

**Organizadores:**

Cristhian Magnus De Marco  
Magda Cristiane Detsch da Silva  
Orides Mezzaroba

# Diálogos sobre Direito e Justiça

Coletânea de artigos 2016



Editora Unoesc

**Editora Unoesc**

Coordenação  
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Copidesques: Bianca Regina Paganini, Giovana Patrícia Bizinela, Gilvana Toniélo  
Revisão eletrônica: Bianca Regina Paganini  
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 2016 / org. Crithian Magnus De Marco, Magda Cristiane Detsch da Silva, Orides Mezzaroba. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. 428 p. – (Série Diálogos sobre Direito e Justiça, v. 2)
	ISBN: 978-85-8422-112-7 (volume 2) Modo de acesso: World Wide Web
	1. Direito. 2. Justiça. I. De Marco, Crithian Magnus. II. Silva, Magda Cristiane Detsch da. III. Mezzaroba, Orides. IV. Título. V. 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  
Genesis Téó

Pró-reitor de Graduação  
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria  
Lindamir Secchi Gadler

**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

APRESENTAÇÃO: ..... 7

### **ARTIGOS ELABORADOS POR DISCENTES E DOCENTES DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNOESC, *CAMPUS* JOAÇABA**

INSTRUMENTOS DE EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO  
FISCAL E POSSIBILIDADE DE PROTESTO DA CERTIDÃO  
DE DÍVIDA ATIVA..... 11

Ana Carolina Basquera Betiolo, Hesterston Humenhuk

AÇÕES AFIRMATIVAS: ANÁLISE DA CUMULAÇÃO DAS  
POLÍTICAS PÚBLICAS ORIUNDAS DA LEI N. 12.711/2012  
E DA LEI N. 12.990/2014 À LUZ DO PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE..... 39

Bruna Prando Oligini, Cristhian Magnus de Marco

EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO MECANISMO DE  
CONTRIBUIÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO  
DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA..... 85

Cínthia de Bittencourt Biesek, Ricardo Marcelo de Menezes

O DIREITO À MORTE: DESAFIOS JURÍDICOS EM FACE  
DOS INTERESSES ECONÔMICOS..... 113

Cristina Küll, Magda Cristiane Detsch da Silva

A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES  
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 143  
Emanuelle Biolchi, Fabiane Christofoli

A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE  
NO DIREITO PENAL DO FATO..... 175  
Maitê Cristina Baretta, Jorge Eduardo Hoffmann

DIREITO (FUNDAMENTAL) À IDENTIDADE GENÉTICA  
*VERSUS* DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE:  
*HARD CASE* DIANTE DOS (D)EFEITOS JURÍDICOS DA  
REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA..... 215  
Luana Mannes Spolti, Cristhian Magnus De Marco

A APLICABILIDADE DO DEPOIMENTO SEM DANO NO  
ESTADO DE SANTA CATARINA: NOVO MÉTODO DE  
INQUIRÇÃO A MENORES TESTEMUNHAS OU VÍTIMAS  
DE CRIMES SEXUAIS ..... 247  
Marina Schena Lanhi, Carolina de Figueiredo Furtado

A ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS NO ÂMBITO EMPRESARIAL ..... 285  
Sarah Christina Brugger, Magda Cristiane Detsch da Silva

O ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO FUNDAMENTAL  
À SAÚDE: DECISÕES DETERMINANDO A CONCESSÃO  
GRATUITA DE MEDICAMENTOS ..... 311  
Yasmim Brandalise, Cristhian Magnus De Marco

**ARTIGOS ELABORADOS POR DISCENTES E DOCENTES DO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNOESC**

IDENTIDADE, GÊNERO E VIOLÊNCIA: REFLEXÕES  
CONTEMPORÂNEAS ..... 355

Carlos Eduardo de Araújo Rangel, Thaís Janaina Wenczenovicz

TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY NO  
FORNECIMENTO DE FÁRMACO EM FASE  
EXPERIMENTAL ..... 385

Janaína Reckziegel, Varones Pasqual Drabach Filho

HAITIANOS NO SUL DO BRASIL: REFLEXÕES À LUZ  
DO MUNDO DO TRABALHO ..... 405

Thaís Janaina Wenczenovicz, Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira

**SEÇÃO DESTINADA A MANIFESTAÇÕES LITERÁRIAS**

CRÔNICAS/REFLEXÕES.....425



## APRESENTAÇÃO:

É com grande alegria que, pelo terceiro ano consecutivo, o Curso de Direito da Unoesc, *campus* de Joaçaba, publica alguns resultados das pesquisas realizadas no transcurso do Componente Curricular Trabalho de Curso. A continuidade desta coletânea, denominada Diálogos sobre Direito e Justiça, evidencia a seriedade com que a pesquisa é percebida na Unoesc. E, com efeito, a qualidade dos textos que o leitor tem em mãos reflete a dedicação e a parceria firmada por alunos e professores.

Vivenciamos um Curso de Direito que se ocupa das questões mais delicadas para a Ciência Jurídica contemporânea, como se pode perceber pelas temáticas dos artigos. Os textos mostram, ainda, compromisso ético e social, uma vez que são deixadas de lado aquelas questões que caracterizam o debate meramente formalista e acessório. Em cada artigo, verifica-se particular empenho na busca por respostas - ainda que provisórias - para a solução prática de problemas sobre direitos humanos e fundamentais, ética, desenvolvimento humano e meio ambiente.

Na seção destinada à contribuição do Programa de Pós-graduação em Direito da Unoesc, foram agregados três artigos: Identidade, gênero e violência: reflexões contemporâneas, Teoria da ponderação de Robert Alexy no fornecimento de fármaco em fase experimental e Haitianos no Sul do Brasil: reflexões à luz do mundo do trabalho. Essa interlocução entre a graduação e a pós-graduação enriquece o debate, proporcionando trocas no que se refere aos relatórios utilizados, bibliografias e argumentos.

