ “Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

tem doentes que vivem em barracos que aglomeram em torno de 10 pessoas em apenas um ambiente, e aqueles que moram em favelas insalubres e sem higiene. Existem, ainda, enfermos que não têm familiares e necessitam do abrigo de asilos mantidos por religiosos (MENEZES, 2003, p. 113).

Esses dilemas éticos e sociais afetam a personalidade da pessoa, a qual, por sua vez, depende da vida. Por consequência, ambas formam um amálgama, de modo que a vida, a personalidade e a dignidade figuram estreitamente unidas (SZANIAWSKI, 2005, p. 146). O maior perigo, entretanto, é transformar o respeito pela vida em veneração a ela. Isso ocorre quando se atribui à vida biofísica valor absoluto, superando a própria dignidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo neste artigo foi a obtenção da resposta ao questionamento: em que momento, ao longo da história da humanidade, ocorreu o surgimento da “morte digna”? Descobriu-se que essa expressão tem sido usada equivocadamente, significando em sua realidade a “boa morte”. Houve uma transformação do termo com a mudança de significado da eutanásia.

Verificou-se que a melhor saída para se resolverem esses conflitos existenciais é mediante a ortotanásia, cuja filosofia assevera o respeito pelo curso natural da vida e do seu fim. Essa prática visa oferecer ao paciente os meios de permitir que não sofra por submeter-se a intervenções e a tratamentos que somente lhe prolonguem a vida, mas que são infrutíferos na busca pela cura.

Constatou-se, ainda, que os cuidados paliativos e o movimento de cuidado *hospice* ajudam a aliviar o sofrimento do doente, respeitando-o em sua totalidade holística, envolvendo aspectos físicos, psicossociais e emocionais e preferências espirituais e religiosas.

A dignidade, na esfera da biomedicina, é compreendida como a valorização de alguns fatores, como o alívio e a mitigação da dor e do sofrimento, o conforto, o respeito pela autonomia do paciente para decidir sobre o local em que

prefere passar seus últimos dias, a informação sobre sua doença, os riscos dos procedimentos, o acesso a tratamentos e a medicamentos que possam amenizar o seu martírio, a renúncia ou suspensão de intervenções às quais o paciente não deseja se submeter, o não abandono deste e o respeito pelas suas convicções religiosas.

REFERÊNCIAS

ABDALATI, Hammudah. *Islam em foco*. Apoio Cultural do Centro de Divulgação do Islam para a América Latina. São Bernardo do Campo: Makkah, 2012.

ALBUQUERQUE, Daniel Rossini; DUNNINGHAM, William Azevedo. Distanásia: uma reflexão sobre o papel psicossocial da morte. *Revista Brasileira de Neurologia e Psiquiatria*, Salvador, v. 17, n. 1, p. 5-24, abr. 2013.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A expansão cultural dos direitos humanos fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

BARREIRA JÚNIOR, Edilson Baltazar. Norbert Elias e a solidão dos moribundos. *Cadernos ESP*, Ceará, v. 5, n. 1, p. 37-43, jan./jun. 2011.

BECK, Roger. Thus spake not zarathushtra: zoroastrian pseudepigrapha of the Greco-Roman World. In: BOYCE, Mary; GRENET, Frantz. *A history of zoroastrianism*. Leiden: Brill Publishers, 1991. v. 3.

BRASIL. Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Regula a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 05 maio 2015.

BRASIL. *Código Civil*: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código 3 em 1*: Penal, Processo Penal e Constituição Federal. Obra coletiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Cespedes e Juliana Nicoletti. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRIGGS, Charles Augustus. *Fundamental Christian faith: the origin, history and interpretation of the apostles' and Nicene creeds*. New York: Charles Scribner's Sons, 1913.

CERECEDA, Francisco Cumplido. El derecho a la vida y el deber de vivir: Conferencia del Rector de la Universidad Miguel de Cervantes Prof. Francisco Cumplido C, en acto inaugural de las jornadas argentino-chileno-peruanas de derecho constitucional. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 1, p. 385-388, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.995/2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF, 31 ago. 2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Novo Código de Ética Médica*. Curitiba: CFM, 2009.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CUNHA, Márcio Rosa da; ROMAN, Pedrinho. *O julgamento de Osíris no Livro dos Mortos egípcio*. Guaíba: Curso de história da ULBRA, Seminário, 2010.

DALL'AGNOL, Darlei. Filosofia e Bioética no debate público brasileiro. *Ideias*, Campinas, n. 4, jan./jul. 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL ISLÂMICA DOS DIREITOS HUMANOS. *Centro de Divulgação do Islã para a América Latina*. São Paulo: Makkah, 2012.

DEVINE, Carol et al. A history of human rights theory. In: DEVINE, Carol et al. *Human rights: the essential reference*. Phoenix: The Oryx Press, 1999.

ELIAS, Norbert. *A solidão dos moribundos, seguido de envelhecer e morrer: alguns problemas sociológicos*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

FLORIANI, Ciro Augusto. *Moderno movimento hospice: fundamentos, crenças e contradições na busca da boa morte*. 2009. Tese (Doutorado em Ciências na Área da Saúde Pública)–Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2009.

FLORIANI, Ciro Augusto. Moderno movimento hospice: *kalotanásia* e o revivalismo estético da boa morte. *Revista Bioética*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 397-404, 2013.

FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. A visão da morte ao longo do tempo. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 38, n. 1, p. 13-9, 2005.

GOLDIM, José Roberto. O que é o embrião. In: KIPPER, José Délio; MARQUES, Caio Coelho; FEIJÓ, Anamaria (Org.). *Ética em pesquisa: reflexões*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

GOLDIM, José Roberto. *Slippery Slope*. 22 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/slipperry.htm>>. Acesso em: 10 set. 2015.

HAMILTON, Sue. *Early buddhism: a new approach: the in of the beholder*. New York: Routledge, 2000.

HOBBS, Leviatã. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ISHAY, Micheline. *The history of human rights: from ancient times to the globalization era*. London: University of California Press, 2003.

JUNGES, José Roque et al. Legal and ethical reflections on end-of-life: a discussion on orthothanasia. *Revista Bioética*, v. 18, i. 2, p. 275-88, 2010.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KNOBEL, Marcos; SILVA, Ana Lúcia Martins. O paciente terminal: vale a pena investir no tratamento? *Revista Einstein*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 133-134, 2004.

KOVÁCS, Maria Júlia. A morte no contexto dos cuidados paliativos. In: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. *Cuidado paliativo*. Coordenação institucional de Reinaldo Ayer de Oliveira. São Paulo: CRMSP, 2008.

KOVÁCS, Maria Júlia. Representações de morte. In: KOVÁCS, Maria Júlia (Coord.). *Morte e desenvolvimento humano*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

KROHLING, Aloísio; KROHLING, Beatriz Stella Martins. Ética rizomática e teoria crítica do direito internacional dos direitos humanos. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 5, n. 1, p. 82-92, jan./jun. 2013.

LAUREN, Paul Gordon. *The evolution of international human rights: visions seen*. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2003.

LAUREN, Paul Gordon. *The evolution of international human rights: visions seen*. 3. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2011.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

MENEZES, Rachel Aisengart. Um modelo para morrer: última etapa na construção social contemporânea da pessoa? *Campos*, v. 3, p. 103-16, 2003.

MORITZ, Rachel Duarte (Org.). *Conflitos bioéticos do viver e do morrer*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2011.

MOTTA, Márcia Vieira da et al. Pedidos para interrupção de gestação de anencéfalos: jurisprudência no estado de São Paulo. *Saúde, Ética & Justiça*, v. 18, n. 2, p. 146-56, 2013.

NEOGI, Suchandra. Self-willed death: an aspect of euthanasia in Buddhism. *International Journal of Current Research*, Department of philosophy, Burdwan University, W.B, Índia, v. 5, i. 7, p. 2010-11, Jul. 2013.

OTERO, Juan María Martínez. Autonomía e información de los pacientes: del reconocimiento de derechos a la pérdida de confianza. Reflexiones con motivo de la aparición de nuevas normas sobre los derechos de los pacientes al final de la vida. *Cuad. Bioét.*, Universidad CEU Cardenal Herrera – Valencia (España), v. 23, p. 153-67, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SALGUEIRO, Jennifer Braathen; GOLDIM, José Roberto. As múltiplas interfaces da Bioética com a religião e a espiritualidade. In: GOLDIM, José Roberto et al. *Bioética e espiritualidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. (Coleção Bioética 1).

SALLES, Alvaro Angelo. Bioética e processos de religiosidade entre os pacientes com doenças terminais no Brasil. *Revista Bioética*, v. 22, n. 3, p. 397-406. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SÁNCHEZ, Emílio García. El rescate de lo humano en el enfuermo que se muere. *Cuad. Bioét.*, Universidad CEU Cardenal Herrera-Valencia (España), v. 23, p. 135-49, 2012.

SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito “vida” em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. *Revista Bioética*, Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, v. 17, n. 3, p. 377, 2009.

SCHULMAN, Adam. Bioethics and the question of human dignity. In: PRESIDENT’S COUNCIL ON BIOETHICS. *Human dignity and bioethics: essays commissioned by the president’s council on bioethics*. Washington, 2008.

SMITH, Wesley J. Euthanasia and assisted suicide. *Encyclopedia of Crime and Justice*. 2002. Disponível em: <<http://www.encyclopedia.com/doc/1G2-3403000109.html>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

SOUZA, José Fernando Vital; MEZZAROBBA, Orides. Direitos humanos no século XXI: uma utopia possível ou uma quimera irrealizável? In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (Org.). *Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

SPIANDORELLO, Wilson Paloschi. Cenário de desenvolvimento da vida humana e reflexões sobre o aborto. *Revista Bioética*, Brasília, DF, v. 20, n. 3, p. 425-35, 2012.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAPIA-ADLER, Ana Maria. Notas sobre o judaísmo y bioética. *Religión y Bioética: Acta Bioethica*, ano 16, n. 1, p. 17-24, 2010.

VELASCO, Maria Cruz Días de Terán. Bioética laica e bioética religiosa: claves para una argumentación contemporánea. 2012. *Cuad. Bioét.*, v. 23, p. 179-93, 2012.

WALTER, Tony. Historical and variants of the good death. Department of Sociology, University of Reading, Reading RG6 6AA. *BMJ*, v. 327, i. 26, p. 218-20, Jul. 2003.

YOUNG, Katherine K. A cross-cultural historical case against planned self-willed death and assisted suicide. *McGill Law Journal*, p. 657, 1994.

LIBERDADE E DEMOCRACIA NA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Sabrina Favero*

Resumo: A obra *Uma Teoria da Justiça*, publicada por John Rawls em 1971, é uma das mais discutidas do Século XX, em grande medida porque reformula a teoria do contrato social, embasando-a no conceito de justiça. Nela, o autor desenvolve temas como razão pública, consenso e liberdades. Rawls elenca dois princípios de justiça e estabelece uma prioridade do primeiro – as liberdades fundamentais – em relação ao segundo – o da igualdade. Essa prioridade é justificada pela influência da liberdade nas questões de razão pública e escolha racional e razoável das finalidades do Estado. Nesse contexto, o princípio da liberdade tem relação com o de Democracia. Neste artigo objetivou-se, pois, analisar a relação entre liberdade e democracia na teoria de justiça proposta por John Rawls e demonstrar a necessária complementariedade entre elas. Para tanto, com base na obra supradita, analisam-se conceitos de justiça como equidade, liberdades básicas e sua prioridade e a relação entre liberdade e democracia. Trata-se de uma pesquisa acadêmica qualitativa e teórica, para a qual será utilizado o método analítico.

Palavras-chave: John Rawls. *Uma Teoria da Justiça*. Justiça como equidade. Razão pública. Liberdade. Democracia.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de questionamentos e controvérsias em torno das finalidades do Estado e das democracias estabelecidas, a obra de John Rawls representa importante substrato teórico para quem quer que se debruce sobre o tema e sobre o papel do indivíduo nas sociedades. Com efeito, o filósofo norte-americano produziu uma das mais discutidas obras do Século XX – *Uma Teoria da Justiça* – publicada em 1971, na qual reformulou a teoria do contrato social, embasando-a no conceito de justiça.

* Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas; mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora do Curso de Direito da Universidade do Contestado de Concórdia; sabrinafavero10@yahoo.com.br

As críticas recebidas após a publicação da obra fizeram com que Rawls revisse alguns pontos de sua teoria, sobretudo no que se refere à razão pública das escolhas. Em 1993, ele publicou *O liberalismo político*, incluindo questões de democracia e razão pública à teoria da justiça. Teve como objetivo demonstrar que os princípios de justiça são uma melhor alternativa de atendimento das exigências de sociedades democráticas do que os princípios adotados pelo utilitarismo, por exemplo, porque eles possibilitariam o estabelecimento de uma democracia deliberativa.

Nesse contexto, o princípio da liberdade tem papel essencial na construção de tal democracia, tanto que, no entender de Rawls, as liberdades fundamentais têm prioridade sobre o segundo princípio de justiça (o da igualdade). Essa prioridade é justificada pela influência da liberdade nas questões de razão pública e escolha racional e razoável das finalidades do Estado.

O objetivo com o presente trabalho foi analisar a relação entre liberdade e democracia na teoria de justiça proposta por John Rawls e demonstrar a necessária complementariedade entre elas. No estudo parte-se do conceito de justiça como equidade; a seguir, procura-se esclarecer o conceito de liberdades básicas e sua prioridade sobre o segundo princípio para, finalmente, analisar a relação entre liberdade e democracia.

2 JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Um dos pontos centrais de qualquer teoria do Estado é a finalidade pela qual ele é constituído e o que fundamenta a união das pessoas, na medida em que, se por um lado, a união traz benefícios individuais, por outro, representa limitação da autonomia individual.

Segundo Rawls (1997, p. 4-5), os homens agrupam-se em sociedade em razão de uma identidade de interesses que lhes confere uma vida melhor do que teriam se dependessem exclusivamente de si. Essa união, porém, também causa conflitos em decorrência da distribuição dos bens disponíveis na associação. Para

estabilizar esse conflito, é necessário um conjunto de princípios que atribuam direitos e deveres e que determinem a distribuição dos bens e encargos da cooperação social.

Diferente das teorias contratualistas desenvolvidas por antecessores, para Rawls (1997, p. 12), é a justiça o fundamento das sociedades, porque é ela que garante a boa convivência social mediante um acordo sobre princípios de distribuição de bens e cooperação social aceitos por todos. Segundo ele, o contrato original não cria uma sociedade ou uma forma de governo – esse papel é conferido à Justiça; o contratualismo decorre, então, do consenso original de justiça.

É nesse contexto que Scaloppe (2015, p. 805) esclarece que a teoria rawlsiana “[...] foi um marco divisório, grosso modo, entre duas concepções contratualistas”, pois chega ao Direito pela justiça e não o contrário. No mesmo sentido, Arantes (2011, p. 272) sustenta o entendimento de Rawls de que a Justiça precede o Direito e é “[...] (entendida como o conjunto de princípios escolhidos racionalmente) que se torna elemento estabilizador da convivência humana.”

Na teoria rawlsiana, portanto, o que fundamenta a união entre os indivíduos é a possibilidade de auferir benefícios mútuos, ainda que não equânimes. Essa união é possível mediante a eleição de alguns princípios – que ele denomina princípios de justiça – que irão regular a distribuição dos bens disponíveis.

A partir disso, uma das questões que o filósofo americano propôs-se a responder é a de como é possível a convivência pacífica entre pessoas que aceitem ou concebam doutrinas filosóficas, religiosas e morais diferentes em uma mesma sociedade.

Para tanto, ele parte do estabelecimento de princípios básicos, reformulados a partir de *Uma teoria da justiça*, apresentados em *O liberalismo político* como:

Toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e a segunda é que devem re-

dundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade. (RAWLS, 2000, p. 345).

O sistema social é, pois, analisado sob dois aspectos: “[...] um que defina e garanta liberdades iguais entre cidadãos e outro que especifique e estabeleça desigualdades econômicas e sociais.” (TEIXEIRA, 2007, p. 4).

No entender de Thiry-Cherques (2011, p. 555), “Os dois princípios de Rawls são, na verdade, três. O sistema é constituído por uma condição maior, a liberdade, e de dois grandes princípios, o da diferença e o da igualdade.”

Percebe-se que, em relação a *Uma Teoria da Justiça*, houve a alteração do primeiro princípio, com a inclusão da ideia de um sistema adequado, necessário ao pleno desenvolvimento da capacidade moral dos indivíduos já que, para a teoria rawlsiana, há uma conexão entre concepção de pessoa e concepção de cooperação social. Pessoa é tida como indivíduo capaz de ser membro de uma sociedade, e cooperação social é uma atividade social ordenada, com o fito do benefício mútuo. A concepção de pessoa depende de duas capacidades morais, que são o senso de justiça e a capacidade de possuir uma concepção de bem (RAWLS, 2000, p. 346-356).

A escolha desses princípios é realizada em uma posição original sob o véu da ignorância, em que os indivíduos – iguais, livres e racionais – desconhecem situações particulares, mas conhecem situações genéricas e, assim, formam um consenso de justiça baseado em princípios que regem a cooperação social e a estrutura básica da sociedade (RAWLS, 1997, p. 147-151).

Disso surge a expressão “Justiça como Equidade”, ou seja, uma concepção de justiça geral e abstrata a partir da reformulação da teoria do contrato social em que as partes, em uma posição original e sob o véu da ignorância, estão em situação de hipotética igualdade (RAWLS, 1997, p. 13-14).

Teixeira (2007, p. 3) esclarece que uma das ideias intuitivas básicas da teoria de Rawls é a noção de pessoa dotada de pelo menos duas capacidades morais, que são o senso de justiça e a capacidade para deter uma concepção de bem.

A exigência de uma capacidade moral decorre do fato de que, sob o véu da ignorância, as pessoas não teriam condições de discernir sobre o bem geral, motivo pelo qual Rawls (2000, p. 359-363) introduz a noção de bens primários, que são condições necessárias para a realização dessas capacidades morais, quais sejam: liberdades fundamentais; liberdade de movimento e livre escolha de ocupação; poderes e prerrogativas de posições e cargos de responsabilidade; renda e riqueza; e bases sociais do autorrespeito.