Por fim, na edição deste ano contamos com uma seção destinada à arte literária. O egresso Guilherme Balestrin Sari nos brinda com cinco crônicas, nas quais são apresentadas reflexões sobre tempo, vida, felicidade, amor, poder, luta e julgamento.

Ótima leitura a todos!

Os organizadores.



**ARTIGOS ELABORADOS POR  
DISCENTES E DOCENTES DO CURSO  
DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DA UNOESC, *CAMPUS JOAÇABA***





# INSTRUMENTOS DE EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO FISCAL E POSSIBILIDADE DE PROTESTO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA

Ana Carolina Basquera Betiolo\*  
Hewerstton Humenhuk\*\*

**Resumo:** O principal meio de cobrança dos créditos públicos pela Fazenda Pública é por meio da ação de execução fiscal, regulamentada pela Lei n. 6.830/1980 e subsidiariamente pelo Código de Processo Civil. Ocorre que, o meio judicial de cobrança não está respondendo às necessidades do Estado e da sociedade, porquanto a recuperação dos créditos públicos é baixa em relação aos valores devidos à Fazenda Pública, além do mais, a legislação não vem acompanhando as modificações ocorridas na sociedade, o que dificulta o êxito da cobrança mediante a execução fiscal. Em busca da efetividade, apresentam-se mecanismos capazes de aumentar a eficiência da cobrança por intermédio do poder judiciário, sem prejuízo dos direitos fundamentais a todos os assegurados. Como meio alternativo e extrajudicial, a Lei n. 12.767, de 27 de dezembro de 2012, incluiu o parágrafo único no art. 1º da Lei de Protestos (Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 2010), possibilitando o protesto da certidão de dívida ativa. O referido meio é considerado um instrumento de coerção indireta do executado ao pagamento da dívida, revestido de publicidade, uma vez que o inadimplemento gera grande repercussão com inclusão do nome em lista de proteção ao crédito, acarretando no pagamento e consequente aumento da recuperação dos créditos públicos.

**Palavras-chave:** Execução fiscal. Efetividade. Protesto.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980 – Lei de Execução Fiscal – regula o rito processual de cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa da

---

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

\*\* Mestre em Direitos Fundamentais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis; Professor do Curso de Pós-graduação em Direito Administrativo da Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí; Professor do Curso de Pós-graduação em Gestão e Direito Público da Universidade do Oeste de Santa Catarina; hewerstton@gmail.com

União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias. Por meio do Poder Judiciário, a Fazenda Pública busca, com o patrimônio do executado, bens suficientes para o pagamento do crédito público, este inscrito em certidão de dívida ativa, que serve como fundamento para a cobrança, pois é título executivo extrajudicial e goza de presunção de certeza e liquidez.

Para que o Estado consiga atingir seus objetivos constitucionais, é indispensável a contribuição dos membros da sociedade mediante o pagamento de impostos. Essa relação ancora-se no princípio da capacidade contributiva que determina que o dever de contribuir deve ser na medida da capacidade de cada um, ou seja, de acordo com a aptidão econômica de cada contribuinte.

Insta salientar que a chamada cidadania fiscal implica o direito de cada contribuinte exigir dos demais que paguem os tributos devidos. Porém, a ausência de coação efetiva em decorrência da debilidade na fiscalização e na aplicação da norma tributária, permite o descumprimento das obrigações fiscais por aqueles que têm mais possibilidades de fazê-lo.

Diante da situação, apesar dos esforços empreendidos, o Estado não está oferecendo uma prestação jurisdicional rápida e eficaz, motivo pelo qual o processo de execução fiscal está em crise e necessita de instrumentos para tornar mais eficiente a recuperação dos créditos públicos.

Ademais, a lei de execução fiscal não vem acompanhando as modificações ocorridas na sociedade, o que dificulta a efetividade da cobrança por intermédio da ação de execução fiscal, sendo necessárias alterações e interpretação atualizada para alcançar a sua efetividade, além de outros instrumentos que contribuam para o êxito da cobrança.

## **2 DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À EXECUÇÃO FISCAL**

O processo de execução fiscal, disciplinado pela Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, e subsidiariamente pelo Código de Processo Civil, é espécie de

execução de título extrajudicial, representada por certidão de dívida ativa, que busca a satisfação do crédito público.

De acordo com Greco (2005) “[...] o processo não apenas deve produzir resultados justos, ele mesmo deve ser um meio justo, desenvolvendo-se com respeito à dignidade humana, de acordo com uma série de regras e princípios que compõem as garantias fundamentais do processo e que se sintetizam na cláusula do devido processo legal.”

Dessa maneira, como qualquer arcabouço legislativo, a execução fiscal possui princípios que orientam, controlam e elucidam seus procedimentos e institutos. Ademais, asseguram as demandas de proporcionalidade e razoabilidade, visando a uma real e concisa interpretação jurídica.

## 2.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O contraditório é considerado direito fundamental, consagrado na Constituição Federal nos termos do art. 5º, inciso LV, ao prever que “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, retrata Gonçalves (2001, p. 127):

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre a matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, ou seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

Importante ressaltar que o contraditório no processo de execução fiscal não se limita ao manejo de objeção de pré-executividade ou à oposição de embargos à execução, instrumentos de defesa por excelência nesse procedimento. Atualmente, é muito recorrente a utilização de defesas heterotópicas, configuradas

pela sua autonomia em face da execução fiscal, como é o caso da ação anulatória e do mandado de segurança. Encontra-se inserido também, no que se refere ao diálogo entre as partes e o magistrado, constituindo uma relação direta com o princípio da cooperação (SILVA, 2015, p. 21).

Por fim, e ainda de acordo com Silva (2015, p. 22),

[...] a garantia do contraditório no processo de execução não impõe a existência de discussão de mérito quanto à juridicidade do título. Na execução, o mérito é a satisfatividade do crédito exequendo. A suscitação de dúvida quanto à sua constituição regular é apenas permitida pelos meios de defesa do executado, quando, então, o magistrado promoverá o juízo de cognição cabível.