Estabelecidos os princípios, dissolve-se a posição original e as partes voltam ao convívio social. A partir de então, os princípios objeto do consenso são aplicados nas principais instituições da estrutura social básica (de uma democracia constitucional) em quatro estágios: na convenção constituinte, na escolha da Constituição, no processo legislativo e na aplicação da lei. O princípio da liberdade é fundamental ao primeiro estágio da convenção constituinte; já o princípio da diferença ou da igualdade de oportunidades é fundamental no estágio legislativo, para permitir que sejam privilegiados os menos favorecidos. “Assim, a prioridade do primeiro princípio de justiça em relação ao segundo se reflete na prioridade da convenção constituinte em relação ao estágio legislativo.” (RAWLS, 1997, p. 211- 218).

Conforme evoluem os estágios de concretização dos princípios de justiça, vai-se dissolvendo paulatinamente o véu da ignorância, tanto que, no último estágio – quando da aplicação da lei ao caso concreto, “[...] não se observa qualquer resquício do ‘véu da ignorância’ (*veil of ignorance*), pois são as circunstâncias de cada caso concreto que deverão ser examinadas pelos aplicadores do direito.” (NUNES JUNIOR, 2005, p. 219).

A teoria proposta por Rawls é contratualista, mas difere das demais até então desenvolvidas porque o elemento fundamental é a justiça, tida a partir de um senso comum – razão pública – em torno dos ideais que devem gerir a associação. Esses ideais são estabelecidos por pessoas detentoras de capacidades morais e racionais, donde se pode perceber a influência kantiana.

Esse pensamento é fundamental para a compreensão do Direito e do Estado, na medida em que reconduz o problema da justiça para o centro da questão da convivência social.

3 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE

A Filosofia do Direito sempre procurou estabelecer o conceito de liberdade, na medida em que ela é fundamental para o desenvolvimento da pessoa, e, portanto, necessária para a proteção e realização da dignidade humana.

Para Tomás de Aquino, a liberdade pressupõe racionalidade, sendo a razão aquilo que distingue o homem dos demais seres. Já Kant entende que é a razão que torna possível a liberdade. Se a pessoa for racional, será livre, e é por isso que o homem é dotado de dignidade. Para o autor, a autonomia da vontade é a capacidade de o homem ser sua própria lei. Mas essa autonomia não significa individualismo, pois o homem deve agir de acordo com uma lei moral e universal, ou seja, deve respeitar a razão, e não a sua razão. Por isso, aquele que é alienado não é livre. Os filósofos contemporâneos, por sua vez, estabelecem uma relação diferente entre liberdade e dignidade. Para eles, a primeira dimensão da pessoa humana é a autonomia radical, fundada na liberdade e dignidade da pessoa. Eles contestam o pensamento de Kant e Hegel por terem reduzido a dignidade à racionalidade, quando a pessoa deve ser definida por suas características físicas e mentais e por sua capacidade de amar (MAURER, 2005, p. 75-77).

Disso, conclui-se que a liberdade é pressuposto da dignidade da pessoa humana, pois é mediante a liberdade que o indivíduo se desenvolve de acordo com a sua autonomia. O conceito de liberdade, no entanto, é complexo.

Em *Uma teoria da justiça*, Rawls (1997, p. 219) relaciona a liberdade com a ausência de restrições: “A descrição geral de uma liberdade, então, assume a seguinte forma: esta ou aquela pessoa (ou pessoas) está (ou não está) livre desta ou daquela restrição (ou conjunto de restrições) para fazer (ou não fazer) isto ou aquilo.”

As liberdades básicas formam um sistema único, em que o valor de uma espécie de liberdade depende do valor das demais e que, em condições razoáveis, pode ser exercida de acordo com a regulação legal (RAWLS, 1997, p. 219-220).

Esse sistema de liberdades é formado por: “[...] a liberdade de pensamento e de consciência; as liberdades políticas e de associação, assim como as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa; e, finalmente, os direitos e liberdades abarcados pelo império da lei.” (RAWLS, 2000, p. 345).

Tais liberdades fundamentais têm prioridade sobre o segundo princípio de justiça porque lhes é conferido um *status* especial, um valor absoluto se relacionadas com razões do bem público e valores perfeccionais. Por isso, somente podem ser limitadas por outra liberdade fundamental e nunca por valores de bem-estar geral (RAWLS, 2000, p. 349).

A teoria rawlsiana opõe-se ao utilitarismo justamente porque nela a liberdade representa também o respeito para com as pessoas, as quais não podem ser violadas nem mesmo em prol do bem comum, pois “[...] a perda da liberdade por parte de alguns não pode ser justificada pelo maior bem-estar desfrutado por outros. As prioridades lexicais da justiça representam o valor das pessoas que, segundo Kant, estão acima de qualquer preço.” (RAWLS, 1997, p. 653).

Há diferença entre restringir e regulamentar o exercício das liberdades fundamentais. Não se fere a prioridade delas quando se regulamenta seu exercício impondo condições para este (programação e organização social). O que não é permitido é limitar a liberdade em si. “O uso público de nossa razão deve ser regulamentado, mas a prioridade da liberdade requer que isso seja feito, tanto quanto possível, de modo a deixar intacta a esfera central de aplicação de cada liberdade fundamental.” Ou seja, a lista de liberdades fundamentais sempre terá prioridade, exigida em determinadas situações, a qual chamou de “condições razoavelmente favoráveis”, que permitem o pleno exercício delas. Essas condições favoráveis dependem da cultura, das tradições e do desenvolvimento econômico das sociedades (RAWLS, 2000, p. 350-351).

Com efeito, Rawls (1997, p. 221) defende que o sistema total de liberdades básicas tem uma estrutura bipartida, em que se conciliam liberdade e igualdade:

Assim, a liberdade e o valor da liberdade se distinguem da seguinte maneira: a liberdade é representada por um sistema completo de liberdades de cidadania igual, quanto que o valor da liberdade para as pessoas e grupos depende de sua capacidade de promover seus fins dentro da estrutura definida pelo sistema.

Por essa razão, no entender de Sen (2011, p. 95), a liberdade é complementada a partir do conceito de igualdade, na medida em que “[...] Rawls reconhece indiretamente a importância da liberdade humana em dar às pessoas oportunidades reais – por oposição àquelas apenas formalmente reconhecidas – para fazerem o que bem entendam de suas próprias vidas.”

Há, também, um sistema de liberdades fundamentais caracterizado por uma esfera central de aplicação, representada por condições para o desenvolvimento e exercício das capacidades morais da pessoa; e por um sistema viável de aplicação dessas liberdades, em que cada uma delas seja protegida. Esse sistema não é especificado minuciosamente, mas em linhas gerais. A especificação ocorrerá nos estágios posteriores de aplicação dos princípios da justiça (constitucional, legislativo e judicial). Logo, a atribuição de prioridade às liberdades fundamentais é fundamental para a proteção de outras liberdades nos Estados modernos (RAWLS, 2000, p. 351-353).

A teoria da justiça como equidade, proposta por Rawls, é liberal e pluralista, pois pretende conciliar o convívio social de elementos heterogêneos, mas cujo primeiro elemento fundamental é a liberdade.

Por isso, ele sustenta que os dois princípios de justiça estão em uma relação serial, “[...] de forma que um primeiro e mais importante princípio deve ser satisfeito antes de qualquer outro; Rawls situa como anterior a todos os princípios, o da liberdade.” (THIRY-CHERQUES, 2011, p. 554).

Essa concepção liberal de justiça concede ao indivíduo o direito de conduzir sua vida em determinada sociedade, conciliando “[...] indivíduos com diferentes projetos pessoais de vida dentro de uma sociedade plural respeitadora dessas diversas concepções de mundo.” (SARAPU, 2006).

O princípio da liberdade, segundo Thiry-Cherques (2011, p. 555), tem relação com a autonomia da vontade de Kant, mas dela difere porque, para Rawls, a liberdade faz parte da constituição do ser humano, dá sentido e finalidade à vida e implica a razoabilidade de formular um senso de justiça e a racionalidade de conceber o bem.

As liberdades fundamentais têm prioridade sobre o segundo princípio de justiça porque têm um *status* especial, um valor absoluto se relacionadas com razões do bem público e valores perfeccionais. Elas podem conflitar entre si. Não são absolutas e surge daí a necessidade de estabelecimento de regras constitucionais que as harmonizem em um sistema coerente de liberdades garantidas a todos os cidadãos.

Para Rawls (2000, p. 349), “[...] uma liberdade fundamental só pode ser limitada ou negada em nome de uma outra ou de outras liberdades fundamentais, e nunca, como eu disse, por razões de bem-estar geral ou de valores perfeccionistas.”

Teixeira (2007, p. 5-7) esclarece que Rawls propôs um sistema único de liberdades, em que se diferencia liberdade de valor de liberdade. A liberdade é igual para todos. O valor de liberdade varia conforme as condições das pessoas de alcançarem seus objetivos.

A lista de liberdades fundamentais sempre terá prioridade, exigida em determinadas situações, que Rawls chamou de “condições razoavelmente favoráveis”, que permitem o pleno exercício delas. Essas condições favoráveis dependem da cultura, das tradições e do desenvolvimento econômico das sociedades e são estabelecidas por um sistema de liberdades fundamentais caracterizado por uma esfera central de aplicação, representada por condições para o desenvolvimento e exercício das capacidades morais da pessoa, e por um sistema viável de aplicação dessas liberdades, em que cada uma delas seja protegida. Esse sistema

não é especificado minuciosamente, mas em linhas gerais. A especificação ocorrerá nos estágios posteriores de aplicação dos princípios da justiça (constitucional, legislativo e judicial) (RAWLS, 2000, p. 351-352).

O princípio da liberdade tem primazia sobre o da igualdade porque Rawls parte da noção de que, na posição original, quando se estabelece o consenso em torno de um conceito de justiça, todos os representantes das partes são livres. Essa noção de pessoa de Rawls está associada ao ideal kantiano.

A influência kantiana é demonstrada por Godoy (2010, p. 4540), para quem, “[...] se os sujeitos são racionais, moralmente iguais e autônomos, podem, portanto, decidir sobre os princípios de justiça que regerão a sociedade e suas instituições.”

4 LIBERDADE E DEMOCRACIA

Segundo Rawls (2000, p. 261-265), o meio ideal para que os princípios de justiça se desenvolvam é uma sociedade estruturada em uma democracia constitucional, na qual a razão pública é o elemento definidor da ordem e da forma pela qual uma sociedade democrática organiza e realiza suas finalidades e cujos objetos são os bens públicos, ou, em outras palavras, a forma como os membros de uma sociedade exercem o poder político quando estabelecem regras. Mas o que justifica o respeito dos indivíduos à Constituição e à razão pública?

Para Rawls (2000, p. 265-267), é o princípio liberal da legitimidade que estabelece elementos constitucionais ideais aceitos razoável e racionalmente por todos os cidadãos e que impõe um dever moral de diálogo entre os membros da sociedade nas decisões a serem tomadas, a fim de ajustar e conciliar posições divergentes.

Portanto, no entender de Rawls, a democracia está baseada na concepção política de justiça, que, por sua vez, decorre da razão pública. E é exatamente nesse contexto que se estabelece a relação entre democracia e liberdade, pois o

estabelecimento de uma razão pública pressupõe que a escolha seja feita por cidadãos livres e iguais.

Percebe-se, assim, que Rawls parte de sua teoria de justiça – justiça como equidade – para desenvolver a ideia de razão pública, que justificaria o consenso social da democracia e seria o fundamento pelo qual os homens mantêm uma sociedade bem ordenada, justa. A razão pública refere-se, assim, a questões essenciais do Estado, como elementos estruturais e de justiça. As pessoas defendem a razão pública porque acreditam na razoabilidade dela. É como se a sociedade se autogovernasse. Isso tem relação com a racionalidade e a liberdade. Por isso, da concepção dessa razão pública advém *o liberalismo político*.

Essa conclusão é deduzida dos quatro estágios propostos para a aplicação dos princípios de justiça: “O sistema político, que suponho ser alguma forma de democracia constitucional, não seria um procedimento justo se não incorporasse essas liberdades.” (RAWLS, 1997, p. 214).

Teixeira (2007, p. 5) sintetiza que no ideal rawlsiano, uma Constituição é justa se possibilitar uma ordem legal justa e efetiva. “Na elaboração do procedimento justo é preciso que as liberdades de igual cidadania – que incluem as liberdades de consciência e de pensamento, da pessoa e de iguais direitos políticos – integrem a Constituição e sejam por ela protegidos.”

Por essa razão, os princípios de justiça devem ser observados no processo de formação das constituições, que devem primar por justiça. Esse fenômeno Rawls (1997, p. 241) denominou justiça política, ou seja, a justiça presente na Constituição, que possui dois aspectos principais: deve ser um procedimento justo de garantia de liberdades iguais, com a participação política de todos, e deve estabelecer um sistema legal justo e eficaz.

É a liberdade que possibilita a escolha razoável e racional dos princípios de justiça que serão a fundamentação de uma sociedade bem organizada e, por isso, a igual liberdade das pessoas é condição necessária para a democracia.

A razão pública, tida a partir do consenso entre homens livres e iguais, é característica de povos democráticos:

A união social não se fundamenta mais numa concepção do bem, tal como dada por uma fé religiosa ou uma doutrina filosófica, mas numa concepção pública e compartilhada de justiça apropriada à concepção de cidadãos de um Estado democrático como pessoas livres e iguais. (RAWLS, 2000, p. 359).

No entender de Oliveira (2010, p. 88), o objetivo da teoria de Rawls é apresentar uma teoria de justiça social que esteja em conformidade com os Estados democráticos modernos para equacionar o problema da organização social no que diz respeito à forma como se harmonizam liberdade e igualdade das pessoas.

Já Arantes (2011, p. 275) sustenta que a interpretação do segundo princípio leva ao conceito de Sociedade Liberal Democrática, segundo a qual “[...] as vantagens (que supostamente devem estar abertas a todos) distribuídas em sociedade devem levar em consideração as diferenças sociais onde o indivíduo é o ator principal da sociedade.”

Scaloppe (2015, p. 811) defende que, para a teoria rawlsiana, “A democracia constitucional está pendente da possibilidade plena de realização de uma virtude fundamental: a liberdade ou as liberdades [...]” apresentadas.

Segundo Godoy (2010, p. 4544), há “[...] uma relação necessária entre justiça e democracia (deliberativa). O objetivo da razão pública de Rawls é estruturar o processo democrático e estabelecer princípios substantivos que expressem se o resultado do processo é justo.”

Liberdade e democracia, na teoria rawlsiana, são elementos que estão em relação de simbiose, pois não há democracia sem liberdade e nem é possível exercer liberdade sem que haja democracia.

Garantir liberdade ao indivíduo inserido em determinada sociedade significa conceder-lhe condições para o desenvolvimento das duas capacidades morais antes mencionadas: a concepção de justiça e a de bem. Essa concepção de pessoa autônoma e racional é o que caracteriza o cidadão das democracias e ela é indissociável do conceito de liberdade.

5 CONCLUSÃO

A enorme importância atribuída à obra de John Rawls está na inclusão da justiça na base da fundamentação do Estado, na medida em que, segundo ele, os homens organizam-se em função de ideais comuns no que diz respeito à distribuição dos bens constantes da associação. Por isso, na teoria rawlsiana, a justiça é anterior ao Estado.

O ponto de partida de sua teoria é uma situação hipotética – denominada posição original – na qual os homens estabelecem princípios de justiça sobre os quais se pautará a associação. Nessa situação, apesar de as pessoas possuírem capacidades morais e racionais, desconhecem a posição que ocupam na sociedade – por isso, sua escolha é feita por meio do “véu da ignorância”.

Após a escolha, a sociedade é desenvolvida com base nos princípios adotados, que são aplicados em uma sequência de quatro estágios, nos quais paulatinamente é retirado o véu da ignorância. À escolha da posição original segue-se a instituição de uma Constituição, um processo legislativo e, por fim, a aplicação da lei ao caso concreto, quando, então, não há mais resquício do véu da ignorância.

Na condição hipotética original, dois são os princípios escolhidos: liberdade e igualdade, os quais em uma ordem serial, com a liberdade tendo prevalência sobre a igualdade.

O conceito de liberdade em Rawls diz respeito à ausência de restrições, seja por parte do Estado, seja por parte dos demais membros da sociedade. Mas isso não significa que não pode haver regulamentação da liberdade. No entanto, qualquer restrição a ela só pode decorrer dela mesma, ou seja, de um sistema único de liberdades. A prevalência do princípio da liberdade reforça a contraposição da teoria de Rawls ao utilitarismo e ao comunitarismo, pois o bem comum não pode ser razão para restrição da liberdade do indivíduo.

Segundo Rawls, o campo ideal para fomento e desenvolvimento de uma sociedade justa, organizada a partir desses princípios de justiça escolhidos em uma posição hipotética original, é o da democracia constitucional.

E é justamente nesse ponto que se interligam democracia e liberdade a partir do conceito de razão pública, na medida em que um dos elementos da democracia é a participação das pessoas na escolha dos objetos e finalidades do Estado. E a participação só é possível se for garantido aos indivíduos o acesso ao mais abrangente sistema de liberdades, que permita o desenvolvimento livre e racional de sua personalidade. Ao mesmo tempo, garante-se a liberdade individual somente em um sistema democrático que agregue e tolere diferentes formas de pensamento (pluralismo). Por isso, entre liberdade e democracia há uma necessária relação de complementariedade, já que uma se serve da outra para realização de seus objetivos e finalidades.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Bruno Camilloto. Democracia, direito e política: uma análise da teoria da justiça de John Rawls. *RPFM*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1. p. 269-278, jan./dez. 2011.

GODOY, Miguel Gualano de. Justiça, democracia e direitos fundamentais: o liberalismo igualitário de John Rawls, o procedimentalismo de Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortalez/3466.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. A teoria rawlsiana da justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42. n. 168, p. 215-225, out./dez. 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Um ensaio sobre o liberalismo político de John Rawls: construtivismo e razão pública. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, p. 81-96, jan./jun. 2010

RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

SARAPU, Daniel Vieira. A interpretação do princípio da diferença de John Rawls por Phillippe Van Parijs: em busca de uma liberdade real para todos. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2006, Manaus. *Anais...* Manaus, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIV-Congresso/165.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. Liberdades iguais [em] Rawls. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, n. 85, jun./jul. 2007.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. John Rawls: a economia moral da justiça. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 15, n. 3, set./dez. 2011.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: A IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA MAIS MÉDICOS A PARTIR DA TEORIA DE AXEL HONETH

Juliana de Oliveira*
Yuri Schneider**

Resumo: O presente artigo trata da efetivação do direito constitucional à saúde, previsto no art. 196 da CF/88, que prevê que saúde é direito de todos e dever do Estado, por meio de políticas públicas do Estado, representado pelos três entes da federação (União, estados, Distrito Federal e municípios). Mostra aspectos relacionados à criação do SUS na década de 1990, com o intuito de promover condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Além disso, refere-se à última política pública de âmbito nacional com vistas à implementação do direito constitucional à saúde, o Programa Mais Médicos, trazendo um aparato dos pontos positivos e negativos do programa. Por fim, pretendeu-se aplicar a Teoria do Reconhecimento de Axel Honeth para identificar se o Programa Mais Médicos conseguiu atingir seu objetivo, qual seja, a efetivação do direito social à saúde, ou se foi mera norma panfletária.

Palavras-chave: Direito à saúde. Políticas públicas. Programa mais médicos. Norma política panfletária. Efetivação da saúde. Teoria do Reconhecimento. Axel Honeth.

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde teve grandes avanços na sociedade brasileira após a Constituição de 1988, a qual salienta a sua importância no exercício da vida dig-

* Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho, Direito e Processo Civil e Advocacia Civil e Empresarial pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; juliana.oliveira@unoesc.edu.br

** Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina e da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

na. Novas descobertas têm possibilitado cada vez mais a melhoria da qualidade de vida de pacientes com graves doenças, mas a oferta de tratamentos a pacientes que não têm possibilidade de obtê-los por conta própria acaba causando um grande aumento nos custos de saúde da população. Tal problemática vem criando uma discussão sobre a responsabilidade e a limitação dos direitos fundamentais referentes à vida e à saúde por parte do Estado, considerando a verba orçamentária destinada à saúde e a insuficiência das políticas públicas criadas para este fim.

Reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de caráter social, o direito à saúde exige do Estado prestações para sua efetividade, por isso é considerado uma política pública a ser alcançada pela República Federativa do Brasil, ou seja, deverá ser garantida a sua efetividade. Ademais, quando aliado ao caráter fundamental social emana diversas consequências em relação às políticas públicas, separação de poderes e o caráter subjetivo das prestações.

Nesse sentido, como meio de garantir a efetivação do direito social à saúde, o Governo brasileiro, envolvendo todas as esferas da Federação, instituiu políticas públicas em âmbito nacional, regional e local.

Uma das mais recentes e polêmicas políticas públicas implantadas para atingir essa finalidade, à qual a República Federativa do Brasil se comprometeu no Texto Constitucional, foi o denominado *Programa Mais Médicos*.

No entanto, tal política pública, além de ser aplaudida, está sofrendo grandiosas críticas, sendo considerada uma política panfletária, fazendo-se necessária a aplicação da teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy para identificar se o Programa Mais Médicos foi realmente uma política pública implantada com o objetivo de efetivar o direito social à saúde.

Assim, por meio de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método hipotético-dedutivo, faz-se necessário discutir acerca da política pública de efetivação do direito constitucional à saúde denominada *Programa Mais Médicos*, que por meio de legislação interna e acordos internacionais, “importou” médicos brasileiros que se formaram no exterior e também médicos estrangeiros, e também tomou outras medidas, com o fundamento de garantir à população brasileira,

principalmente das regiões de periferia, atendimento médico através do Sistema Único de Saúde (SUS) nas Unidades Básicas de Saúde.

2 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A preservação da vida é uma preocupação constante do ser humano. Assim, em decorrência da necessidade, buscou-se no decorrer da evolução social a proteção do indivíduo, garantindo o amparo diante das adversidades da vida. No entanto, nem sempre a proteção é efetiva, tanto por parte da sociedade quanto do Estado, ficando muitos indivíduos e coletividades desprotegidos e desamparados.

Todo ser humano nasce com direitos e garantias, não devendo estes ser considerados concessão do Estado, tendo em vista que “[...] alguns destes direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, outros são criados através de certa manifestação de vontade, e outros apenas são reconhecidos nas cartas legislativas.” (SILVA, 2006). Ainda, é válido ressaltar que as pessoas como um todo devem exigir que a sociedade respeite e garanta sua dignidade e suas necessidades básicas fundamentais.

Para Dallari (2003), a sociedade deve estar organizada de modo que busque condições que permitam a cada homem e grupo social ter o que precisa para seus fins particulares. A organização da sociedade deve ter uma finalidade, que é visar ao bem de todos, ao bem comum, sendo este um conjunto de condições da vida social que melhora o desenvolvimento da personalidade humana, obtido de forma harmônica e garantindo a liberdade de todos.

Nesse sentido, de acordo com Silva (2006), os direitos fundamentais compreendem um conjunto de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade tutelar a dignidade e o respeito à vida, à liberdade e à igualdade para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Partindo dessa prerrogativa, é importante considerar que os direitos fundamentais e, principalmente, os direitos fundamentais sociais têm ocupado posição de destaque no contexto constitucional brasileiro.

Os direitos sociais surgiram na crise do Estado liberal, na busca por uma maior igualdade social, dando aos indivíduos prestações sociais necessárias para viver com dignidade. Distinguem-se os direitos sociais dos direitos de defesa, ao ponto que estes representam uma omissão do Estado, uma prestação negativa, enquanto aqueles exigem uma prestação positiva por parte do Estado, assegurando aos indivíduos um mínimo existencial, e pressupõem uma realização de igualdade (ASSIS, 2010).

Esses direitos chamados sociais passaram a se desenvolver a partir do século XX, quando se percebeu que os direitos individuais não eram suficientes, pois sem as condições mínimas, como educação, alimentação e saúde, eles não podiam ser exercidos. Assim, observa-se que as dimensões de direitos se completam, contribuindo todos para a realização da dignidade humana (BARCELLOS, 2012).

Após a Segunda Guerra Mundial, cresce a discussão acerca dos direitos humanos, criando declarações, pactos e organizações para protegê-los. O Estado passa a intervir ativamente, tentando diminuir as desigualdades econômicas e assumindo a prestação de serviços fundamentais para todos. Surge a necessidade de controlar os recursos disponíveis para se obter maior proveito, levando a ação do Estado a todos os campos sociais; com o fim da guerra, o Estado precisa intervir mais ainda para restaurar as cidades e readaptar as pessoas (DALLARI, 2003).

Parece aceita a ideia de que para ser denominado direito humano, este precisa preencher algumas condições, como a universalidade, a justicidade e a exigibilidade, ou seja, ser garantido a todos os grupos, ter pleno acesso à justiça, e clareza de quem tem a obrigação de realizá-lo. Existe dificuldade no entendimento de que os direitos sociais, econômicos e culturais estejam qualificados nessa categoria. Há quem pense que seria possível exigir do Estado apenas que não maltratem ou dizimarem os cidadãos, mas não seria apropriado requerer garantia de um padrão de vida para todos, já que dispor de tais direitos acarreta um aumento consequente nos impostos, sendo um atrevimento exigir a satisfação dos direitos humanos quando não há possibilidade de realizá-los e concretizá-los (BENVENUTO, 2010).

O ordenamento jurídico brasileiro conferiu, após a Segunda Guerra Mundial, à dignidade humana o caráter de princípio fundamental e de norma embasadora do sistema constitucional, tendo, assim, valor máximo, sendo ela dotada de eficácia plena em todas as relações (BERNARDI, 2007).

No Brasil, desde a década de 1980, a questão da exclusão social, entre outros fatores, protagonizou debates e enfrentamentos nas agendas internacionais, tornando-se o tema central e exigindo análises setoriais e políticas públicas que considerassem a relação entre a lógica econômica e a coesão social (RIBEIRO, 2010).

Nesse viés, destacando o tema da exclusão, Ribeiro (2010) afirma que a questão social no Brasil passou a ser analisada a partir da produção e distribuição de riquezas, da vulnerabilidade das relações sociais, do questionamento da intervenção estatal, das mudanças mundiais na configuração da sociedade civil e dos movimentos sociais.

Aos excluídos no Brasil não estavam asseguradas garantias públicas contra riscos econômicos decorrentes de disfunções sociais, no âmbito de um sistema sólido de proteção social (RIBEIRO, 2010), o que gerou grande insatisfação e, por consequência, as mobilizações sociais.

Ademais, a questão social e a insatisfação com o sistema atual da época se constituíram objeto de teorização sobre a institucionalização de um Estado Democrático de Direito, que passou a ser discutido pela Assembleia Constituinte Originária, instituída logo após a queda do regime militar ditatorial.

Esse contexto histórico legitimou a mudança de modelo de proteção social brasileiro – de um sistema de seguro social (restrito à classe formalmente trabalhadora) para um sistema de seguridade social, disciplinado por princípios de universalidade e equidade –, estabelecendo um padrão de inclusão social nas políticas sociais. Esse novo modelo articulava solidariamente as áreas da previdência social, saúde e assistência social (RIBEIRO, 2010).

Segundo L'Abbate (2010), a soma de forças políticas e sociais resultou em uma conjugação favorável para que a saúde e outros direitos sociais adquirissem o estatuto constitucional no País.

A Assembleia Constituinte Originária, representando o povo brasileiro, constituída para instituir um Estado Democrático, promulgou, em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê em seu art. 1º os fundamentos da República Federativa, entre eles a dignidade da pessoa humana.

A partir desse contexto social, de acordo com Ribeiro (2010, p. 20), passou-se a identificar os direitos sociais e trabalhistas como direitos fundamentais, além de valorizar a participação social na produção e aplicação do direito, bem como na institucionalização de uma cidadania plural e aberta às mais diversas e complexas relações sociais.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, como uma forma de efetivação dos direitos sociais e garantia da dignidade da pessoa humana, a população brasileira passou a ter o direito à saúde assegurado em texto constitucional, o qual dispõe em seu art. 196 que “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988).

A República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, conforme previsão na Carta Constitucional, fundamenta-se em aspectos como cidadania, dignidade e soberania popular. Assim, a saúde passa a ser declarada como um direito fundamental de cidadania, cabendo ao Estado a obrigação de provê-la a todos os cidadãos, indistintamente (SILVA, TANAKA, 2012, p. 250).

Pela primeira vez nas Cartas Constitucionais do Brasil, a CF/88 apresenta uma seção específica para tratar o tema da saúde, consagrando-a como dever do Estado e direito do cidadão. Dessa forma, deslocou-se a noção de seguro social pela de seguridade social, prevendo acesso pleno ao sistema de saúde, independentemente da renda, buscando garantir um novo padrão de cidadania ao povo brasileiro (ELIAS, 2004).

Segundo teoria desenvolvida por Campos (2006, p. 37), o termo saúde pública é entendido como prática social exercitada por inúmeras instituições do aparelho estatal, desde as universitárias até aquelas diretamente vinculadas ao

Poder Executivo e diretamente responsáveis pela criação de condições favoráveis ao desenvolvimento econômico a partir da perspectiva do bloco político e economicamente dominante, e ao mesmo tempo, “[...] encarregadas de administrar a saúde coletiva dentro de limites que facilitem a legitimação deste bloco frente à sociedade.” (CAMPOS, 2006, p. 37).

De acordo com ensinamentos de Schwartz (2001, p. 52), “[...] a saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida.”

Sarlet (2008) afirma que, no âmbito da evolução jurídica brasileira, um dos principais marcos do direito à saúde a serem lembrados é a inserção da saúde como bem jurídico fundamental na Constituição Federal de 1988, na condição de direito e dever fundamental de titularidade universal, isto é, na condição de direito de todos e de cada um e dever do Estado, da sociedade e da própria pessoa para com os outros e consigo mesma.

Há de ser salientando, ainda, que na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde encontra fundamento jurídico em conformidade com os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), as quais, desde 1948 constam na agenda internacional, que em seu art. 25 prevê que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Indiscutivelmente, com a promulgação da carta constitucional 1988, obteve-se uma grande conquista para os brasileiros, entretanto, a Constituição por si só não assegura a efetividade dos direitos e deveres constituídos (LABBATE, 2010).

Reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de caráter social, tal direito exige do Estado prestações para sua efetividade. Ademais, quando aliado ao caráter fundamental social, emana diversas consequências em relação às políticas públicas, como a separação de poderes e o caráter subjetivo das prestações.

São necessárias, portanto, ações do Poder Público, de todas as Esferas Federativas, com ênfase à efetivação de tão importante direito, a saúde, que ocorrerá a partir das chamadas políticas públicas.

3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) COMO POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

A política pública é o instrumento privilegiado do Estado para minimizar as contradições e conflitos sociais gerados pelo confronto entre o global, entendido como o todo, e o setorial, representado pelas categorias profissionais (ELIAS, 2004).

Nesse sentido, para Elias (2004), as políticas públicas constituem instrumentos para a atuação do Estado. Os pressupostos teóricos do Estado para se pensar a área social estão centrados na reprodução da força do trabalho, promovendo a regulação entre Estado, economia e sociedade.

Quando se fala em Políticas Públicas do Direito à saúde, deve-se considerar que o Brasil evoluiu muito desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. O País passou de uma realidade de Estado Negativo, que nada fazia pela saúde de seu povo, para um Estado Positivo, que tem o dever constitucional de garantir a saúde a todos.

De acordo com Bobbio (1992), a concorrência entre os direitos é um dos entraves na sua garantia. O reconhecimento do direito de alguns é o conseqüente suprimento do direito de outros. No que se refere ao direito à saúde, classificado entre os direitos sociais, faz parte do conjunto de direitos mais difíceis de serem protegidos, se comparado aos direitos civis e políticos. O reconhecimento da saúde como direito universal e integral esbarra no estágio de desenvolvimento insuficiente do Estado para sua garantia.

Os doutrinadores Nogueira e Pires (2004) consideram fundamental o debate acerca do alcance e conteúdo do Direito Social à saúde, afirmando que os interesses e a capacidade organizativa dos diferentes grupos que compõem a

sociedade fazem surgir o debate e viabilizam a inclusão e a efetivação do direito social à saúde, de forma que a democracia e a universalidade encontrarão abrigo amplo ou, por outro lado, serão extremamente reduzidas.

Para fins de implementação e garantia do direito constitucional à saúde, em 1990, considerada um primeiro ato do Governo com vistas às políticas públicas nesta área, foi promulgada a Lei n. 8.080/90, que “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências” (BRASIL, 1990), institucionalizando o Sistema Único de Saúde (SUS), considerado a mais abrangente e ambiciosa e política pública de saúde já formulada no Brasil (ELIAS, 2004).

No entanto, conforme afirma Santos (2012), o SUS não nasceu a partir do Texto Constitucional, mas começou na prática já nos anos 1970, ou seja, há mais de 40 anos, a partir dos movimentos sociais e políticos contra a ditadura militar, em busca das Liberdades Democráticas e Democratização do Estado, e se ampliava e se fortalecia em busca de uma sociedade justa e solidária e um Estado Novo com políticas públicas e proteção dos direitos humanos básicos.

Os movimentos Municipal de Saúde e o da Reforma Sanitária, ocorridos na década de 1980, fizeram com que o Governo Federal firmasse convênios para repasses financeiros que fortaleceram a prestação dos serviços básicos e já integrais de saúde à população brasileira (SANTOS, 2012). Além disso, foram realizados diversos simpósios de políticas na saúde envolvendo inclusive o Poder Legislativo Federal.

De acordo com Santos (2012), a força social e política desses movimentos fez surgir a Comissão Nacional da Reforma Sanitária no ano 1986, formada por representantes dos Governos Federal, Estadual e Municipal e também pelas instituições públicas e privadas relacionadas à saúde, além de entidades da sociedade civil e trabalhadores, com a finalidade de elaborar as diretrizes básicas e a proposta do sistema público de saúde a ser encaminhada para debate pela Assembleia Constituinte Originária.

A Plenária Nacional de Saúde, formada pelos movimentos e entidades da sociedade civil, com a finalidade de participar e exercer o controle social nos debates da proposta de saúde no projeto da Nova Constituição Federal Democrática, foi constituída também em 1986 (SANTOS, 2012).

Ainda na década de 1980, antes mesmo da criação oficial do SUS, o Governo Federal descentralizou a responsabilidade referente às políticas públicas e aos repasses financeiros para os estados e municípios, realizando uma espécie de retração na sua participação no financiamento da saúde (SANTOS, 2012).

A efetiva institucionalização do SUS começou a tomar corpo no início dos anos 1990, como resultado dos interesses criados pelos secretários de saúde municipais, reunidos em Conselho Nacional, com a estratégia de unificação descentralizada do sistema de saúde (STOLZ, 2003).

De acordo com Santos (2012, p. 274), as expectativas de criação do SUS eram na crença de que o Estado seria democratizado e cumpriria as diretrizes constitucionais sociais.

O Movimento da Reforma Sanitária, logo após a criação do SUS, deparou-se com uma mudança radical de cenário e também de perspectivas para a política pública. Logo após a eleição de Fernando Collor de Mello, o País entrou na chamada *era neoliberal*, tendo como principal problema o financiamento público (STOLZ, 2003).

Havia nessa época uma agregação negativa da seletividade imposta pelos mecanismos de financiamento e a percepção das dificuldades de acesso e baixa qualidade dos serviços, somadas, ainda, a *autoexclusão* das classes médias e de alguns segmentos dos trabalhadores urbanos (STOLZ, 2003). Dessa forma, o SUS acabou desembocando em uma espécie de *universalização excludente* (FAVARET FILHO; OLIVEIRA, 1989).

O SUS apresenta uma tendência à universalização, marcado, todavia, por fortes contradições. Ele se volta, de fato, para a maioria da população brasileira. No entanto, paralelo a esse sistema, existe uma clientela enorme no setor privado autônomo, estimado em 1998 pelo IBGE em 29 milhões (IBGE, 1998), e

estima-se que o crescimento desse setor tenha sido ainda maior nos últimos anos. Portanto, a denominação Sistema Único de Saúde é uma contradição em termos; deveria, no entanto, ser chamado de sistema público de saúde (STOLZ, 2003).

Na relação Estado/Saúde, a criação do SUS representou o advento do Estado de Bem-Estar Social, significando a desmercantilização da saúde com a elevação de seu estatuto a direito universal e nuclear para a cidadania plena (ELIAS, 2004).

Entretanto, mesmo podendo afirmar que há 25 anos o SUS é obrigação legal, a sua implementação com a efetivação do direito social à saúde encontra diversas dificuldades, que são verdadeiros obstáculos na transformação do SUS em um sistema público de saúde de qualidade e universal, realmente comprometido com as necessidades e os direitos da população no que concerne ao seu objetivo: saúde (SANTOS, 2012).