## 2.2 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE OU DO RESULTADO

Acerca dos desdobramentos do princípio da efetividade ou do resultado, Silva (2015, p. 22) leciona:

O processo de executivo tem por finalidade satisfazer o crédito do exequente em decorrência do inadimplemento do devedor. Ele pressupõe a existência de um crédito líquido, certo, exigível e provado por meio de um título executivo. Pressupõe, portanto, a certeza e liquidez do direito do credor, além da sua exigibilidade, o que justifica que a execução deva se realizar no interesse do credor, com fins à célere e eficaz satisfação do seu direito.

Na execução fiscal tem plena incidência o princípio da efetividade ou do resultado que decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. A garantia da efetividade condiciona a atividade jurisdicional, impondo ao Estado a prestação da tutela judicial dos direitos de forma efetiva e adequada (SILVA, 2012, p. 12).

A realização concreta do princípio da efetividade da tutela executória depende também da existência de um processo de execução que se desenvolva em

tempo razoável, sem dilações indevidas, a fim de alcançar a efetiva tutela concreta dos direitos.

Afinal, como recorda Ramos (2008, p. 132) “[...] o núcleo essencial da garantia da duração razoável do processo é o tempo necessário para assegurar o exercício do direito de defesa e a cognição adequada do juiz.”

### 2.3 PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE

O princípio da menor onerosidade encontra-se inserido no art. 805 do Novo Código de Processo Civil, que dispõe que “[...] quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.”

Assegura ao executado o direito de cumprir a sua obrigação da maneira menos onerosa possível. No entanto, deve-se buscar o equilíbrio do princípio da menor onerosidade com o princípio da efetividade ou resultado, para não frustrar o direito do exequente, tampouco sacrificar o patrimônio do executado, além do estritamente necessário para o cumprimento da sua obrigação.

Em consonância, Silva (2015, p. 26) diz que “[...] é preciso recorrer à máxima de que os princípios não se excluem reciprocamente, mas devem ser compatibilizados, no que se intitula, no âmbito da hermenêutica constitucional, princípio da harmonização ou concordância prática.”

### 2.4 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

O princípio da responsabilidade patrimonial encontra-se estatuído nos artigos 789 do Novo Código de Processo Civil e 30 da Lei de Execução Fiscal, nos seguintes termos:

Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Art. 30. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo

pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis.

No mesmo sentido, Silva (2015, p. 27) afirma que:

A execução tem por escopo a satisfação do crédito exequendo por meio do patrimônio do executado, seja de forma voluntária (pagamento dentro do prazo legalmente previsto), seja de maneira compulsória (através de constrição de bens do executado). Não há, por ser repugnado no ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade de cobrança de crédito diretamente por meio da própria pessoa do executado (ex.: serviços forçados), devendo se restringir ao patrimônio do executado.

Quanto ao patrimônio, não se restringe ao meramente material, mas também a bens imateriais, desde que demonstrado o caráter de patrimônio econômico e não afete os direitos fundamentais do executado (v.g., constrição do direito à marca). Além disso, a responsabilidade patrimonial, de acordo com o artigo 591 do Código de Processo Civil, abrange os bens presentes e futuros à propositura do executivo (SILVA, 2015, p. 28).

## 2.5 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Acerca do princípio da boa-fé, Neves (2014, p. 937) salienta que:

Como ocorre no processo de conhecimento e cautelar, também na execução, é exigido das partes o respeito de lealdade e boa-fé processual, sendo aplicáveis as sanções previstas nos artigos 14, 17 e 18 do Código de Processo Civil. De maior interesse, porque se trata de normas específicas à execução, os artigos 600 e 601 do CPC, com previsão dos chamados atos atentatórios à dignidade da justiça.

Tal princípio vem encartado no art. 14, inciso II, do CPC e trata-se de uma cláusula geral que objetiva disciplinar o comportamento de todos os envolvidos no processo, não apenas as partes. O referido princípio, ademais, permite inferir a proibição de condutas que contrariam a expectativa normal de boa-fé, como *venire contra factum proprium*, que configura adoção de posturas contraditórias e desleais no processo (SILVA, 2015, p. 30).

## 2.6 PRINCÍPIO DO DESFECHO ÚNICO

A execução fiscal tem por finalidade a busca pela satisfação do crédito exequendo, de modo que, qualquer outro desfecho não teria a realização concreta do direito substancial. Porém, de acordo com Câmara (2006, p. 150):

Sua existência independe da existência do direito substancial. Pode ocorrer a instauração legítima da atividade executiva sem que o demandante seja titular do direito material afirmado. Demonstrada a inexistência de tal direito, deve ser extinta a execução, sem que haja tal acertamento, porém, a execução chegará até seu desfecho final, que é a satisfação do crédito exequendo.

Destarte, caso a execução seja extinta por qualquer outro motivo que não o pagamento da dívida pelo executado, estar-se-á diante de desfecho anômalo do processo. O mesmo se diga em outras situações em que o resultado final favoreça o devedor (SILVA, 2015, p. 31).

O princípio do desfecho único gera consequências no processo executivo, porquanto permite ao exequente desistir da execução, sem o consentimento do executado, de acordo com o art. 775 do Novo Código de Processo Civil, que dispõe que o credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas, dando brecha ao surgimento de um novo princípio no módulo executivo intitulado indisponibilidade.

## 2.7 PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE

O princípio da disponibilidade, específico do módulo executivo, encontra fundamento no art. 659 do CPC, segundo o qual a desistência da execução poderá se operar independentemente do consentimento do executado mesmo após a oposição dos embargos à execução (SILVA, 2015, p. 32).