Nesse sentido, o SUS pode ser compreendido como a principal e maior política pública para o setor de saúde e como o maior projeto do movimento sanitarista brasileiro. No momento histórico atual, tem como principal desafio efetivar-se como Política de Estado, ou seja, representar a expressão de negociação entre Estado e Sociedade, conforme consagrado na Constituição Federal e se tornar imune às naturais alternâncias de poder (ELIAS, 2004).

Segundo tese defendida por Santos (2012), os principais obstáculos enfrentados para a consecução dos objetivos do SUS são:

- a) o subfinanciamento Federal: o Governo Federal somente está custeando de forma subsidiária o financiamento das ações e serviços da saúde, visto que os estados e municípios vêm assumindo novas e maiores responsabilidades;
- b) subvenção crescente com recursos federais ao mercado de Planos Privados de Saúde, por meio de renúncia fiscal, cofinanciamento público de planos privados de saúde e não ressarcimento obrigado pela Lei n. 9.656/98;

- c) grande rigidez da estrutura administrativa e burocrática do Estado, incapaz de gerenciar com eficiência os estabelecimentos públicos, e grande resistência à reforma democrática dessa estrutura;
- d) privatização da gestão pública, entregando o gerenciamento de estabelecimentos públicos de saúde para grupos privados.

Como consequências dos obstáculos apresentados, pode-se citar:

- a) a dificuldade das unidades básicas de saúde e equipes de saúde da família em desenvolver o atendimento na atenção básica;
- b) a gestão descentralizada nas unidades de saúde não é autossuficiente, pois existe um grande dilema entre evitar a omissão de socorro e a limitação de recursos, com os serviços congestionados;
- c) precarização da implementação do SUS, que inclui uma população antes excluída, que, no entanto, diminuiu a qualidade do atendimento das necessidades e direitos da população, pelo fato de as equipes e os recursos serem escassos, entre outros (SANTOS, 2012, p. 277).

Assim, analisando a trajetória da saúde no período pós-constitucional, verifica-se que os problemas enfrentados pelo setor no campo do financiamento, principalmente a insuficiência de recursos, inviabilizam a realização de uma política social mais efetiva (MENDES, MARQUES, 2009).

Há muito a ser feito ainda no que se refere à concretização do direito à saúde. Qualquer leigo no assunto, que já precisou de assistência à saúde do SUS (médica, hospitalar ou referente à distribuição de medicamentos), em qualquer esfera de Poder (Federal, Estadual, Distrital ou Municipal), e em qualquer região do País, poderá relatar sua experiência negativa de vida.

É visível a todos que, infelizmente, tem-se um SUS precário e que não funciona conforme prevê a sua lei instituidora, que muitas políticas públicas na área da saúde não deixam de ser formais, ou seja, não saem do papel, que as estru-

turas são precárias, que há falta de equipe médica (médicos, enfermeiros, técnicos em enfermagem, etc.), que o acesso a medicamentos contínuos para tratamentos de patologias não é acessível a todos, que as pessoas ficam anos na fila aguardando exames, tratamentos médicos, cirurgias, entre outros.

Vários fatores contribuem para a violação por parte do Estado, abrangendo todas as Esferas Federativas, do cumprimento do seu dever de prestação da saúde. Sarlet (2006, p. 420) afirma que um dos fatores é o aumento da demanda por parte da população brasileira, enquanto outro seria a incapacidade do Estado em efetivar tal direito:

De outra parte, a crescente insegurança no âmbito da seguridade social, neste contexto, de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade.

Dessa forma, apesar de o Estado brasileiro ter criado o SUS com o intuito de efetivar as políticas públicas voltadas à promoção de ações e serviços destinados à área de saúde, sistema este considerado um dos melhores do mundo em sua estrutura e objetivos previstos em sua lei instituidora, muitas dificuldades ainda são encontradas na sua implementação.

Na sequência, serão analisados os três principais Programas de Governo/Estado utilizados como políticas públicas que objetivam a efetivação do direito social à saúde.

3.1 PROGRAMA E ESTRATÉGIA DA SAÚDE DA FAMÍLIA

Ao Estado compete garantir os direitos sociais, por meio de políticas públicas, e, segundo Castro (2008), o direito à saúde deve ser concretizado integralmente pelo Estado-Providência, que foi criado para a redução das desigualdades sociais, no qual o sistema se sustenta e se legitima no fato de que o governo eleito tem um compromisso moral com os menos favorecidos.

A efetividade dos direitos constitucionais pode ser entendida como a concretização de efeitos jurídicos no mundo fático, ou seja, constitui a materialização do Direito. Segundo Barroso (1996, p. 83), a efetividade “[...] simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.”

Silva (1998, p. 66) afirma que eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como meta. A eficácia jurídica consiste na capacidade de atingir os objetivos traçados na lei, ou seja, os ditames jurídicos objetivados pelo Legislativo; no entanto, uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, ou seja, pode ter a capacidade de gerar efeitos jurídicos, mas não ser efetivamente cumprida no plano social.

Os conceitos de efetividade e eficácia relacionam-se ainda com o de aplicabilidade, ou seja, eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, a eficácia pode ser observada como potencialidade de gerar efeitos jurídicos, enquanto a aplicabilidade pode ser vista como realizabilidade, por isso são consideradas duas faces da mesma moeda, pois apenas a norma vigente será eficaz (SARLET, 2009).

Portanto, as normas constitucionais para serem efetivas precisam ser materializadas no mundo fático, precisam deixar de ser meras normas formais.

De acordo com Sarlet (2005), a classificação dos direitos fundamentais, segundo a funcionalidade, se dividiriam em: direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestações, que se subdividem em direitos a prestações em sentido amplo, abarcando os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento, e em direitos a prestações em sentido estrito.

No que se refere aos direitos fundamentais de defesa, ensina Sarlet (2005), que objetivam a limitação do Poder Estatal, para garantir ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe conceder um direito subjetivo a evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental, ou mesmo a eliminar agressões a sua esfera de autonomia pessoal. Trata-se, pois, de direitos negativos, dirigidos a uma conduta omissiva do destinatário.

No que se refere aos direitos a prestações em sentido amplo, incluem-se os direitos de proteção, entendidos como posições jurídicas que atribuem ao cidadão o direito de exigir perante o Estado a proteção de bens jurídicos em face de violações de terceiros, e os direitos à organização e ao procedimento, relacionados também à produção normativa, que apresentam caráter residual em relação aos direitos de defesa. Por fim, os direitos a prestações em sentido estrito correspondem aos direitos a prestações sociais materiais, vinculados prioritariamente às funções do Estado Social (SARLET, 2005).

Segundo interpretação da teoria de Sarlet (2005), conclui-se que o direito à saúde classificava-se como um direito a prestações em sentido estrito, ou seja, vinculado a prestações sociais materiais e às funções do Estado Social Democrático.

O objetivo de materializar de fato os objetivos previstos na legislação do SUS e a necessidade de expandir a oferta de serviços públicos de saúde e a dimensão do déficit de cobertura da população levaram o Ministério da Saúde, em 1994, a formular o Programa da Saúde da Família (PSF), hoje chamado de Estratégia da Saúde da Família (ESF) (STOTZ, 2003).

Segundo Stotz (2003), o Programa foi desenvolvido como uma estratégia de orientação do modelo assistencial, com o objetivo de extensão da cobertura, centrado nas ações de saúde básica; foi implementado em todo o País, a partir de estímulos financeiros, em 1998.

Misoczky (1995) afirmava que esse programa era uma resposta às imposições de ordem macroeconômica dos acordos formulados pelo Brasil com o FMI. Existia à época uma relação entre o mínimo essencial de saúde pública e serviços clínicos propostos pelo Banco Mundial e o modelo de atenção básica à saúde, como uma espécie de reedição da “[...] medicina pobre para os pobres” (MISOCZKY, 1995, p. 6-7), baseada na atenção primária à saúde.

Não é difícil associar o modelo do ESF ao modelo de medicina de família/comunitária. Evidentemente, para oferecer o pacote mínimo essencial, os médicos especialistas são desnecessários, bem como os investimentos na “[...]”

qualificação e modernização da rede de serviços de atenção básica.” (MISOCZKY, 1995, p. 6-7). Assim, à época, Fernando Henrique Cardoso, Presidente da República, afirmou que era possível melhorar a saúde sem aumentar o orçamento do SUS.

Fracassos ou limitações no cumprimento do papel de efetivação dos direitos sociais e de proteção social constituem em si fatores de deslegitimação da ordem social (STOTZ, 2003).

A partir de um olhar retrospectivo para a história do Brasil, verificam-se as limitações de uma escolha estratégica para lidar com o problema da saúde (ESCOREL, 1998), o que fez os governos da época priorizarem a ocupação dos espaços públicos (MISOCZKY, 1995).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Programa de Saúde da Família (PSF), atualmente chamado de Estratégia de Saúde da Família (ESF), foi a primeira grande política pública de efetivação dos objetivos do SUS, que se baseia nas ações e serviços de saúde e que, inicialmente, priorizou melhorar e expandir os serviços de saúde sem, no entanto, aumentar o orçamento do SUS.

3.2 RECURSOS VINCULADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS AÇÕES E SERVIÇOS DO SUS

O novo modelo, criado pela Constituição Federal de 1988, articulou solidariamente as áreas da Previdência Social, Saúde e Assistência Social ao Sistema chamado de Seguridade Social.

Entretanto, simultaneamente à implementação do novo modelo, iniciou-se a separação progressiva dos universos do seguro e da solidariedade, o que trouxe um grande problema ao coração do sistema que havia sido projetado: seu financiamento (RIBEIRO, 2010, p. 28).

De acordo com o autor, a grande instabilidade gerada pelo financiamento da seguridade social e a dificuldade de implementação de políticas públicas destinadas à saúde motivaram o surgimento, na segunda metade da década de 1990, de um movimento político para elaboração e aprovação de uma Emenda

Constitucional que vinculasse uma parcela dos recursos orçamentários de cada ente da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ao financiamento das despesas com ações e serviços públicos de saúde.

Em 13 de setembro de 2000, 10 anos após a institucionalização do SUS, foi aprovada a Emenda Constitucional (EC) 29/2000, que altera o Texto Constitucional para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

O art. 34, VII da CF/88, após a EC 29/2000, passou a vigorar com a seguinte redação “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] e) para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.” (BRASIL, 1988).

A EC 29/2000 concedeu nova redação ao art. 198 da CF/88, incluindo os §§ 2º e 3º, entre outros, que em síntese dispõem que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão em ações e serviços de saúde recursos mínimos, que no caso da União, será um percentual mínimo de 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro; no caso dos Estados e do Distrito Federal, será o produto da arrecadação dos impostos previstos no art. 155 e dos recursos dos arts. 157 e 159 (I, a e II), e no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos previstos nos arts. 158 e 159 (I, b e § 3º).

Previu-se, ainda, que lei complementar estabelecerá os percentuais, os critérios de rateio dos recursos da União e dos Estados, bem como as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas Esferas Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

A lei complementar prevista para regulamentar o § 3º do art. 198 foi promulgada somente em 2012. Trata-se da Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, que dispõe

[...] sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio

dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo. (BRASIL, 2012).

Portanto, partindo de uma análise do período pré e pós Constituição Federal de 1988, o Brasil evoluiu significativamente no que se refere ao Direito à Saúde, considerando que antes da Constituição não era dever constitucional do Estado (em todas as Esferas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios) assegurar os direitos relativos à saúde, e hoje deve fazer parte das políticas públicas do Governo, inclusive com orçamento mínimo a ser destinado para políticas públicas relativas à saúde.

Infelizmente, apesar de haver um aparato legislativo muito grande para fins de implementação das políticas públicas de ações e serviços na área da saúde, existe uma grande dificuldade prática de atender toda a demanda existente com os recursos orçamentários disponibilizados pelo governo.

Somando-se a isso, existe um boicote muito grande dos profissionais médicos, principalmente da área da Atenção Básica de Saúde, os quais, em sua maioria, negavam-se a realizar atendimento à população de baixa renda residente nas periferias das grandes cidades ou em municípios afastados das capitais estaduais.

Nesse dilema, o Governo Federal buscou alternativas na tentativa de implementação de uma nova política pública para efetivação do direito social à saúde, com a criação do *Programa Mais Médicos*.

3.3 PROGRAMA MAIS MÉDICOS

Importante reconhecer que a assistência à saúde depende dos trabalhadores da saúde e de sua capacidade de produzir o cuidado. É a equipe de saúde que será capaz de atender e resolver os problemas apresentados pela população (O SUS..., 2013).

Em editorial, a Revista Saúde em Debate (2013) afirmou que a suficiência quantitativa das equipes de saúde, quando estas são bem distribuídas, permite atendimento universal da população residente em todo o território nacional,

levando à efetivação do direito constitucional à saúde. No entanto, mostrou ser consenso entre os gestores do SUS que entre as categorias de profissionais da saúde, os médicos são os profissionais mais difíceis de prover nos serviços públicos de assistência à saúde, problema este reconhecido inclusive pela população, quando afirma que o principal problema do SUS é a falta de médicos.

O SUS foi transformado em mercadoria, a partir de uma política de ampliação do consumo que caracterizou os últimos Governos Federais, os quais não enfrentaram os interesses dos complexos econômicos envolvidos com a saúde – indústria farmacêutica, de equipamentos, planos e seguros privados de saúde e prestadores privados de serviços – e que seguem promovendo um subfinanciamento crônico do SUS, sendo esta a principal razão da concentração de médicos no setor privado e sua consequente escassez no setor público, gerando graves distorções à saúde brasileira (O SUS..., 2013).

Com a intenção de expandir o atendimento na rede básica de saúde, foi implementada a mais nova política pública de saúde, também chamada de governo, denominada *Programa Mais Médicos*.

O Programa Mais Médicos foi criado por meio da Lei n. 12.871/2013, com o objetivo de ampliar a assistência na Atenção Básica fixando médicos nas regiões onde havia carência de profissionais. O art. 1º da Lei prevê a instituição do Programa com a finalidade de formar recursos humanos na área médica para o SUS com os objetivos de:

- a) diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, a fim de reduzir as desigualdades regionais na área da saúde;
- b) fortalecer a prestação de serviços de atenção básica em saúde;
- c) aprimorar a formação médica no País e proporcionar maior experiência no campo da prática médica durante o processo de formação;
- d) ampliar a inserção do médico em formação nas unidades de atendimento do SUS;

- e) fortalecer a política de educação permanente com a integração ensino-serviço;
- f) promover a troca de conhecimento e experiências entre profissionais da saúde brasileiros e médicos formados em instituições estrangeiras;
- g) aperfeiçoar médicos para atuação nas políticas públicas de saúde do País e na organização e funcionamento do SUS;
- h) estimular a realização de pesquisas aplicadas ao SUS (BRASIL, 2013).

Por meio do Programa, 14.692 médicos passaram a atender a população de 3.785 municípios do País, ou seja, 68% dos municípios brasileiros, além de 34 Distritos Sanitários Indígenas (DSEIs), totalizando em torno de 50 milhões de brasileiros (BRASIL, 2015).

Além do atendimento médico, foi criado um eixo de investimento em infraestrutura, no qual serão investidos R\$ 5,6 bilhões para o financiamento de construções, ampliações e reformas das Unidades Básicas de Saúde (UBS) e R\$ 1,9 bilhão para as construções e ampliações de Unidades de Pronto Atendimento (UPAs) (BRASIL, 2015).

No terceiro eixo de investimentos do Programa, relacionado à expansão e reestruturação da formação médica no País, segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2015), foi prevista a criação, até 2017, de 11,5 mil novas vagas de graduação em medicina e 12,4 mil vagas de residência médica para a formação de especialistas até 2018, com o objetivo de valorização da Atenção Básica e outras áreas prioritárias para o SUS.

Nesse sentido, em síntese, o Programa Mais Médicos faz parte de um amplo pacto de melhoria do atendimento aos usuários do SUS, prevendo investimentos na infraestrutura dos hospitais e unidades de saúde, além de levar médicos para regiões onde há escassez ou ausência total de profissionais (BRASIL, 2015).

Segundo Campos (2013), o Programa Mais Médicos é uma tentativa de responder aos movimentos sociais do ano 2013. O projeto do Programa possui três propostas principais, com o objetivo de melhorar a qualidade da política pública de saúde do SUS.

Considerada a mais nova política pública de saúde, o Programa Mais Médicos traz aspectos que merecem apoio, e outros que, infelizmente, merecem críticas.

O Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes) (2014) afirmou que as medidas do Programa Mais Médicos são necessárias e louváveis, no entanto, insuficientes para o setor, que necessita de outras medidas de curto, médio e longo prazos.

Campos (2013) defende que merece aplausos a iniciativa de contratação de mais de 10 mil médicos para a rede primária de atenção básica, principalmente para regiões de grande vulnerabilidade social e sanitária, em municípios médios, pequenos e em periferias de grandes cidades, onde os profissionais habilitados não tinham interesse em atuar.

A extensão da saúde primária, por mais que exista a Estratégia de Saúde da Família em pleno funcionamento, nunca havia sido efetivada plenamente e também nunca havia sido assumida como meta de governo pelos candidatos brasileiros à presidência da República.

No entanto, Campos (2013) afirma que não merece apoio a forma de contrato firmado pelo Governo, o qual se configura ilegal, e as condições de recrutamento parecem criadas para espantar eventuais candidatos. Inicialmente por se tratar de um contrato provisório, prevendo contratação por três anos, prorrogáveis por mais três, significando que todos os médicos deverão deixar suas atividades para algo que terminará em breve. As contratações precárias são um dos principais problemas enfrentados pelo SUS atualmente, o que poderá acarretar o fracasso do Programa.

Merece apoio, ainda, a preocupação com a formação de novos médicos, segundo métodos empregados em países com sistemas públicos de saúde, seja

com o aumento do estágio na atenção básica seja com o recrutamento segundo normativas compulsórias ou estratégias de indução (CAMPOS, 2013).

Entretanto, merece críticas a intenção de se estender o Curso de Medicina para oito anos. Faz-se necessária uma reforma nos cursos de medicina, com o objetivo de se ter médicos com formação geral, em clínica e em saúde pública, com estágios práticos nos serviços do SUS, na atenção básica (CAMPOS, 2013). Em vez de acrescentar mais dois anos aos cursos de medicina, seria mais interessante para o Brasil e sua população obrigar a prática das residências, de todas as especialidades, nas unidades básicas de saúde, com supervisão dos professores universitários no local e a distância. Para efetivação dessa proposta, bastaria ao MEC e ao Ministério da Saúde alterarem as normas de residência médica.

Faz-se necessário que as universidades tenham como objetivo último a formação de profissionais de saúde com perfil para atendimento no SUS, com a finalidade de atender às necessidades da população brasileira.

Ainda, de acordo com Campos (2013), é interessante e positiva a iniciativa do Programa em disponibilizar em torno de dez mil novas vagas para residência. Inicialmente foram priorizadas as residências para médicos na área da saúde da família e comunidades, além de outros especialistas que faltam no SUS, entre eles anestesistas, psiquiatras, oncologistas e pediatras.

Mas, infelizmente, merece críticas essa proposta de ampliação em dez mil novas vagas para a graduação médica. Campos (2013) afirma que o Brasil possui hoje algo em torno de 1,8 médicos para cada mil habitantes; o Canadá, 1,7; a Inglaterra, 2,4; com mais dez mil médicos se formando ao ano, em uma década haveria um número excessivo de médicos, o que configura um elemento danoso, conforme o que ocorre em Cuba e nos Estados Unidos. Seriam necessárias por volta de três a quatro mil novas vagas, preferencialmente na rede de Faculdades Públicas, pois não existe motivo para estimular a abertura de universidades privadas.

Finalmente, cabe, aqui, fazer uma crítica à intenção governamental em “importar” médicos estrangeiros, em caso de os brasileiros não preencherem a cota necessária. Campos (2013) afirma que se o Brasil adotasse a proposta de se

realizar o primeiro ano de residência, em todas as especialidades, na atenção básica de saúde, haveria mais de sete a dez médicos na rede básica de saúde. Com o atual modelo, consubstanciado na forma de contratação temporária e na ausência de carreira e impossibilidade de remanejamento e promoção ao longo dos anos, parece que se torna inevitável a chamada “importação” de médicos estrangeiros para o Brasil, o que de fato ocorreu no primeiro ano do Programa.

A partir da injusta falta de assistência médica e da dificuldade dos gestores em contratar profissionais médicos, é muito positiva a atração de profissionais médicos estrangeiros ao País. No entanto, essa medida deve ter caráter meramente emergencial e com o propósito de atender a demanda atual (CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE, 2014).

Importante destacar que tem gerado intensas discussões a “importação” dos médicos cubanos para o Brasil, por meio do Programa, tanto sob o aspecto da legalidade da sua presença no Brasil quanto sobre a forma de pagamento adotada, que se efetiva por meio de repasse financeiro à Organização Panamericana de Saúde (OPAS), conforme determinado no 80º termo de cooperação técnica para desenvolvimento de ações vinculadas ao projeto de acesso da população brasileira à atenção básica em saúde.

No entanto, segundo Clève (2014), a partir de uma análise estritamente jurídica, é possível nos termos do acordo internacional o exercício da profissão pelos médicos cubanos sem a necessidade da submissão ao Exame Revalida, neste caso, basta a existência de lei ou ato normativo com força de lei.

O Presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM), Roberto Luiz D’Ávila (2013), afirmou que as entidades médicas não são contra a criação de estímulos para melhorar a qualidade na prestação de serviços de saúde no interior do País e nas periferias das grandes cidades, pelo contrário, defendem a oferta de condições de trabalho e emprego dignas, que tragam benefícios aos pacientes e profissionais.

Segundo D’Ávila (2013), apesar de o Programa visar garantir as premissas do SUS e do Estado Constitucional – atendimento universal, gratuito e

com equidade para a população – ele falha ao oferecer uma solução rasa, de efeito duradouro duvidoso.

A atuação dos médicos cubanos deve ser fiscalizada pelo Brasil, pelas Opas e pelos Conselhos Regionais e Federais de Medicina; os Conselhos não podem recusar o registro do médico intercambista, considerando a existência de ato normativo, com força de lei, regendo sua obrigatoriedade (CLÈVE, 2013).

4 DIREITO À SAÚDE E PROGRAMA MAIS MÉDICOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA HONETHIANA DO RECONHECIMENTO

Axel Honneth é um dos principais expoentes da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt e, também, um dos principais pensadores da Alemanha contemporânea. Professor da Universidade de Frankfurt e diretor do Instituto de Pesquisa Social desde 2001, despontou entre os pensadores contemporâneos ao levantar a existência de um possível “déficit sociológico” nas teorias crítica e da ação comunicativa de seu antecessor e orientador, Jürgen Habermas, do qual foi assistente, em sua tese de doutorado em que escreve a Crítica do Poder (MENDONÇA, 2008).

Honeth é precursor da chamada Teoria do Reconhecimento e escreveu nas mais diversas áreas do conhecimento, entre elas pode-se citar filosofia social, política e moral, voltado sempre para a compreensão das relações de poder, reconhecimento e respeito nas sociedades concebidas como capitalistas (WERLE, 2008).

De acordo com Nobre (2003), as pesquisas de Axel Honeth se inserem na Teoria Crítica, na qual procura compreender a sociedade sob o prisma da emancipação limitada pela lógica da organização social vigente.

Nobre (2003) afirma que o pensamento honethiano pode ser embasado na obra de Habermas, que sustenta que a forma social da modernidade é aquela em que a orientação da ação para o entendimento se encontra no próprio processo de reprodução cultural, que visa permitir a interpretação do mundo, na qual a racionalidade comunicativa está inserida nas relações sociais.

Camargo (2006) afirma que Honeth prosseguiu a teoria habermasiana da comunicação, ao defender que a intersubjetividade é condição para a constituição e emancipação humanas. No ápice de suas obras, Honeth (2009) analisou as causas sociais responsáveis pela violação sistemática das condições de reconhecimento dos grupos e sujeitos sociais, que estavam em busca do reconhecimento.

Honeth estuda as lutas sociais que se originam em experiências de desrespeito social e ataques à identidade pessoal ou coletiva, em um processo de luta pela constituição da própria subjetividade, o que o diferencia dos demais autores, que em regra vinham concentrando as discussões na luta pela autoconservação ou pelo poder (NOBRE, 2003).

O processo de constituição subjetiva, ou seja, de formação do sujeito autônomo tem como base a Teoria do Amadurecimento Pessoal de Donald Winnicott, que defende que o ser humano nasce com uma tendência inata ao desenvolvimento, dependendo, para tanto, do suporte de um ambiente provedor de suas necessidades vitais, como o que acontece na relação direta e indispensável entre mãe e filho recém-nascido (HONETH, 2009).

Conforme o bebê vai crescendo, tal estado de dependência vai se dissolvendo, e o bebê vai conquistando patamares maiores de desenvolvimento intelectual, podendo suportar períodos cada maiores na ausência da mãe, entrando em um estado de desilusão, pois percebe que a mãe está fora do seu controle onipotente, está fora do seu domínio (HONETH, 2009).

Winnicott (1990), em sua teoria, afirmava que a criança consegue lidar com essa experiência de desilusão de duas formas: uso do objeto e transicionalidade.

No primeiro caso, que ocorre quando a criança percebe-se como externa, o bebê passa a um processo de destrutividade, atacando a mãe com chutes e mordidas. No momento em que a mãe sobrevive a tais ataques sem retaliar ou deixar de amar o filho, demonstra-se ao bebê que pode ser amado a despeito de sua agressividade, oferecendo-lhe condições para que confie na existência de um mundo confiável, embora não seja controlável (WINNICOTT, 1990).

Com base nessa ideia, Honeth (2009, p. 169) afirma que:

[...] os atos destrutivos e lesivos não são a expressão de uma elaboração negativa de experiências frustrantes; eles foram os meios construtivos com base nos quais a criança pode chegar a um reconhecimento da mãe [...] como um ser com “direito próprio” [...], então ele se torna capaz, através da integração de seus impulsos agressivos, de amá-la sem fantasias narcísicas de onipotência.

Assim, com base nessas observações, Honeth (2009) chega à conclusão de que a formação subjetiva humana ocorre por meio de um processo intersubjetivo de luta por reconhecimento, pois se trata de um processo no qual tanto a mãe quanto o filho lutam para que sejam reconhecidos como seres diferenciados, embora dependentes do amor recíproco.

No segundo caso, desde muito cedo as crianças desenvolvem relações afetivas intensas com objetos, tratando-os com ternura ou com agressividade/destrutividade. Essa relação situa-se em um mundo intermediário, denominado espaço transicional, onde coexistem o mundo interno das crianças (fantasias e desejos) e o mundo empírico. Esse espaço tem a função de representar formações substitutivas para a mãe, com quem o bebê não pode mais ter uma relação de indiferenciação (WINNICOTT, 1975).

Superando essa teoria de justificação da luta pelo reconhecimento, que desde os primeiros meses de vida existem na personalidade e no instinto de sobrevivência dos indivíduos, passa-se agora para a análise das formas de reconhecimento traçadas por Axel Honeth.

Para Honeth (2009), todo indivíduo precisa do reconhecimento de si no processo de desenvolvimento subjetivo, para que possa vivenciar e satisfazer suas necessidades básicas. Para tanto, ele distingue três esferas do reconhecimento comuns a todos os seres humanos.

A primeira refere-se às relações afetivas que convergem para o reconhecimento do indivíduo como um ser carente concreto, envolvendo a família e o sentimento de amor, para que os indivíduos sejam reconhecidos em sua individualidade e na conquista da autoconfiança individual (HONETH, 2009).

A segunda esfera refere-se ao reconhecimento cognitivo-formal do direito, por meio do qual o indivíduo é reconhecido como pessoa de direito abstrata, estando legitimada em liberdade e autorrespeito (HONETH, 2009).

Finalmente, a terceira esfera refere-se ao reconhecimento estatal e à solidariedade, conferindo ao sujeito condição de sujeito socializado em sua unicidade, por meio do qual conquista sua autoestima. Trata-se da possibilidade de os indivíduos considerarem-se

[...] reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecerem como significativas para a práxis comum. Relações como essa [...] não despertam somente a tolerância para com a particularidade individual da outra pessoa, mas também o interesse afetivo por essa particularidade [...] (HONNETH, 2009, p. 210-211).

Em síntese, as três esferas de reconhecimento defendidas por Honeth são o amor, a ordem social e a solidariedade. A dignidade da pessoa humana depende do reconhecimento destas, sendo as lutas e os conflitos sociais consequências das ameaças à integridade física do homem e do desrespeito social e pessoal, e a interação social é que permite ao homem adquirir consciência de si mesmo (HONETH, 2009).

Portanto, ao tratar das relações de reconhecimento intersubjetivo em uma sociedade, notadamente das relações amorosas, jurídicas e de estima social, Honeth (2009) traça sua teoria do reconhecimento tendo como base a tríade amor, direito e solidariedade. Cada uma dessas relações de reconhecimento recíproco é marcada por um sentimento, ou seja, a relação amorosa gera no indivíduo a autoconfiança, a relação jurídica leva ao autorrespeito, e as relações de estima social, à autoestima. Porém, esses sentimentos estão sujeitos a formas de desrespeito, isso é, de reconhecimento negado, que surge basicamente na forma de maus tratos, exclusão de direitos e degradação.

Esse desrespeito pode representar a base motivacional para a luta por reconhecimento, a qual, de acordo com Honneth (2009), deve ser conduzida pelas reações emocionais negativas, como a vergonha, tornando-se o motivo da resis-

tência política. Desse modo, quando os sentimentos gerados pelo amor, pelo direito e pela solidariedade são desrespeitados no seio da sociedade, gera-se uma reação emocional negativa, sobretudo na forma de vergonha social, que faz com que os indivíduos atingidos por essa recusa de reconhecimento ingressem em lutas de resistência política, a fim de terem novamente seu reconhecimento adquirido.

Nesse sentido, a evolução da humanidade é resultado das lutas empreendidas pelos homens para conferir expressão social à sua criatividade e impulsividade, o que ampliou significativamente as relações de reconhecimento. Honneth (2009) afirma que a luta por reconhecimento pode ocorrer apenas quando o sujeito já se sabe reconhecido, de maneira elementar, como membro de uma coletividade.

O autor ainda afirmou que os direitos sociais também se enquadram nessa luta por reconhecimento, identificada nas lutas de classes.

Assim, a concessão de direitos sociais pelo Estado e a redistribuição de renda e bens materiais cumprem a ética democrática de reconhecimento do sujeito enquanto pertencente a uma sociedade de igualdade de direitos.

A luta da sociedade brasileira há décadas por mais médicos para o Brasil pode ser considerada um espaço para o reconhecimento intersubjetivo.

Quando se analisa o Programa Mais Médicos, no campo da efetivação do direito fundamental à saúde, identifica-se que a Luta por Reconhecimento teve um papel fundamental, quando os brasileiros, principalmente os das cidades interioranas e das periferias das grandes cidades, lutaram por uma melhoria no atendimento médico onde este era insatisfatório, e pela implantação desse atendimento onde ele nem existia.

5 CONCLUSÃO

O SUS constitui uma política pública cujo princípio fundamental é a consagração da saúde como direito universal. Em razão de seu pequeno curso histórico, encontra-se em estruturação e, por isso, vulnerável a toda sorte de investidas para consagrá-lo ou para abortá-lo em seu fundamento maior.

O direito à saúde é de máxima importância para o desenvolvimento do ser humano e para uma vida digna, devendo ser respeitado seu grau mínimo a todos os cidadãos, cabendo ao Estado efetivá-lo por meio de políticas públicas que garantam condições saudáveis e dignas ao indivíduo, tratando e prevenindo possíveis enfermidades.

No entanto, o principal problema do SUS não é a falta de profissionais médicos. Trata-se de mais um dos sintomas do descaso na implantação do projeto do SUS, relegados pelos sucessivos governos ao destino de um sistema de baixa qualidade e destinado ao atendimento da população de baixa renda.

Faz-se necessário reafirmar que um dos principais problemas enfrentados pelo SUS é a subordinação do setor da saúde à lógica do mercado financeiro, que se expande minimizando esse direito social, tratando a saúde como mercadoria, distanciando-a dos princípios orientadores do SUS enquanto expressão da saúde como direito de cidadania.

A efetivação da saúde, portanto, em conformidade com os ditames constitucionais, exige providências de várias ordens, a começar pela reforma do Estado para torná-lo capaz de realizar a saúde como direito universal. A consecução desse objetivo exigirá do Estado a formulação de políticas voltadas à desmercantilização da saúde – o que no âmbito mais imediato da assistência médica implica o incentivo a formas não lucrativas, em detrimento das modalidades lucrativas na produção de serviços –, e à busca incessante de novas modalidades de gestão na relação público/privado, capazes de viabilizar a eficácia social do sistema de saúde.

A Constituição impõe, ainda, que este é um direito de todos, portanto, considera-se também o direito à igualdade de tratamento a todos os cidadãos, dedicando especial atenção àqueles que não possuem condições financeiras para arcar com os altos custos de tratamentos. Assim, não se pode esquecer que quando se fala em direito à saúde, trata-se da dignidade da pessoa humana e do direito maior de todo ser humano, a vida.

Entretanto, nem sempre esse direito fundamental à saúde é efetivado por meio das políticas públicas e pelos programas de governo.

Assim, com os direitos intersubjetivos negados, surge a luta por reconhecimento, que é propulsora de movimentos de resistência política, caracterizados por Honneth como uma forma de recuperação de reconhecimento denegado por meio de formas de desrespeito aos sentimentos gerados pelo amor, pelo direito e pela solidariedade.

Pode-se afirmar que o movimento popular ocorrido no Brasil em junho de 2013 pode ser considerado exemplo de uma luta social por reconhecimento, se esta for analisada no âmbito proposto por Honneth, isso porque foi a negação do reconhecimento de direitos e a violação da autoestima social que levaram milhares de pessoas às ruas em prol de melhorias do trato da coisa pública e, conseqüentemente, a restituição do reconhecimento recíproco.

Depreende-se, assim, que são as três formas de reconhecimento do amor, do direito e da solidariedade que constituem a base para a autorrealização dos indivíduos, assentada na ideia de eticidade. Essa autorrealização ocorre com a aquisição cumulativa de autoconfiança, autorrespeito e autoestima. E, quando se veem denegadas as formas de reconhecimento recíproco, com a exclusão de direitos e com o rebaixamento social ou a degradação, criam-se impulsos psíquicos negativos, como a vergonha social, capazes de gerar a base motivacional de movimentos de resistência política, os quais possuem o objetivo de restabelecer o reconhecimento recíproco no seio da sociedade.

A partir das lutas sociais por mais médicos para o Brasil, fundadas em fazer público o espaço médico-hospitalar privatizado por inúmeros interesses, sejam os corporativos sejam os privados, surgiu, por iniciativa do Governo Federal, o Programa Mais Médicos, que sofre atualmente críticas e ao mesmo tempo elogios pela sociedade brasileira.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a luta social foi fundamental para a realização de mais um programa para a efetivação do direito social e fundamental à saúde.

Certamente, o Programa Mais Médicos veio ao encontro do atendimento universal, gratuito e igualitário dos brasileiros, como um meio de efetivação do direito constitucional à saúde. No entanto, até o presente momento, fica difícil concluir sobre os impactos em longo prazo. Uma coisa é certa: o Brasil precisa do SUS!

Com investimentos adequados e com a coragem necessária para enfrentar os interesses econômicos que recaem sobre o setor da saúde, é possível a consolidação do direito social dos brasileiros à saúde. O SUS, no entanto, precisa de Mais Médicos, de mais políticas públicas e boa vontade!

REFERÊNCIAS

ASSIS, Luís Fabiano de. Promoção de políticas públicas e implementação de direitos fundamentais sociais: reflexões sobre o papel do Ministério Público e do Poder Judiciário. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, v. 39, p. 1, 2010.

BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial 1993 – investindo em saúde*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

BARCELOS, Renato de Abreu. A profanação do interesse público no Estado Democrático de Direito: por um modelo procedimental de solução das colisões entre interesses públicos e interesses privados. *Fórum Administrativo*, v. 12, p. 61-74, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 46, p. 31-61, 2007.

BENVENUTO, Jayme. *Direitos Humanos e Direito Internacional: Integração e Globalização*. 2010.

BERNARDI, Silvia Waltrick. A Dignidade Humana e o Direito Fundamental à Saúde. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Org.). *Direitos Humanos em Evolução. Unoesc International Legal Seminar*, Joaçaba: Editora Unoesc, v. 3, n. 1, p. 177-196, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 de set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

BRASIL. Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3 do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; [...] e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 17 maio 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Programa Mais Médicos*. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/mais-medicos>>. Acesso em: 17 maio 2015.

CAMARGO, Sílvia. Axel Honneth e o legado da Teoria Crítica. Política e trabalho. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 24, n. 1, p. 123-38, 2006.