Sobre o assunto, Neves (2014, p. 935) destaca que:

Caso os embargos versem sobre matéria meramente processual, [...] a extinção dos embargos à execução é uma conclusão lógica da desistência da ação de execução, considerando-se que no eventual acolhimento da matéria aduzida o embargante conseguiria uma sentença terminativa do processo de execução, exatamente aquilo que já obteve com a homologação da desistência de tal processo.

Por outro lado, caso os embargos versem sobre matéria de mérito, [...] a extinção dos embargos está condicionada à concordância do embargante. A razão para condicionar a extinção dos embargos à concordância do embargante é nítida: tratando-se de matérias de mérito é possível vislumbrar interesse na continuação dos embargos, com a obtenção de sentença de mérito a seu favor, que demonstraria a inexistência do direito material do embargado.

Além do mais, importante ressaltar que, conforme Súmula n. 153 do Superior Tribunal de Justiça, “A desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos da sucumbência.” (BRASIL, 1996).

## 2.8 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Uma das alterações trazidas pela Lei n. 11.232, de dezembro de 2005, foi a exclusão da autonomia da execução de sentença condenatória, inaugurando o que se intitulou processo sincrético, não havendo mais processo de execução autônomo, mas mera fase de cumprimento de sentença (SILVA, 2015, p. 33).

Câmara (2006, p. 8) comenta acerca da alteração:

O novo modelo, porém, não extingue (nem poderia fazê-lo) o processo de execução. Este continua a existir como figura autônoma em pelo menos dois casos: quando o título executivo é extrajudicial, caso em que a execução se desenvolve sem que tenha havido prévia atividade jurisdicional cognitiva e quando o título executivo é judicial, mas a execução não pode ser mero prolongamento da atividade cognitiva, como se dá, por exemplo, no caso de execução de sentença arbitral.

Como se depreende, tais alterações não retiraram a autonomia da execução fiscal por ser espécie de execução de título extrajudicial, representada por Certidão de Dívida Ativa, cuja regulamentação ocorre pela Lei de Execução Fiscal e subsidiariamente pelo Código de Processo Civil, concluindo que o princípio da autonomia, o qual determina a separação das atividades jurisdicionais em momentos processuais distintos, continua plenamente aplicável à execução fiscal (SILVA, 2015, p. 34).

## 2.9 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O princípio da cooperação, segundo Silva (2015, p. 34), “[...] vincula a ideia de que os agentes do processo (juiz e partes) devem atuar de maneira colaborativa, com vistas a assegurar a isonomia.”

Além do mais, a atuação do Estado-Juiz deve ser capaz de efetivar, entre outros, os princípios do contraditório e da boa-fé e, no caso das partes, possuem o dever de lealdade e ética processual, de modo a aprimorar o diálogo e a assegurar um termo justo a lide (SILVA, 2015, p. 34).

Didier Júnior (2012, p. 58) cita duas situações nas quais incide tal princípio:

O executado tem o dever de indicar bens à penhora (art. 600, IV, CPC). [...] deve o juiz advertir ao executado, antes de puni-lo, de que seu ato pode vir a caracterizar-se como atentatório à dignidade da jurisdição (art. 599, II, do CPC); perceba que se trata de uma conduta compatível com o dever de prevenção.

Nessa diretriz, conclui-se que para legitimar o processo e o procedimento não basta a observância formal de suas regras, mas, sim, a efetivação material capaz de atender à finalidade social do processo moderno.

### 3 EXECUÇÃO FISCAL EM CRISE

De acordo com Campos (2009, p. 27) “[...] a maioria dos Estados configura-se como Estado Fiscal, ou seja, suas necessidades financeiras são satisfeitas por meio de arrecadação de impostos (receitas derivadas), pagos pelos cidadãos.”

Em contrapartida, é direito do cidadão ser informado sobre a origem e a aplicação dos recursos públicos, fiscalizando a transformação dos tributos pagos em obras e serviços de qualidade, o que configura a chamada cidadania fiscal.

O custo de um Estado que tem como premissa a liberdade e como valor fundamental a dignidade da pessoa humana deve ser suportado por todos os seus membros. Essa é a ideia de cidadania fiscal, que se materializa no dever fundamental de pagar impostos (CAMPOS, 2009, p. 28).

No mesmo sentido, Torres (2008) expõe que

A arrecadação de receitas possibilita ao Estado dispor dos meios para traduzir para o cotidiano do cidadão os direitos abstratamente consignados na Constituição Federal. Os tributos correspondem à principal fonte de receita do Estado Moderno e deles sociedade alguma pode prescindir, sob pena de restarem desatendidas as prementes necessidades dessa mesma sociedade.

Destarte, entende-se que, para que o Estado consiga atingir seus objetivos constitucionais, é indispensável a contribuição dos membros da sociedade mediante o pagamento de impostos. Essa relação ancora-se no princípio da capacidade contributiva que determina que o dever de contribuir deve ser na medida da capacidade de cada um, ou seja, de acordo com a aptidão econômica de cada contribuinte.

Tal princípio representa, no âmbito tributário, a concretização do princípio da igualdade, e seu campo de atuação não pode ser limitado ao momento de elaboração da norma tributária. É preciso garantir a igualdade também na aplicação da lei (fiscalização adequada e igualitária de todos os grupos de contribuintes) e na execução do crédito tributário (cobrança) (CAMPOS, 2009, p. 32).

Nesse sentido, leciona Nabais (2004, p. 36):

Podem ser identificadas duas dimensões do princípio da capacidade contributiva: a dimensão negativa, como o direito de cada cidadão de não pagar além da sua capacidade econômica, um direito fundamental caracterizado pela função de defesa que impõe ao Estado o dever de abstenção; e a dimensão positiva, como o direito de exigir que os outros cidadãos também contribuam para o sustento do Estado, de acordo com a sua capacidade.

Acerca da dimensão positiva, insta salientar que a cidadania fiscal implica o direito de cada contribuinte exigir dos demais que paguem os tributos devidos. Porém, a ausência de coação efetiva em decorrência da debilidade na fiscalização e na aplicação da norma tributária, permite o descumprimento das obrigações fiscais por aqueles que têm mais possibilidades de fazê-lo.