CAMPOS, Sandra Lúcia Furquim de. *A responsabilidade na gestão da saúde pública*. Tese (Doutorado em Saúde Pública)—Universidade de São Paulo. 2006. 86 p. Disponível em: <<http://dominiopublico.qprocura.com.br/dp/28451/a-responsabilidade-na-gestao-da-saude-publica.html>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. 9. ed. Florianópolis: Conselho Editorial, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Sobre os médicos cubanos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3879, 13 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26703>>. Acesso em: 15 maio 2015.

DALLARI, Sueli Gandolfi; FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. Direito Sanitário: Inovação Teórica e Novo Campo de Trabalho. In: FLEURY, Sonia (Org.). *Saúde e democracia: a luta do CEBES*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

D'ÁVILA, Roberto Luiz. Mais Médicos ou Mais Saúde? *UOL Notícias*, 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/09/17/mais-medicos-ou-mais-saude.htm>>. Acesso em: 15 maio 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIAS, Paulo Eduardo. Estado e saúde: os desafios do Brasil contemporâneo. *Revista São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 3, jul./set. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000300005&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 15 maio 2015.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. *A Saúde, o SUS e o programa “Mais Médicos”*. 2013. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0iwigJz2ysqMJ:www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/revista-do-medico-residente/article/download/395/386+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 17 maio 2015.

CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE. Disponível em: <cebes.org.br>. Acesso em: 15 set. 2015.

SCOREL, Sarah. *Reviravolta na saúde: origem e articulação do movimento sanitário*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.

FAVARET FILHO, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge de. *A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde*. Rio de Janeiro: UFRJ/IEI, 1989.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2009.

HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectiva na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia. (Org.). *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Anablume, 2007.

L'ABBATE, Solange. *Direito à saúde: discursos e práticas na construção do SUS*. São Paulo: Hucitec, 2010.

MENDES, Aquilas; MARQUES, Rosa Maria. Crônica de uma crise anunciada: o financiamento do SUS sob a dominância do capital financeiro. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA POLITICA, 14., 2009, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.apufpr.org.br/artigos/trabalho_eronia_de_uma_crise_anunciada_financiamento_sus_aquilas_mendes_e.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2010.

MENDONÇA, Paulo Eduardo Xavier de. (*LUTA*) *EM DEFESA DA VIDA*: tensão e conflito, reconhecimento e desrespeito nas práticas de gestão do Sistema Único de Saúde. 2008. 142 p. Dissertação (Mestrado em Medicina (Clínica Médica – Micropolítica do Trabalho e o Cuidado em Saúde))–Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

MISOCZKY, Maria Ceci. A agenda para reformas do Banco Mundial e a política de saúde: algumas notas para reflexão. *Saúde em debate*, Londrina: Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, v. 47, p. 4-7, jun. 1995.

MOREIRA, Pedro da Silva. *O Imponderável direito à saúde*: uma discussão jurisprudencial a partir do marco teórico de Robert Alexy. Acesso em: <https://www.academia.edu/4819187/O_Imponder%C3%A1vel_direito_%C3%A0_sa%C3%BAde_uma_discuss%C3%A3o_jurisprudencial_a_partir_do_marco_te%C3%B3rico_de_Robert_Alexy>. Acesso em: 22 mar. 2015.

NOBRE, Marcos. Apresentação. In: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2009.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; PIRES, Denise Elvira. Direito à saúde: um convite à reflexão. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, p. 753-760, maio/jun. 2004.

O SUS precisa de Mais Médicos e de Muito Mais! Editorial. *Saúde em debate*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 97, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042013000200001>. Acesso em: 05 maio 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948.

RIBEIRO, Patrícia Tavares. A questão social na história recente: implicações para a política de saúde no Brasil. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, p. 19-31, 2010.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. SUS, política pública de Estado: seu desenvolvimento instituído e instituinte e a busca de saídas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. *Ciênc. saúde coletiva*, v. 18, n. 1, p. 273-280, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível. In: SAMPAIO, José Adécio Leite (Coord.). *Constituição e Crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, p. 25, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 set. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. *Direito a Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Flávia Martins André da. Direitos Fundamentais. *Boletim Jurídico*, Uberaba, v. 5, p. 5, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Keila; TANAKA, Oswaido Yoshimi. Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. *Revista Interface: Comunicação Saúde Educação*, v. 16, n. 40, p. 249-259, mar. 2012.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STOTZ, Eduardo Navarro. Trabalhadores, direito à saúde e ordem social no Brasil. *Revista São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 17, n. 1, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392003000100004&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 15 maio 2015.

WERLE, Denílson L. Reconhecimento e emancipação. A teoria crítica de Axel Honneth. *Mente, cérebro & filosofia*, São Paulo, p. 1-2, 2008.

WINNICOTT, Donald W. *O brincar e a realidade*. Rio de Janeiro: Imago, 1975.

WINNICOTT, Donald W. Desenvolvimento emocional. Características da primeira infância. In: WINNICOTT, Donald W. *Natureza Humana*. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

IDENTIDADE E GÊNERO: O PAPEL DA MULHER NA FORMAÇÃO DO LEITOR NO SÉCULO XX¹

Thaís Janaina Wenczenovicz*
Lurdes Denise Crispim Moreira**

Resumo: O presente trabalho pretende mostrar o papel da mulher na formação do leitor no século XX no Brasil. Ao longo dos séculos, as questões de gênero foram bem demarcadas. Com o passar do tempo, as mulheres deixaram de atuar especificamente no espaço privado e adentraram aos espaços públicos e em resposta especialmente às atividades laborais. Todavia, essa condição foi sendo modificada aos poucos e, ao conquistar espaço na profissão de educadoras, elas começaram a ter papel fundamental na formação de leitores. Ainda hoje, possuem papel elementar nesta tarefa, pois, segundo Petit, os mediadores de livros são em sua grande maioria do sexo feminino. Para realizar este trabalho, a partir de obras como *A formação da leitura no Brasil*, de Marisa Lajolo e Regina Zilberman, e *Álbum de leitura*, de Lilian Lacerda, abordaremos a respeito do cotidiano das mulheres, do seu papel como leitora e formadora de leitores. Por meio de obras como *O livro e a leitura no Brasil*, de Alessandra El Far, evidenciaremos aspectos sobre a leitura e a formação do leitor, especialmente no Rio de Janeiro e em São Paulo. Conjuntamente, apresentaremos algumas reflexões interpretativas a respeito do acesso ao livro e o direito a leitura no século XX. Com a realização deste trabalho, objetivamos destacar a importância da mulher no processo de formação de leitores.

Palavras-chave: Formação do leitor. Leitura. Mulher.

1 INTRODUÇÃO

Quem acredita nos Direitos Humanos procura transformar a possibilidade teórica em realidade, empenhando-se em fazer coincidir uma com a outra. Inversamente, um

* Pós-doutora em História UFRGS e Instytut Studiów Iberyjskich i Iberoamerykanskich Uniwersytetu Warszawskiego-Polônia; Doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Docente Adjunta na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; t.wencze@terra.com.br

** Especialista em Teoria e Prática da Formação do Leitor; Graduada em Letras pela Faculdade Porto-Alegrense; Educadora na rede pública no Estado do Rio Grande do Sul; denisecm76@hotmail.com

¹ O devido trabalho contou com a leitura externa de Ana Maria Accorsi e Luis Rosenfield.

traço sinistro do nosso tempo é saber que é possível a solução de tantos problemas e no entanto não se empenhar nela. (CÂNDIDO, 1989, p. 108).

Somos sabedores que a leitura é um direito. Não se trata de afirmação genérica ou redundante, pois nenhum direito é redundante já que o direito à leitura é capital ao indivíduo para que ele possa associar e compreender os vários direitos básicos, e assim pavimentar o caminho que impeça a barbárie. Nessa assertiva, reafirmamos que a leitura é direito, e assim sendo não é dádiva ou concessão temporária e sim uma conquista de um direito norteado pelos avanços sociais.

A leitura, até o século XVIII, era prática da sociedade aristocrata, pois os livros eram restritos e alcançavam apenas a pequena parcela alfabetizada das pessoas.² Com a industrialização e a produção dos bens em massa, os livros e os jornais passaram a ser produzidos em grande escala, propiciando a sua popularização.

Outro fato que também favoreceu o aumento de leitores foi a criação do romance moderno, possível com a ascensão da burguesia. Houve a necessidade de uma literatura que retratasse o sentimentalismo e a individualidade dessa classe, assim o romance “[...] reflete mais plenamente essa reorientação individualista e inovadora [...]”, pois “[...] as formas literárias anteriores refletiam a tendência geral de suas culturas.” (WATT, 2010, p. 9).

As mulheres se inserem nessa popularização, pois “[...] ganharam acesso ao aprendizado da leitura e à escola, tornando-se leitoras assíduas de folhetins e romances.” (LOBO, 1992, p. 231). A leitura era prática frequente, principalmen-

² Segundo a pesquisadora Abreu (2001), durante o período Colonial os livros chegados ao Brasil por meio de Portugal foram os seguintes: Livros de Belas Letras mais enviados ao Rio de Janeiro (1769-1822): *Aventuras de Têlêmaco*, de Fénelon; *Selecta latina*, de Pierre Chompré; *História de Gil Braz de Santilhana*, de Le Sage; *História do Imperador Carlos Magno, e dos doze pares de França*, anônimo; *As mil e uma noites*, de Galland (trad); Obras de Bocage; *Lances da Ventura, acasos da desgraça e heroísmos da virtude*, de Felix Moreno de Monroy y Ros; *O Feliz independente do mundo e da fortuna*, de Teodoro de Almeida; *Carolina de Lichfield*, de Isabelle de Montelieu; *Viajante Universal*, de La Porte; *Noites de Young*, de Edward Young; Obras de Camões; *Astucias subtilíssimas de Bertoldo*, de Giulio Cesare Croce; *D. Quixote de la Mancha*, de Cervantes; Horacio ad usum delphini; *Márlia de Dirceo*, de Thomas Antonio Gonzaga; *Viajante Universal*, de Joseph de Laporte; Ovidius ad usum delphini; *Piolho viajante*, anônimo; *Rimas*, de João Xavier de Matos; *Fabulas*, de Esopo; *Thesouro de meninas*, de Pauline de Montmorin, condessa de Beaumont; Oeuvres de Racine; Oeuvres de Molière; *Voyag e du Jeune Anacharsis en Grèce*, de Jean-Jacques Barthélemy; Oeuvres de Corneille.

te das burguesas, pois tinham tempo disponível para o ócio e o romance era feito, muitas vezes, tendo-as como público alvo, “[...] assim dispunham de muito tempo livre e ocupavam-no basicamente devorando livros.” (WATT, 2010, p. 46). Entretanto, liam apenas para o simples entretenimento, sem nenhuma visão crítica, refletindo o que também ocorria na sociedade da época, não exercendo qualquer poder social ou político.

O tema deste trabalho é o papel da mulher na formação do leitor no século XX. Deste modo, o nosso objetivo é apresentar fragmentos históricos a respeito do papel da mulher na formação do leitor e apontar alguns aspectos relativos às questões de gênero e da história da leitura. Para realizar este projeto, partiremos do seguinte questionamento: qual o papel da mulher na formação do leitor?

A escolha do tema se deve ao fato dos papéis de gênero ainda serem bem demarcados, mas ainda assim, com todos os percalços enfrentados, a mulher teve e continua a ter papel fundamental na formação do leitor como educadora e como escritora. Entretanto, sua condição de professora foi conquistada paulatinamente, pois desde o período colonial, em que os livros começaram a circular em nosso país, às mulheres era destinado o papel de donas de casa. Elas ficavam reclusas³, pois não podiam ter proximidade com o restante da sociedade. No entanto, aos homens era reservado o papel de mantenedores das finanças. Após a conquista do papel de educadora dos filhos, as mulheres ainda assim mantiveram seu papel de esposa e mãe no lar.

No século XIX, no que tange aos livros, havia a preocupação de que as mulheres não realizassem determinadas leituras, pois elas poderiam ser influenciadas por conteúdos que atentassem contra a moral e os bons costumes. Nas suas leituras, as personagens deveriam se casar, ter filhos, pois o papel das mulheres

³ A reclusão das mulheres é retratada em diversas obras como *O tempo e o vento, parte 1: O continente*, de Érico Veríssimo, em que as mulheres como Alice Terra ficavam cuidando da casa e dos filhos, enquanto os homens participavam da guerra. Em *Madame Bovary*, a personagem Ema é retratada como a filha que cuida dos afazeres domésticos enquanto seu pai cuida da fazenda. No decorrer da obra, ela se casa com Carlos e passa a cuidar da casa e da filha. As leituras que a personagem realiza são condenadas pela mãe de Carlos.

era ser boa esposa e boa mãe. Elas deviam continuar cuidando dos filhos e não tinham acesso à educação. O aprendizado era sobre a costura, o tear, trabalhos que aperfeiçoariam a condição de esposa e mãe.

Aos poucos, a situação começou a mudar. Com a chegada dos filhos e com a necessidade de educá-los, as mulheres passaram a estudar para exercer a tarefa de educadora. Entretanto, ganhavam pouco, pois o intuito não era que passassem a dividir as despesas da casa, mas estender o trabalho que realizavam no lar.

Dessa forma, pretendemos mostrar fragmentos sobre o papel da mulher na formação do leitor. Para isso, partiremos do período colonial em que a população do Rio de Janeiro passa a ter contato com os livros após a chegada da família Real e isso acaba se estendendo para outros estados. De posse dessas informações, apontaremos uma breve trajetória da mulher, essencialmente a respeito do seu cotidiano e a leitura. Na sequência, exporemos alguns aspectos a respeito do livro e da leitura em nosso país no século XX.

As obras utilizadas neste projeto foram publicadas entre 1992 e 2014. Ao longo desses anos, o papel da mulher tem se modificado constantemente, assim como os livros, que passaram a ter ainda maior importância na vida dos brasileiros.⁴

Algumas das obras utilizadas, como *Império dos livros*, trazem um apanhado histórico a respeito da história do livro e da leitura. Também utilizamos obras como *Leituras: do espaço íntimo ao espaço público*, na qual nos detivemos mais no capítulo *A leitora*, em que a autora aborda a respeito da importância da mulher para o desenvolvimento da leitura.

De *Belle Époque Tropical*, selecionamos trechos a respeito do papel da mulher na época da *belle époque* no Rio de Janeiro, atentando também para algu-

⁴ Leitura, história e história da leitura; Brasil e Portugal: 500 anos de enlases e desenlaces; Mulher e educação: a paixão pelo possível; Histórias e conversas de mulher: amor, sexo, casamento e trabalho em mais de 200 anos de história; O livro e a leitura no Brasil; O império dos livros: instituições e práticas de leitura na São Paulo oitocentista; Álbum de leitura: memórias de vida, histórias de leitoras; A formação da leitura no Brasil; Teoria e prática da formação do leitor: leitura e literatura na sala de aula; Belle Époque tropical; A leitura e os leitores; Leituras: do espaço íntimo ao espaço público; Mulheres desenhadas; A ascensão do romance: estudos sobre Defoe, Richardson e Fielding.

mas questões políticas e sociais. Em relação ao papel da mulher, também utilizamos a obra *A formação da leitura no Brasil*, que aborda sobre o período colonial.

Da obra *Mulher e educação: a paixão pelo possível*, retiramos fragmentos a respeito da educação em nosso país, mais especificamente do surgimento da Escola Modelo, da Escola Normal e da Escola Normal Seminário da Glória. A mulher teve acesso à educação nesta última, mas não tinha direito a continuar seus estudos e a buscar profissionalização, condição conquistada somente após muita luta.

O artigo divide-se em quatro partes. A primeira, intitulada *Mulher, cotidiano e leitura*, apresenta elementos indicadores a respeito da condição das mulheres no Brasil, o seu papel no lar, seu contato com a leitura e a escrita e a sua tarefa como educadora. Na segunda parte, nomeada *Breve histórico da leitura e a formação do leitor*, descrevemos uma concisa história da leitura no Brasil após a invenção de Gutemberg e o contato com os livros e a leitura após a chegada da Família Real no Rio de Janeiro. Na terceira, *Livro e leitura no século XX*, destacamos as modificações ocorridas em relação à leitura neste século. Na última parte, *Sobre fontes e procedimentos metodológicos: leitura e condição de gênero*, determinamos o instrumento de pesquisa e apresentamos a análise e a interpretação de dados. O procedimento metodológico aqui utilizado é o analítico-interpretativo de investigação bibliográfica.

2 MULHER, COTIDIANO E LEITURA

Segundo Needell (1993, p. 74-75), geralmente eram as famílias de posses e posição que tinham possibilidade de entrar na educação secundária no Segundo Reinado (1840-1889) e na República Velha. Ao longo dos anos, um número crescente de filhos de negociantes, burocratas do escalão inferior e profissionais liberais conquistaram o direito de estudar, mas grande parte dos nascidos fora do círculo das elites era iletrada ou autodidata. Todavia, para as moças de família a situação foi desanimadora na maior parte do século XIX. Nas primeiras décadas,

pouca relevância se dava à educação delas. Mais tarde, passaram a ter aulas em casa, ministradas por pais ou preceptoras.

Conforme Viana (2006, p. 32), o espaço que a mulher ocupa na sociedade é, em parte, pré-determinado pela sua família, que, por sua vez, tem sua forma de existência determinada pela classe social a que pertence. A batalha das mulheres proporcionou ao sexo feminino algumas atividades que não lhe seriam dadas gratuitamente, mas sempre observando certos limites.

Consoante Del Priore (2014, p. 44-45), por muito tempo, o casamento foi visto como um negócio, por envolver duas pessoas e por se tratar de um acordo entre os pais. Quando as moças atingiam a idade de casar, uma ânsia tomava conta delas e era importante ter ótimas relações para encontrar um pretendente aceitável. Durante as missas e as festas, as mães procuravam os candidatos e analisavam suas fortunas. Para realizar um bom casamento, as mulheres buscavam aperfeiçoar os dotes físicos e artísticos para que alcançassem melhor valor no mercado matrimonial. As moças que aprendiam, por exemplo, a ler, a escrever e a costurar, aumentavam o valor do seu dote.

Lajolo e Zilberman (2011, p. 236-238) afirmam que, no século XVII, ocorreu a proposta de um novo sistema de aprendizagem infantil. Isso aconteceu, acima de tudo para aqueles que pertenciam à burguesia, pois necessitavam de instrução e conhecimento para se disciplinarem para a sociedade que os pais estavam criando. Surge a escola, forma inicial da que conhecemos hodiernamente. Era essencial preparar a mulher para assumir as funções domésticas de que a nova camada emergente necessitava, distinguindo-se dentre estas a educação das crianças. A constituição dos quadros que a sociedade burguesa construía estava subordinada somente à escola, pois precisava consolidar conjuntamente as noções de lar e família e orientava a mulher para realizar as novas tarefas. A educação das mulheres era essencial para consolidar a revolução burguesa, mas implicava em riscos advindos dos livros lidos, do conhecimento cultural conquistado e da igualdade que poderia gerar.

De acordo com Lajolo e Zilberman (2011, p. 261-262), o enriquecimento decorrente da exportação do café propiciou o aparecimento de segmentos urbanos, o crescimento da classe média e alterações nos setores dirigentes. A intenção dos novos grupos, insatisfeitos com a política, a economia e a situação cultural do país, era tornar a nação moderna e civilizada, remover elementos obsoletos arraigados na sociedade e remanescentes da vida colonial, como a reclusão das mulheres, o analfabetismo da grande parte da população, crianças e adultos. A campanha pela educação da mulher também era acompanhada da obrigatoriedade do ensino para as crianças, atitude a ser restituída e imposta pelo Estado. Formar a mulher podia representar capacitar contingentes de professoras para um mercado de trabalho que necessitava ter crescimento. A mulher, que primeiramente educava os filhos em casa, poderia ser também a mestra de todos, prolongando para fora do lar a tarefa para qual fora moldada. O papel de formação conferido à mulher foi se tornando literal, até que elas passaram a ser vistas como dotadas de um talento natural para o exercício do magistério. Entretanto, a função de educadora não comprometeu os papéis que eram atribuídos ao homem e a mulher, pois não se caracterizava como trabalho, mas como uma extensão das funções domésticas. Essa situação sustou ou atenuou qualquer eventual tendência emancipatória que essa atividade pudesse ter.

Conforme Lacerda (2003, p. 187), a partir de 1840, despontou no Rio de Janeiro e nas demais províncias um número considerável de folhas e jornais críticos, informativos, literários, teatro e de variedades, além de revistas de estudos. Esses jornais eram oferecidos por meio de assinaturas e, nesse movimentado comércio de livros e jornais, algumas folhas diárias eram especialmente dedicadas às mulheres, como *O quinze de novembro*, *A violeta fluminense*, o *Almanaque Luso Brasileiro* e o *Almanch das senhoras*, *Recreio do belo sexo*, *O direito das Damas*, *A família*, entre outros que apontam o envolvimento mais efetivo do sexo feminino, especialmente após a década de 50.

De acordo com Needell (1993, p. 159-161), na época da Belle Époque no Rio de Janeiro, além da administração do lar, as mulheres brilhavam no palco da

alta sociedade, com a exibição de roupas e joias, o comportamento no salão e nos chás e a elegância que conferiam às recepções semanais. Tudo isso servia como indicador confiável da situação familiar. Todas as atividades da alta sociedade exigiam a presença das mulheres e a vida das mulheres da elite, até as últimas décadas da segunda metade do século, era rodeada de restrições correspondentes. Na adolescência, eram prometidas aos seus noivos e já sabiam o que deviam fazer perante a sociedade. Arranhavam um pouco de francês, liam em português, tocavam piano, dançavam e tinham muitos outros dotes que as aproximavam do casamento.

Segundo Almeida (1998, p. 23), em 1890 foi inaugurada em São Paulo a Escola-Modelo para o ensino normalista. Esse fato foi decisivo na formação de docentes primários no Estado. Em 1846 havia sido inaugurada em São Paulo a primeira Escola Normal destinada somente aos homens. Em 1876, trinta anos depois, as mulheres puderam entrar na sessão feminina da Escola Normal no Seminário da Glória. Com o ingresso de um grande número de mulheres nessa escola, ainda que a profissão tenha adquirido contornos de maternidade e tenha sido uma extensão das tarefas do lar, esse foi o primeiro passo dado pelo sexo feminino para conquistar alguma instrução e profissão.

Conforme Almeida (1998, p. 26), do final do século XIX até as primeiras décadas do século XX, ocorreram mudanças econômicas resultantes da implantação do regime republicano no país, pelo processo de urbanização e industrialização, pelas duas grandes guerras mundiais e suas consequências na mentalidade da sociedade do período, pelos avanços tecnológicos e que aconteceram ao mesmo tempo em que as primeiras reivindicações do feminismo, que chamavam a atenção para a opressão e para as disparidades sociais a que as mulheres estiveram sujeitas até então. As mulheres começaram a atuar no espaço público e a lutar por direitos iguais, por educação e profissionalização.

El Far (2006, p. 47) aponta que, no início do século XX, com a inclusão de algumas mulheres no mundo letrado carioca, ideias que salientavam a relevância de maior liberdade feminina passaram a figurar nas colunas das revistas. Os romances da época passaram a ter como uma de suas temáticas a mulher que se

liberta da opressão sofrida pelos pais e esposos, pois aparecem como divorciadas e independentes. Todavia, esses enredos não enfraqueceram o interesse dos leitores pelas heroínas frágeis, que acreditam no amor e no casamento.

De acordo com Almeida (1998, p. 120), no início no século XX, o Brasil ainda estava atrasado no que tange à educação das mulheres. Apesar da existência de uma Escola Normal nas várias unidades da Federação e esta estar repleta de moças ansiosas pela instrução e educação, o ensino era precário e não era permitido às mulheres frequentar um curso superior. A educação feminina, com forte influência católica, acontecia essencialmente nos colégios e internatos religiosos reservados às filhas de classes sociais privilegiadas. O pensamento propagado pela Igreja Católica era que o excesso de educação e a profissionalização corromperiam as moças moralmente e acarretariam em desvios de conduta.

Lajolo e Zilberman (2011, p. 265) afirmam que as mulheres acabaram se estabelecendo como um grupo de consumidoras dignas de atenção. Leitoras com necessidades próprias e escritoras ativas, não podiam ser ignoradas ou discriminadas. Entretanto, a sociedade tratou de exercer domínio sobre elas na medida em que converteu o magistério em uma extensão das tarefas do lar e desqualificou o trabalho delas perante aos olhos masculinos. Suas leituras foram depreciadas, embora não tenham deixado de ser fornecidas e a recepção das obras foi condicionada ao que era imprescindível à doutrinação delas. Isso fez submergir valores patriarcais, exprimidos agora na linguagem de idealização da mulher e de seu trabalho doméstico-pedagógico.

Lacerda (2003, p. 40-55), responsável por um trabalho de análise de textos e memórias, diários e autobiografias, afirma que é no contexto dos anos 1960 que a escrita autobiográfica alcança espaço para a publicação. Grupos minoritários, no sentido de prestígio social, como negros, mulheres, homossexuais, prisioneiros, entre outros, conquistam a publicação de seus textos. Essa situação difere consideravelmente do que ocorreu no século XIX, um dos períodos de maior silenciamento sobre a criação feminina. Este silêncio das mulheres e de suas obras e produções até a década de 80 pode ser visto como uma forma de

censura ideológica e cultural, uma admoestação que parece ter origem em um pensamento hegemônico que determinava como as mulheres deveriam ser e de que forma deveriam viver. Muitas dessas memorialistas não chegaram a ver seus textos publicados e isso ficou a cargo de algum parente ou ente querido. O processo de editoração, para muitas delas, veio como consequência de circunstâncias específicas assinaladas por lutas e por conquistas sociais e políticas, das oscilações constantes na situação do país desde o momento em que a imprensa foi erigida e se fortaleceu.

Em um destes textos de memórias, *Reminiscências de uma velha*, de Maria da Glória Quartim de Moraes, Lacerda (2003, p. 103) destaca um trecho que registra o final do século XIX e as duas primeiras décadas de século XX e que apresenta uma visão feminina sobre o mundo:

Patriotismo: Dó Maior na escola dos sentimentos humanos! **República:** uma coisa que se fez... para aquilo que não se faz... **Democracia:** Tendência para aristocracia! **Monarquia:** manjar de Substância, causador de violentas indigestões! **Isabel, a Redentora:** menina quebra-louça! **Campos Sales:** Tempo virá! [...] E veio. **Portugueses:** ilustres fabricantes de café com leite... no Brasil e na África! **Mulher:** entidade destinada em todos os tempos a caminhar [...] em corda bamba! **Dança:** poesia em movimento! **Amor:** supremo engodo universal! **Velhice:** vidraça que apanhou chuva de pedra! **Jurisprudência:** novelo em patas de gata! **Confiança:** fresta de luz, na escuridão! Inveja: portaria das mazelas! **Castidade:** pobreza fisiológica! **Casamento indissolúvel:** “sauve qui peut”!⁵ **Medicina:** ciência que vive de apalpadelas! **Sífilis:** lixo nos encanamentos! **Verdade:** metal sujeito a decomposições químicas! **Amor platônico:** fósforo sem caixa... caixa sem fósforo! **Bancos estrangeiros:** cavalo de Tróia! (MORAES 1981, apud LACERDA, 2003, p. 107-108).

Lacerda (2003, p. 184) aponta que, de maneira geral, as biografias femininas da época assinalam a atuação propícia na formação das filhas como leitoras. Entretanto, a sociedade patriarcal pregava a educação de suas filhas no intuito de prepará-las como esposas e mães de família. Dentro dessa educação eram valo-

⁵ Salve-se quem puder! (Tradução nossa).

rizadas as boas maneiras essenciais à sociabilidade da época e certos costumes e práticas em uso, os parâmetros seguidos estavam baseados na vida na corte, nos hábitos franceses e imperialistas que foram fixados em nosso país desde a colonização portuguesa. Neste sentido, as leituras oferecidas às moças de boa família seguiam um receituário próprio, as obras eram selecionadas por suas mães e a forma que a leitura seria realizada também era conduzida, assim como o tempo de estudo e o que seria estudado.

Segundo Del Priore (2014, p. 89), no princípio da colonização, as mulheres foram fazendeiras, comerciantes, lavadeiras, escravas. No início do século XX, a maior parte do proletariado era formado por mulheres: espanholas, italianas, polonesas. Nos anos 70, o envolvimento do sexo feminino nos grupos comunitários resultou na participação em comissões jurídicas e políticas. Elas lutavam para melhorar suas condições de vida nos grandes centros urbanos. Também tiveram participação no processo de elaboração da Constituição de 1988, na ocasião em que diversos direitos relativos à vida e ao trabalho feminino foram definidos e aprimorados.

É somente a partir da década de 1970 que as mulheres passam a ocupar cadeiras na Academia Brasileira de Letras.⁶ De acordo com Venâncio Filho (2006, p. 3-4), Lúcio de Mendonça, um dos fundadores da academia, tentou em 1896 dar à Academia um alcance nacional por meio da indicação de sócios correspondentes do estado e do exterior. Ele propôs o nome da escritora Júlia Lopes de Almeida e o da poetisa Francisca Júlia para compor o grupo de fundadores, mas não obteve êxito devido à recusa da presença de mulheres.

As mulheres, que alcançaram o direito ao estudo para cuidar da educação dos filhos, que muitas vezes realizavam a leitura e a escrita às escondidas,

⁶ Segundo Venâncio Filho (2006, p. 36-37), a escritora Rachel de Queiroz foi saudada na Academia Brasileira de Letras em quatro de novembro 1977. A segunda mulher a fazer parte da Academia foi Dinah Silveira de Queiroz em 1980. Na sequência, ingressaram as escritoras Lygia Fagundes Telles, Nélida Piñon, Zélia Gattai Amado e Ana Maria Machado.

passaram a conquistar espaço como escritoras. Autoras como Cecília Meireles, Clarice Lispector e Rachel de Queiroz começam a despontar no século XX.⁷

Consoante Petit (2013, p. 120), hodiernamente se abre uma oportunidade de intensificar a relação entre os termos “leitura” e “democratização” e isso está ocorrendo devido às mulheres. Primeiramente porque os mediadores do livro são em sua grande maioria mulheres, ou homens que não possuem receio sobre sua própria sensibilidade nem a companhia das mulheres. Elas possuem papel indispensável como agentes do desenvolvimento cultural, e realizam um papel motor na mobilidade social, que na maioria das vezes ocorre de forma reservada.

Uma excepcionalidade literária também é observada quando tratamos de mulheres cartunistas. Sabe-se que os cartuns, assim como outras formas de expressão, relatam modos de ver e ler o mundo cotidiano. Neste sentido, o documentário *Mulheres desenhadas*, de Raquel Vitorelo (2014), nos apresenta de que maneira homens e mulheres, desde pequenos, acabam sendo direcionados a adotar determinadas posturas características dos gêneros como, por exemplo, jogar videogames em que a maioria das personagens são meninos e as meninas, quando aparecem, não condizem com a realidade. Atualmente, as cartunistas, segundo Vitorelo (2014), são inúmeras, mas esse número não é perceptível se levado em conta somente aquelas que aparecem nas grandes publicações. Por meio de sua página no Facebook,⁸ Raquel fez uma chamada às mulheres que desenhavam, que possuem essa atividade há um curto ou longo tempo, profissionalmente ou não, para que fizessem seu autorretrato. O resultado foi publicado na página de relacionamento e apresentado no documentário.

⁷ De acordo com Coelho (2002), as escritoras Cecília Meireles, Clarice Lispector e Rachel de Queiroz lançaram suas primeiras obras no início do século XX: Cecília teve sua estreia como poeta em 1919 com a obra *Espectros*. Em 1939 seu livro *Viagem* recebeu o prêmio Poesia/Academia Brasileira de Letras; em 1942, Lispector, que já trabalhava como jornalista em *A noite*, iniciou a escrita do seu primeiro romance, *Perto do coração selvagem*, que foi publicado em 1944 e recebeu o prêmio Graça Aranha da Academia Brasileira de Letras. Na década de 30, Rachel de Queiroz, que em 1927 já participava do jornal *O Ceará* escrevendo crônicas e poesias, publica o romance *O quinze*.

⁸ Disponível em: <<https://www.facebook.com/rvitorelo?ref=ts&fref=ts>>.

Os cartuns são formadores de leitores e, devido a isso, renova-se a importância de termos mulheres cartunistas que façam uma leitura do mundo e do seu cotidiano, mas que, conjuntamente, retratem o sexo feminino. Segundo Vitorelo (2014), a mulher nem sempre é representada de forma adequada e nisso ressalta-se a importância do trabalho das cartunistas e destaca o quanto as questões de gênero⁹ ainda são bem demarcadas em nossa sociedade. As mulheres, muitas vezes, são apresentadas da forma como são vistas pela sociedade e pelos olhos masculinos, muitas vezes com apelo sexual.

De acordo com Del Priore (2014, p. 89-90), apesar de ainda existirem problemas como a discriminação por preconceito racial, diferenças salariais, participação pequena em associações de categorias profissionais, as mulheres alcançaram uniformidade, se não de direitos, de reconhecimento com os homens. A conquista de independência profissional, a evolução dos modelos familiares e o controle sobre a maternidade modificaram sua imagem e situação social. A presença da mulher no trabalho firmou-se visivelmente e, desde a década de 80, o aumento da população ativa se deve muito ao sexo feminino. Entretanto, estudos comprovam a presença de disparidades econômicas, políticas ou de acesso aos postos de poder entre os dois sexos. Em se tratando de casais, a divisão de tarefas ainda está longe de acontecer e as mulheres realizam três vezes mais os trabalhos domésticos.

3 BREVE HISTÓRICO DA LEITURA E A FORMAÇÃO DO LEITOR

Conforme Nunes (2003, p. 25), todo leitor tem uma história de leitura, e, devido a isso, apresenta uma conexão determinada com os textos, com a sedimentação dos sentidos, conforme as condições de criação da leitura em épocas específicas. O sujeito passa a ser leitor dentro de uma memória social de leitura.

⁹ Segundo Scott (1995, p. 72), as feministas passaram a utilizar a expressão “gênero” mais seriamente, em um sentido mais literal, como uma forma de fazer referência à organização social da relação entre os sexos. Na gramática, gênero é percebido como um modo de qualificar fenômenos, um sistema de distinções socialmente acordado e não um relato de traços intrínsecos.

Ele já esteve na Idade Média predominantemente situado no espaço religioso ou na época Moderna localizado entre o espaço literário e científico. Ademais, de acordo com a conjuntura mundial, nacional ou regional, são modificadas as determinações históricas que influenciam a leitura.

Chartier (2007, p. 23-24) aponta que ocorreram diversas “revoluções” na leitura e que ocasionaram a expansão de novos gêneros textuais e novas práticas de leitura. Uma das transformações profundas foi a que ocorreu no início da Idade Moderna e não dependeu da revolução tecnológica da produção de livros. Foi principiada por transformações sucedidas nos séculos XII e XIII e que outorgaram à escrita um trabalho de preservação e memória em grande parte separada da leitura, pelo modelo escolástico, que transformou o livro em um objeto e em um instrumento de exercício intelectual. Por sua vez, a segunda revolução aconteceu no decorrer da era da impressão, mas anteriormente a industrialização da produção do livro. Esta revolução, que ocorreu na Alemanha, Inglaterra, França e Suíça durante o século XVIII, fundamentou-se no aumento da produção do livro, na multiplicação e modificação dos jornais, no êxito dos livros de pequeno formato e no crescimento das instituições (sociedades de leitura, clubes do livro, bibliotecas de empréstimo) que facilitaram a leitura das obras sem que os leitores tivessem que adquiri-los.

Segundo El Far (2006, p. 10), décadas antes da descoberta do Brasil, Johann Gutemberg incitava os trabalhos de impressão com a criação dos tipos móveis. No decorrer, as tipografias europeias, que até então imprimiam textos utilizando uma matriz única elaborada com madeira ou metal, começaram a construir tipos móveis feitos de chumbo fundido. Esse método inovador assegurou uma redução nos custos, agilizou e flexibilizou a composição do livro.

Consoante El Far (2006, p. 11-12), a Europa prosseguia com o desenvolvimento de técnicas de impressão para alcançar um público leitor e consumidor cada vez maior nos diferentes continentes. Por sua vez, o Brasil, diante das proibições estabelecidas pela metrópole portuguesa, afora exceções, passava longe desse processo e a metrópole portuguesa vedava expressamente qualquer tipo de

reprodução impressa em todo o território nacional. No decorrer do período colonial, as pessoas que viviam em nosso país e que pretendiam ler, precisavam importar os livros de Portugal. Nesse processo, eles tinham que enfrentar problemas como a censura lusitana, que primeiramente estava centralizada nas mãos da Inquisição e depois ficou a cargo dos funcionários da Real Mesa Censória, criada em 1769. Esse sistema com uma diversidade de hierarquias distanciou do texto impresso a maioria da população brasileira.