Como última etapa da relação jurídica tributária e em aplicação do princípio da igualdade, a execução fiscal constitui um instrumento para impor coercitivamente o pagamento de tributos àqueles que não cumprem voluntariamente seus deveres legais.

Entretanto, Campos (2009, p. 38) informa sobre a ausência de efetividade na cobrança por meio da execução fiscal:

A ineficiência da recuperação do crédito público viola direitos dos contribuintes que honram suas obrigações fiscais e desequilibra a distribuição da carga tributária entre os cidadãos. A ausência de efetividade na cobrança constitui conduta contrária ao ordenamento constitucional, pois infringe os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, lesando não apenas ao Estado, mas a todos os cidadãos que cumpriram suas obrigações fiscais.

Ainda, Campos (2009, p. 40) afirma que:

A carga fiscal imposta pelo Estado brasileiro é considerada muito alta para um país em desenvolvimento. Ademais, em razão da qualidade insuficiente dos serviços públicos de saúde e de educação, entre outros, a população de classe média, que suporta boa parte da carga fiscal, não recorre a eles. Destarte, a resistência ao pagamento dos tributos será maior na medida em que os contribuintes não identifiquem a utilidade de suas prestações.

Diante da situação apresentada, é absolutamente necessário buscar a efetividade na recuperação dos créditos públicos, não apenas para arrecadar recursos para o Estado, mas principalmente para promover a igualdade entre o contribuinte que honra suas obrigações fiscais e o inadimplente.

Em um Estado Democrático de Direito, é inadmissível que uns contribuam, muitas vezes à custa de bastante esforço e suor, para a manutenção e o desenvolvimento desse mesmo Estado e da sociedade que o compõe, enquanto outros escapam ilesos às normas de tributação que, em tese, deveriam sobre todos incidir com a mesma força e eficácia (MOURA, 2015, p. 25).

Segundo documento intitulado *A PGFN em números*, divulgado no site da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, o percentual de êxito das execuções fiscais no ano 2011 foi de 1,37% e em 2010, cerca de 0,62%.

No mesmo sentido, fornecido pelo Conselho Nacional de Justiça, o documento *Justiça em Números 2010* indicou que na esfera Estadual o percentual de processos de execução fiscal em relação ao total de processos de execução em trâmite na Justiça Estadual de 1º grau alcançou 81,6%. Já no âmbito Federal, o percentual de processos em relação ao total de processos de execução em trâmite na Justiça Federal de 1º grau é de 80,4%.

Ainda, segundo estudo elaborado no ano 2011 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), considerando o número total de processos em curso na Justiça Federal, as execuções

fiscais promovidas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional correspondiam ao percentual de 50,3%.

O custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na Justiça Federal é de R\$ 5.606,67. O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de 25,8%.

Tais dados demonstram a crise em que se encontra o modelo tradicional de recuperação do crédito público por intermédio do processo judicial de execução fiscal e a necessidade de buscar meios eficazes para a cobrança dos créditos públicos.

De acordo com Moura (2015, p. 24),

É necessário repensar a execução fiscal como instrumento de recuperação de créditos. O modelo que temos hoje claramente não responde às necessidades do Estado e da sociedade, haja visto a baixa recuperabilidade dos créditos fiscais. Seja por meio da execução fiscal administrativa (EFA) ou da completa reformulação da Lei nº 8.630/80 (Lei das Execuções Fiscais), a execução fiscal precisa se tornar efetivamente o meio de igualar o sonegador ao contribuinte honesto e bom pagador.

No mesmo sentido, corrobora Campos (2009, p. 44):

[...] a recuperação do crédito público revela-se insatisfatória. Além dos problemas relativos à ultrapassada legislação e à cultura jurisprudencial brasileira, responsáveis em grande medida pela ineficiência do processo de execução fiscal, questões de ordem político-administrativa também são decisivas para que a recuperação do crédito tributário não seja efetiva.

Destarte, é de suma importância que a execução fiscal seja funcional e eficiente, porquanto é o principal meio utilizado pela Fazenda Pública para recuperação dos créditos públicos que financiam o Estado.

## 4 MÉTODOS PARA O APERFEIÇOAMENTO DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO FISCAL

Como visto, a ação de execução fiscal é um processo que demanda alto custo material e de tempo para a Fazenda Pública e, muitas vezes, não alcança seu objetivo, motivo pelo qual buscar instrumentos de efetividade para a cobrança de créditos é medida auxiliar e eficaz.

Sobre a necessidade de aperfeiçoamento da cobrança por meio da execução fiscal, leciona Greco (2001, p. 214), que

[...] o desafio que a execução apresenta aos juristas de nosso tempo é o de abandonar uma atitude meramente contemplativa e conformista de sistematização exegetica do ordenamento existente, em busca de novos paradigmas que sirvam de fundamentos para construção de um novo sistema normativo, para que num futuro não distante a execução se torne instrumento efetivo e célere da mais ampla satisfação de qualquer tipo de crédito, com a menor onerosidade possível para o devedor, sempre assegurado o respeito integral às garantias processuais dos direitos fundamentais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

### 4.1 INVESTIMENTO NAS PROCURADORIAS

Inicialmente, é necessária uma mudança no serviço público das procuradorias responsáveis pela administração e cobrança da dívida ativa, com emprego de meios materiais e humanos suficientes para o desenvolvimento de seus objetivos, a fim de atuar com padrões de excelência.

Sobre a deficiência encontrada nas Procuradorias, Silva (2012, p. 19) relata:

Também é necessário capacitar e conscientizar servidores e procuradores da necessidade de não encarar os contribuintes e seus advogados como se fossem adversários ou inimigos, tratando-os como pessoas merecedoras de igual respeito e consideração. Enormes filas, agendamentos burocráticos e demorados, falta de cordialidade e de profissionalismo ainda estão muito presentes no dia a dia das repartições públicas fazendárias.