De acordo com El Far (2006, p. 17-18), aos poucos, o texto impresso, essencialmente o livro, passava a ser um objeto conhecido no cotidiano e item indispensável ao processo de civilização do nosso país. Tipografias eram inauguradas, livreiros estrangeiros instituíaam seus negócios em ruas centrais do Rio de Janeiro e a Real Biblioteca ancorava na cidade. A biblioteca recebeu títulos novos, doações e permaneceu na cidade mesmo após o retorno de D. João VI para Portugal. Em 1876, a biblioteca foi nomeada Biblioteca Nacional.

Deaecto (2011, p. 41) aponta que a Biblioteca Pública de São Paulo foi inaugurada em 24 de abril de 1835. Foi a primeira biblioteca da província, mas não do Brasil, pois em 1811 foi inaugurada a biblioteca pública da Bahia e, em 1841, a do Rio de Janeiro. A biblioteca de São Paulo foi estruturada com recursos particulares, seguindo os gabinetes de leitura, organizações que começavam a despontar nas cidades portuguesas.

Conforme Lajolo e Zilberman (2011, p. 125), em 1821, como consequência da Constituição imposta a D. João, após a revolução do Porto, que ocorreu em 1820, a censura foi extinguida e o monopólio estatal acabou. Isso tornou possível o surgimento de outras tipografias.

Deaecto (2011, p. 204) afirma que, em relação ao estudo, surgiram alguns colégios particulares nos almanaques da província, mas nada próximo do avanço que aconteceu com o setor nos anos de 1870, quando as primeiras manifestações de cultura foram realizadas pelas camadas médias. No entanto, nas famílias abastadas a situação era divergente, pois eles sentiam rancor por conta do reaparecimento das classes cultas à moda do *ancien régime*, cujos costumes

alardeavam considerável verdor de fidalguia. O chefe dessas famílias contratava uma preceptora para ensinar as primeiras letras aos seus filhos, mas eles também aprendiam algumas regras de civilidade.

Consoante Deaecto (2011, p. 230), após 1890, o poder público estadual teve papel fundamental na realização de projetos de institucionalização e tutela-mento das práticas de leitura. De modo geral, essa apreensão foi perceptível em todas as partes.

4 LIVRO E LEITURA NO SÉCULO XX

Abreu (2007, p. 10) afirma que no final do século XX, supõe-se que a leitura, coberta por uma aura positiva, pode dar ensejo aos mais variados benefícios como possibilitar maior nível cultural aos sujeitos e, conseqüentemente, desenvolver a capacidade crítica e torna-los mais cidadãos. Entretanto, a leitura nem sempre foi vista dessa forma, pois ao longo da história muitos movimentos foram criados para que as pessoas fossem distanciadas da leitura, que era percebida como um grande perigo.

Segundo Abreu (2007, p. 12-14), a leitura era vista como capaz de modificar comportamentos e a visão era de que os livros não ensinavam apenas atitudes estimáveis. As obras infetavam a inocência, distanciavam da virtude, corroboravam com o crime, pois as pessoas aspiravam trazer para a vida real aquilo que encontravam em suas páginas. Conjuntamente, a leitura permitiria distinguir as desigualdades sociais, originando desprazeres e insubordinações. As ideias contidas nas obras alimentariam nos pobres a vontade de modificar o seu estado. Desse modo, o desejo de assegurar a ordem estabelecida, silenciando a vontade de transformação, esteve na base de diversos atos de perseguição de livros e autores do mesmo modo que a interdição de leituras.

Conforme Vidal (2007, p. 336-339), com a introdução da Escola Nova no Brasil nos anos 1920, o livro passava a ter uma nova condição. Conseqüentemente, as formas de apropriação das obras na escola foram alteradas. Ao ser

instaurada no Brasil, a Escola Nova empregava como estratégia discursiva destacar-se do ensino atual que era utilizado no país, nomeando-o *tradicional* e qualificando-o como passivo, fundamentado unicamente na repetição de conteúdos que eram apenas memorizados. A partir deste momento, o livro escolar deixava de ser uma obra fechada e transfigurava-se em obra aberta. A nova forma de ver o livro, não alterava o significado original incluído no sujeito enunciador (autor), mas revelava aspectos de um mundo, concebido como adaptado e suscetível de decifração. O saber encontrado ao longo de suas páginas não suscitava mais a memorização, pois incitava a produção de novos saberes.

Consoante Vidal (2007, p. 343-344), da mesma forma que a leitura passava a ter um papel de destaque na formação intelectual dos educandos, o livro, de mero depositário da cultura universal, começava a ser visto como fonte de experimentação. Os antigos livros-textos eram alvo de crítica. A ideia era que o aluno obtivesse acesso a variados escritos de modo a gerar seu próprio conhecimento, razão pela qual a leitura escolar passava a ser realizada com deleite.

Lois (2010, p. 13) destaca que no Governo de Getúlio Vargas ocorreu um crescimento da indústria do livro e um fomento na tradução e publicação de livros estrangeiros. A autora também aponta que, durante o período da Segunda Guerra Mundial, o número de leitores e o mercado de livros aumentaram. São Paulo adquiriu o status de um dos maiores parques gráficos do Ocidente. Entre 1933 e 1944, o número de editoras foi ampliado por volta de 50%. Embora a restrição ao texto escrito ainda fosse bem alta, ainda assim, foi neste período que a literatura mais prosperou no sentido de falar e descrever a situação do país. O livro passou a ser uma forte arma para redefinir o país.

Segundo Lois (2010, p. 15), após a descoberta do público jovem, depois dos anos 80, a liberdade de expressão e a evolução tecnológica asseguraram ao livro um espaço no mercado e maior poder de sedução sobre a leitura. Entretanto, com tantas disputas editoriais no que tange à qualidade do livro, as obras se tornaram mais caras e isso determinou que algumas camadas sociais não tivessem condições de aquisição.

De acordo com Chartier (2007, p. 26-27), a transmissão eletrônica de textos provocou um processo revolucionário na leitura. Essa nova forma de ligação com os textos modificou nossa ideia de contexto, ao tomar lugar do contato físico entre os textos presentes no mesmo objeto, que pode ser um livro, uma revista, um jornal, por sua distribuição nas arquiteturas lógicas que governam os bancos de dados, os arquivos eletrônicos e sistemas de processamento, que possibilitam o acesso à informação. Esse novo modo de contato com os textos redefine ao mesmo tempo a natureza “material” dos trabalhos, ao eliminar a relação direta e evidente que existe entre o objeto impresso e o texto ou textos que contém.

Segundo Chartier (2007, p. 28), essa mudança no suporte físico da escrita faz com que o leitor tenha novas atitudes e adquira conhecimentos sobre novas práticas intelectuais. A passagem do livro impresso para a tela do computador é uma modificação tão grandiosa quanto a que ocorreu quando o rolo passou para o *códex* durante os primeiros séculos da Era Cristã. Isso questiona a ordem dos livros familiares aos leitores e prescreve novos caminhos de leitura que ultrapassam as restrições tradicionais infundidas pelos objetos impressos.

5 SOBRE FONTES E PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS: LEITURA E CONDIÇÃO DE GÊNERO

O instrumento de pesquisa foi a leitura de obras acerca da história da leitura, das questões de gênero, da Belle Époque e do papel da mulher na formação do leitor. Dados bibliográficos que permitem analisar contextos e situações vividas pelas mulheres seguindo a linearidade histórica da formação cultural do Brasil. A pesquisa realizada neste projeto é o do tipo analítico-interpretativo de investigação bibliográfica.

Nas obras bibliográficas selecionadas para este trabalho, buscamos fragmentos a respeito das modificações ocorridas na condição da mulher, mais especificamente após o período colonial, atentando para o papel que a sociedade atribuía ao sexo feminino, que primeiramente era o de mãe e esposa, e para sua

consequente função como educadora, para as questões de gênero e sua participação na formação do leitor. Também destacamos o cotidiano das mulheres, seu papel no âmbito familiar e de que forma a leitura estava presente em seu cotidiano.

A análise e interpretação de dados foram realizadas a partir do referencial teórico coletado, com obras selecionadas que dizem respeito ao objeto de pesquisa, bem como o cruzamento desses dados para a realização do trabalho. Por meio deste, pudemos ter a percepção dos espaços que a mulher foi conquistando em nossa sociedade, assim como distinguir sua importante trajetória na formação do leitor.

Ao considerarmos aspectos a respeito da mulher, seu cotidiano e a leitura, observamos que ocorreram alterações no seu papel no decorrer dos anos. Primeiramente, as mulheres ficavam restritas a função de esposa e mãe. Não possuíam acesso ao estudo e muitas delas eram iletradas. Em alguns casos, as mulheres que faziam parte de classes sociais mais elevadas, tinham contato com as letras no lar por meio de seus pais ou de preceptoras, mas o intuito dessa educação era garantir que tivessem um bom casamento.

No século XVII, após a proposta de um novo ensino infantil, ocorreu a necessidade de educar os filhos das famílias que pertenciam à sociedade burguesa. Era preciso que as mulheres passassem a estudar para realizar essa tarefa. Aos poucos, elas passaram a atuar como educadoras. Todavia, o trabalho no lar não foi abandonado e a condição de educadora foi acrescida a de esposa e mãe. O trabalho não era bem remunerado e não garantia estabilidade financeira, pois o sustento da casa cabia aos homens. O estudo em excesso era condenando, pois prejudicaria a moral e os bons costumes, algo extremamente apregoado pela Igreja Católica.

No século XIX, jornais e revistas foram publicados no intuito de entreter as donas de casa. Romances também foram lançados e em suas páginas podíamos ter contato com protagonistas que eram esposas e mães. Isso ocorreu após o crescimento da sociedade burguesa e do surgimento do romance moderno, que retratava o sentimentalismo e o individualismo da burguesia, como o romance *A moreninha*, de Joaquim Manuel de Macedo. Esse processo provocou a popularização da leitura e também alcançou o sexo feminino, na medida em que

as mulheres passaram a ter acesso à educação. Entretanto, as leituras careciam de uma visão crítica e isso denotava os preceitos propagados pela sociedade, pois as mulheres não tinham força social ou política. As leituras eram realizadas somente com intuito de entretenimento para o sexo feminino.

Ainda no século XIX, manuais foram lançados para que as mulheres soubessem que atitudes deveriam tomar perante a sociedade. Já no início do século XX, os romances publicados passaram a mostrar mulheres independentes e que não seguem mais a opressão da família, mas os leitores ainda buscavam as moças que pretendiam formar uma família por meio do casamento.

Por meio da obra *Álbum de leitura: memórias de vida, histórias de leitoras*, de Lilian Lacerda, é possível perceber que muitas mulheres tiveram contato com os livros, mas grande parte delas tinham as obras selecionadas, pois o objetivo maior era realizar um bom casamento. Essas mulheres escreveram textos de memórias, biografias que ficaram resguardadas durante anos. Muitos desses textos foram publicados anos após a morte da autora. Essas memórias eram objetos de leituras e releituras, formando muitas leitoras. No âmbito familiar, algumas dessas mulheres tiveram contato com outros textos como a poesia, o que certamente lhes garantiu a condição para realizar suas escritas.

As mulheres tiveram um longo caminho para alcançar o espaço que possuem hoje em nossa sociedade. Todavia, ainda é preciso lutar para conquistar melhores condições, pois os papéis de gênero ainda são bem demarcados e a mulher nem sempre é vista como dotada de iguais condições para o mercado de trabalho, entre outros aspectos, como os homens. Muitas profissões ainda são determinadas como características dos sexos.

No que tange à leitura, o livro, ao longo dos anos, passou a ter papel de destaque. As obras atuam como uma ferramenta contra a exclusão e como passaporte para o conhecimento. Todavia, o acesso à leitura não alcança todas as classes

sociais.¹⁰ A função dos educadores é fundamental para assegurar que os alunos tenham contato com a leitura e se tornem leitores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização deste trabalho, percebe-se que a leitura é um direito e, o direito à leitura é capital ao indivíduo para que ele possa associar e compreender os vários direitos básicos, e assim pavimentar o caminho da concretização da cidadania e dignidade humana.

Uma das propostas concretas para tornar a leitura um direito é a implantação do Plano do Livro e da Leitura nos âmbitos federal, estadual e municipal. As maiores fragilidades das ações em prol da leitura são o caráter volátil e episódico que as sustentam e um dos motivos dessa descontinuidade é a falta de mecanismos consistentes que garantam estes projetos e programas como ações de Estado, não de Governo. Dentre as diretrizes do Plano do Livro encontram-se a democratização do acesso, a fomento à Leitura e Formação de Mediadores; a valorização Institucional da Leitura e Incremento de seu Valor Simbólico e o desenvolvimento da Economia do Livro.

Esse direito foi construído com base na ampliação e compreensão dos Direitos Fundamentais (Educação) e passou por vários momentos de tensionamento até sua efetivação. No século XIX, com o enriquecimento que a exportação do café trouxe ao nosso país e o conseqüente crescimento da classe média e a necessidade de ocorrer outras modificações na sociedade, de esposa e mãe, as mulheres passaram a ter dupla jornada, pois cuidavam dos filhos e do marido no ambiente familiar e também ficavam encarregadas da sua educação. Aos poucos,

¹⁰ Estudos recentes do Instituto Pró-Livro (2011, p. 70) apontam que entre os anos de 2007 e 2011 houve um decréscimo no número de livros lidos por habitante no Brasil. Essa relação numérica é ainda mais baixa em famílias que possuem rendas inferiores a 2 salários mínimos e os dados são mais assustadores entre os não estudantes. A mesma pesquisa aponta que a classe D e E, as mais baixas da sociedade, são as que menos compram, ganham ou fazem empréstimo de livros em bibliotecas. Em compensação, são as que mais recebem os livros distribuídos pelo governo nas escolas (2011, p. 87); no entanto, é sabido que só receber livros do governo não garante que os mesmos sejam lidos.

o trabalho como educadora deixou de ser apenas uma extensão do trabalho no lar. Essa situação foi modificada por meio de lutas para melhorar a sua condição e a mulher foi conquistando espaço na sociedade e direito à profissionalização.

Nas obras analisadas, destaca-se a presença da mulher na história da leitura. Em seu cotidiano, ela é descrita como leitora, esposa e mãe. Ainda que essas leituras tenham sido realizadas com a supervisão de suas mães ou de forma escondida, essa atividade possibilitou que a escrita fosse colocada em prática por algumas delas e que futuras leituras fossem realizadas por meio dessas publicações. Com o passar do tempo, torna-se perceptível nestas obras a conquista da condição de educadora pelo sexo feminino e seu papel como formadora de leitores.

REFERÊNCIAS

ABREU, Márcia. *Leitura, história e história da leitura*. 2. ed. Campinas: Mercado das letras, 2007.

ABREU, Márcia. “O Rei e o sujeito-considerações sobre a leitura no Brasil colonial”. In: Brasil e Portugal: 500 anos de enlaces e desenlaces. *Revista Convergência Lusíada*. n. 17, Real Gabinete Português de Leitura: Rio de Janeiro, 2000.

ABREU, Márcia. Quem lia no Brasil Colonial? In: CONGRESSO BRASILEIRO DA COMUNICAÇÃO, 14., 2001, Campo Grande. *Anais...* Campo Grande, 2001.

ALMEIDA, Jane Soares. *Mulher e educação: a paixão pelo possível*. São Paulo: UNESP, 1998.

CÂNDIDO, Antonio. *Literatura e Sociedade*. 9. ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2006.

CANDIDO, Antonio. In: FESTER, A. C. Ribeiro. (Org.). Direitos humanos e literatura. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CHARTIER, Roger. As revoluções da leitura no ocidente. In: ABREU, Márcia. *Leitura, história e história da leitura*. 2. ed. Campinas: Mercado das letras, 2007. p. 23-24.

COELHO, Nelly Novaes. *Dicionário crítico de escritoras brasileiras*. São Paulo: Escrituras, 2002.

DEL PRIORE, Mary. *Histórias e conversas de mulher: amor, sexo, casamento e trabalho em mais de 200 anos de história*. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2014.

EL FAR, Alessandra. *O livro e a leitura no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

DEAECTO, Marisa Midori. *O império dos livros: instituições e práticas de leitura na São Paulo oitocentista*. São Paulo: Fapesp, 2011.

INSTITUTO PRÓ-LIVRO. *Retratos da Leitura no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Instituto Pró-Livro, 2011.

LACERDA, Lilian de. *Álbum de leitura: memórias de vida, histórias de leitoras*. São Paulo: UNESP, 2003.

LAJOLO, Marisa; ZILBERMAN, Regina. *A formação da leitura no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Ática, 2011.

LOBO, Luiza. Leitor. In: JOBIM, José Luis (Org.). *Palavras da crítica*. Rio de Janeiro: Imago, 1992.

LOIS, Lena. *Teoria e prática da formação do leitor: leitura e literatura na sala de aula*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

NEEDELL, Jeffrey D. *Belle Époque tropical*. Tradução Celso Nogueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

NUNES, José Horta. Aspectos da forma histórica do leitor brasileiro na atualidade. In: ORLANDI, Eni Puccinelli. *A leitura e os leitores*. 2. ed. Campinas, SP: Pontes, 2003.

PETIT, Michèle. *Leituras: do espaço íntimo ao espaço público*. Tradução Celina Olga de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2013.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

VIANA, Nildo. Método dialético e questão da mulher. In: MARQUES, Edmilson et al. *A questão da mulher: opressão, trabalho e violência*. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2006.

VIDAL, Diana Gonçalves. Livros por toda a parte: o ensino ativo e a racionalização da leitura nos anos 1920 e 1930. In: ABREU, Márcia. *Leitura, história e história da leitura*. 2. ed. Campinas, SP: Mercado das Letras, 2007.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. As mulheres na Academia. *Revista Brasileira*, ano 8, n. 49, out./dez. 2006.

VITORELO, Raquel. *Mulheres desenhadas*. Trilha sonora Malheiros. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FF5LhhPBH-g>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

WATT, Ian. *A ascensão do romance*: estudos sobre Defoe, Richardson e Fielding. Tradução Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

WENCZENOVICZ, Thaís Janaina; DA CANAL, Sandra. *Máscaras do Corpo*. Passo Fundo: Editora Méritos, 2012.

WETHEIN, Jorge. A UNESCO e a formação do leitor. In: PRADO, Janson; CONDINI, Paulo (Org.). *A formação do leitor*: pontos de vista. Rio de Janeiro: Argus, 1999.