Importante ressaltar que em muitas procuradorias não há um setor responsável exclusivamente pela dívida ativa, serviço que é desenvolvido pelos servidores do setor tributário, o que dificulta a cobrança dos créditos públicos e pode acarretar a não inscrição da dívida ativa no prazo, a não realização da cobrança do prazo de cinco anos ou, ainda, o ajuizamento da execução fiscal em vias de prescrição.

No caso da demora no ajuizamento da execução contra empresas, leciona Campos (2009, p. 51-52),

Nos casos em que a empresa não mais existe e em que não há bens para penhorar, a Fazenda requer o redirecionamento da execução fiscal contra os administradores da sociedade (diretores, gerentes et al). Somente nessas hipóteses, em que se verifica a dissolução irregular da pessoa jurídica, o Judiciário admite a responsabilização do sócio-gerente, mas dificilmente este possui bens em seu nome suficientes à satisfação do crédito.

Acerca de possíveis soluções, Alves (2012, p. 13) explana:

[...] é mesmo possível que a falta de efetividade das execuções fiscais decorra de déficits de formação dos agentes e mesmo de limitações de estrutura das instituições envolvidas. Em tais casos, os mecanismos para dar efetividade à execução fiscal podem tomar variadas formas, como: a promoção de cursos, seminários e eventos acadêmicos em geral; o incentivo ao diálogo permanente sobre questões voltadas aos problemas das execuções fiscais por meio de fóruns permanentes de debate com a participação de agentes de diferentes órgãos e entes do Estado e de representantes da sociedade civil; o aumento do número de servidores e de instalações voltadas à arrecadação administrativa e judicial etc.

#### 4.2 PRIORIZAÇÃO DOS GRANDES DEVEDORES

A insuficiência na cobrança mediante a execução fiscal de devedores com dívidas baixas e sem condições financeiras de pagar o débito ou, até mesmo,

de efetuar o parcelamento indica que devem ser priorizadas as demandas com créditos de elevado valor.

Em busca da efetividade da execução fiscal, a solução seria a criação de núcleos especializados na recuperação de grandes créditos, com tratamento mais cuidadoso e detalhado das execuções de grande repercussão econômica.

#### 4.3 DESJUDICIALIZAÇÃO DA PESQUISA PATRIMONIAL E INTERRUPTÃO ADMINISTRATIVA DA PRESCRIÇÃO

Segundo as estatísticas das pesquisas mencionadas, a quase totalidade das ações de execução fiscal não alcançam seus objetivos expropriatórios, com índice inferior a 2% de recuperação dos créditos da Fazenda Pública. O principal motivo da ineficiência ocorre pela não localização do devedor ou de seus bens, o que acarreta a suspensão do processo e posterior arquivamento administrativo.

Mesmo sem dados pessoais do devedor e endereço atualizado, a Fazenda Pública encaminha execuções fiscais ao Poder Judiciário com o intuito de interromper a prescrição, o que poderia ser solucionado com a reforma legislativa e a alteração da interrupção da prescrição com a simples intimação administrativa do devedor, sem a necessidade de ajuizamento de ação sem os dados necessários para sua efetividade.

Intimado o devedor administrativamente e suspensa a prescrição, necessário seria a imposição ao devedor da indicação de bens passíveis de penhora e onde se localizam, sob pena de multa, a fim de garantir o valor do débito devido à Fazenda Pública,

De acordo com Silva (2012, p. 20), “[...] o ajuizamento da execução somente poderia ocorrer mediante a indicação de bens ou a demonstração de algum nível de viabilidade da cobrança, evitando-se o desperdício de recursos que, além de escassos, poderiam ser realocados para o atendimento de outras necessidades primárias da população.”

As Procuradorias, após receber os devidos investimentos, deveriam contar com um cadastro de dados atualizados dos devedores, o que não ocorre. Não há dados suficientes para a eficiência da cobrança por meio da execução fiscal, bem como não há interesse nos servidores em buscar as informações necessárias para aperfeiçoar a cobrança dos créditos públicos.

Além do mais, interessante seria a possibilidade de acesso por meio eletrônico às informações do cartório de registro de imóveis, sem a necessidade de a Fazenda Pública expedir ofício toda vez que pretender conhecer a existência de imóveis em nome do executado.

#### 4.4 SISTEMA NACIONAL DE LEILÕES JUDICIAIS

Quando um bem é levado à alienação judicial e não há licitantes interessados em arrematá-lo, ocorre o “leilão negativo” que representa a inutilidade dos procedimentos e diligências realizadas no curso da execução fiscal, como penhora, avaliação, intimação, entre outras.

Em busca do resultado positivo, corrobora Silva (2012, p. 21):

Para minorar os riscos de não concorrerem licitantes na fase de expropriação do bem, é necessário criar um Sistema Nacional de Leilões Judiciais, de modo que se dê conhecimento amplo dos bens que estão sendo alienados, como também para que se viabilize que qualquer pessoa possa oferecer seu lance pela rede mundial de computadores. Quanto maior a publicidade e a facilidade na arrematação, tanto maior tenderá a ser o número de licitantes, aumentando-se as possibilidades de que o leilão encontre resultado positivo e, assim, seja satisfeito o crédito.

#### 4.5 APERFEIÇOAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

Em complemento aos mecanismos voltados para a procuradoria e para o devedor, o Poder Judiciário deve realizar suas funções com moralidade, eficiência e efetividade a fim de aperfeiçoar o sistema.

Diante de tal dever, podem ser feitos mutirões com o intuito de dar andamento nos processos de execução fiscal e aumentar as chances de recuperar os créditos públicos. Quando são intimados para comparecer ao judiciário, os devedores procuram quitar seu débito ou efetuar o parcelamento para que não ocorra a penhora de bens.

#### 4.6 DESJUDICIALIZAÇÃO

O procedimento integralmente judicial contribui com a demora na cobrança dos créditos públicos e gera custos ao erário, de acordo com Harada (2007, p. 47), “Atentando para o fato de que se leva meses para simples juntada de petição aos autos, outros meses, às vezes anos, para a substituição de bem apenhado, vê-se que nenhum sistema jurídico, por si só, será capaz de conferir eficiência ao processo de execução fiscal.”

A desjudicialização, conforme Campos (2009, p. 58), “[...] revela-se mais racional, já que é pouco produtora (ou mesmo ilógica) abarrotar o Judiciário com procedimentos administrativos, diminuindo-lhe ainda mais a capacidade de atender às demandas materialmente jurisdicionais a ele submetidas.”

A cobrança administrativa contribui para a celeridade na recuperação dos créditos públicos. Em favor à celeridade, Campos (2009, p. 55) alude:

A celeridade pode ser considerada como um dos fatores determinantes para o sucesso da cobrança, porque a demora permite a alienação do patrimônio do executado e dois responsáveis legais e o encerramento das atividades da empresa (muitas vezes com a constituição de outra para desempenhar a mesma atividade, não raro com a utilização de “laranjas”), dificultando a localização do devedor e seus bens.

Importante salientar que por intermédio de autorização legislativa expressa, a administração ficaria responsável pela prática de atos executivos, reservando ao judiciário a prática de alguns atos em que a imparcialidade se mostra fundamental, bem com o controle judicial dos atos administrativos praticados.

## 5 POSSIBILIDADE DE PROTESTO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA

O protesto é um mecanismo jurídico de cobrança, definido no art. 1º da Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997 – Lei de Protesto – nos seguintes termos: “Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.” (BRASIL, 1997).

Do artigo supramencionado verifica-se que o protesto se limitava à cobrança de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida, sem especificar a possibilidade do protesto da Certidão de Dívida Ativa, título extrajudicial.

Em reiteradas decisões, o Poder Judiciário firmou entendimento que o protesto da Certidão de Dívida Ativa era desnecessário, uma vez que a Lei de Execução Fiscal prevê a utilização da Execução Fiscal para cobrança de créditos públicos, e a Certidão de Dívida Ativa já possui liquidez, certeza e exigibilidade, finalidade do protesto.

Nesse viés, o Poder Judiciário acabava por romper com o princípio da autonomia dos poderes, disposto no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe que “[...] são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o Executivo e o Judiciário”, bem como o princípio da imparcialidade, pois não possui competência para determinar se o meio de cobrança extrajudicial, por meio do protesto, é necessário ou desnecessário para a Fazenda Pública.

Diante das controvérsias e da omissão legislativa, a Lei n. 12.767, de 27 de dezembro de 2012, alterou a Lei n. 9.492/97 (Lei de Protesto) e inseriu o parágrafo único no artigo 1º, o qual incluiu entre os títulos sujeitos de protesto, as certidões de dívida ativa da União, Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas, nos seguintes termos, “Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.”

Diante da alteração legislativa, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) modificou seu posicionamento e passou a admitir o protesto de dívida ativa como um meio alternativo da Fazenda Pública para cobrança de tributos, conforme Recurso Especial n. 1126515/PR:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O “II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO”. SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980. 2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas “entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas”. 3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão. 4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto, instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariiformes para abranger todos e quaisquer “títulos ou documentos de dívida”. Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais. 5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado. 6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública. 7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial

de cobrança de dívida, carece de legitimação, por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e da imparcialidade. 8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito. 9. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial. 10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o “Auto de Lançamento”, esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo. 11. A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto, decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (e.g., DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento, etc.). 12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve “surpresa” ou “abuso de poder” na extração da CDA, uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que o preenchimento e entrega da DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio. 13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional, mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto. 14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”, definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a “revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo”. 15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares. 16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (ini-

ciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação - naturalmente adaptada às peculiaridades existentes - de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços). 17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ. (BRASIL, 2013).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceu a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE PROTESTO C/C DANOS MORAIS E MATERIAIS. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. POSSIBILIDADE DE PROTESTO. COMPETÊNCIA DISTINTA E ABSOLUTA DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DE CRICIÚMA EM RAZÃO DA MATÉRIA. SENTENÇA QUE NÃO CONHECEU DOS PEDIDOS RELATIVOS AOS DANOS MORAIS E MATERIAIS, MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional, mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto. 14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”, definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a “revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo”. 15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares. 16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor

absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação - naturalmente adaptada às peculiaridades existentes - de conceitos e institutos jurídicos e extraju [...]) (BRASIL, 2014).

Dessa maneira, embora a Lei de Execução Fiscal e o Código de Processo Civil atribuam exequibilidade à Certidão de Dívida Ativa, qualificando-a como título executivo extrajudicial, apto a viabilizar o ajuizamento da Execução Fiscal, mostra-se imprescindível a possibilidade do protesto, porquanto a Fazenda Pública necessita de métodos alternativos e extrajudiciais para satisfação de sua pretensão creditória.

Além do mais, o Poder Judiciário habitualmente extingue as Execuções Fiscais de “baixo valor”, assim consideradas aquelas com débito inferior a um salário mínimo, por suposta falta de interesse de agir, considerando a desproporção entre o valor do débito e o custo material oriundo do Processo de Execução Fiscal, o que acarreta prejuízo à Administração Pública que deixa de receber tais valores.

Em benefício à Fazenda Pública, o protesto constitui um instrumento de coerção indireta do executado ao pagamento da dívida e é revestido de publicidade, uma vez que seu inadimplemento gera repercussão nas relações sociais, civis e comerciais do devedor por haver expressa permissão para a inclusão de nomes de devedores em listas de proteção ao crédito.

Encaminhada a Certidão de Dívida Ativa pela Fazenda Pública, título com obrigação líquida, certa e exigível, ocorrerá o apontamento do título, que é o seu lançamento no protocolo, com a conseqüente intimação do devedor para pagar a dívida, no prazo de três dias úteis. Ao término do prazo para pagamento, não satisfeita a obrigação, o protesto é lavrado.

Importante ressaltar que a Fazenda Pública deve possuir cadastro de contribuintes atualizados, seguros e eficientes a fim de evitar o protesto de débito viciado, capaz de gerar condenação por danos morais, em decorrência de constrangimento por protesto de título (Certidão de Dívida Ativa) maculado por vícios formais ou materiais.

Assim, a cobrança de créditos públicos, tanto superiores quanto inferiores a um salário mínimo, mediante o protesto da Certidão de Dívida Ativa, é um meio complementar para a Fazenda Pública resgatar seus créditos.

Além do mais, atende ao interesse coletivo, considerando que é um instrumento apto a inibir a inadimplência do devedor e contribui para a redução do número de executivos fiscais ajuizados, já que são extremamente caros, morosos e ineficientes, com objetivo de melhoria na prestação jurisdicional e preservação da garantia constitucional do acesso à justiça.

## **6 CONCLUSÃO**

Assim, não restam dúvidas de que deveria ser realizado o investimento nas procuradorias responsáveis pela administração e cobrança da dívida ativa, com emprego de meios materiais e humanos suficientes para dar atenção e efetividade na recuperação dos créditos; a priorização dos grandes devedores com a criação de núcleos especializados para tratamento cuidadoso e detalhado das execuções de grande repercussão econômica; a desjudicialização da pesquisa patrimonial a fim de consultar a existência de bens imóveis em nome do devedor; a interrupção administrativa da prescrição sem a necessidade de ajuizamento de ação sem dados necessários para sua efetividade; a criação de um sistema nacional de leilões judiciais para viabilizar que qualquer pessoa possa participar dos leilões pela rede mundial de computadores, diminuindo os leilões negativos; o aperfeiçoamento do poder judiciário com a realização de mutirões a fim de dar andamento nos processos de execução fiscal e, por fim, a desjudicialização para possibilitar o andamento mais rápido da cobrança.

Na esfera extrajudicial, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa, conforme a Lei de Protesto, constitui um instrumento de coerção indireta do executado ao pagamento da dívida. Além do mais, é revestido de publicidade, e o seu inadimplemento gera grande repercussão com inclusão do nome

em lista de proteção ao crédito, o que acarreta o pagamento e a recuperação dos créditos públicos.

Certo é que tanto os meios judiciais para a efetivação da cobrança por meio da execução fiscal quanto os meios extrajudiciais como o protesto da Certidão de Dívida Ativa são essenciais para que o Estado consiga atingir seus objetivos constitucionais, cabendo à Fazenda Pública a decisão de qual método utilizar, de acordo com as suas possibilidades.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Henrique Napoleão. *Um ensaio para a efetividade da execução fiscal*. 2012. 38 p. Monografia (Concurso de Monografia Jurídica que concede o Prêmio Ricardo Lobo Torres)–Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/concursodemonografiajuridica\\_premioricardolobotorres/monografias/Henrique-Napoleao-Alves.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/concursodemonografiajuridica_premioricardolobotorres/monografias/Henrique-Napoleao-Alves.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2016.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02 jul. 2016.

BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 set. 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6830.htm)>. Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 set. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9492.htm)>. Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.767, de 27 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; altera as Leis nos 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 11.508, de 20 de julho de 2007, 11.484, de 31 de maio de 2007, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.492, de 10 de setembro de 1997, 10.931, de 02 de agosto de 2004, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 dez. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12767.htm#art25](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12767.htm#art25)>. Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 04 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.126.515 – PR (2009/0042064-8)*. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgamento em 03 dez. 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1282022&num\\_registro=200900420648&data=20131216&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1282022&num_registro=200900420648&data=20131216&formato=PDF)>. Acesso em: 02 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 153*, de 08 de março de 1996. A desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos da sucumbência. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-153,2529.html>>. Acesso em: 26 set. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães. *Execução Fiscal e Efetividade*. Análise do modelo brasileiro à luz do sistema português. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números – 2010*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/apresentacaoWerner.pdf>> Acesso em: 02 ago. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 5.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas C. (Coord.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 211-286.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 287-316.

HARADA, Kiyoshi. Execução fiscal – exame do anteprojeto. *Revista Jurídica Consulex*, ano 11, n. 248, maio 2007.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN)*. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103\\_comunicadoipea127.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103_comunicadoipea127.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2016.

MOURA, Arthur. *Lei de execução fiscal*. Comentada e Anotada. Salvador: JusPO-DIVM, 2015.

NABAIS, José Casalta. *Estudos de Direito Fiscal – por um estado fiscal suportável*. Coimbra: Almedina, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *A PGFN em números – 2011*. Disponível em: <<http://www.pgfn.gov.br/noticias/PGFN%20Em%20Numeros%20-%202011.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2016.

RAMOS, Carlos Henrique. *Processo civil e o princípio da duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *AC 2013.01149-0*. Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz. Segunda Câmara de Direito Público. Julgamento em 25 nov. 2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20130114990>>. Acesso em: 02 out. 2016.

SILVA, Leandro Eduardo da. Princípios aplicáveis à execução fiscal. In: FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva; LIMA, Rodrigo Medeiros de (Coord.). *Execução Fiscal: Teoria, prática e atuação fazendária*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SILVA, Ronaldo Campos e. *Mecanismos para a efetividade da execução fiscal*. 2012. 28 p. Monografia–Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/concursodemonografiajuridica\\_premioricardolobotorres/monografias/Ronaldo-Campos-e-Silva.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/concursodemonografiajuridica_premioricardolobotorres/monografias/Ronaldo-Campos-e-Silva.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 15. ed. São Paulo: Renovar, 2008.



# AÇÕES AFIRMATIVAS: ANÁLISE DA CUMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ORIUNDAS DA LEI N. 12.711/2012 E DA LEI N. 12.990/2014 À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Bruna Prando Oligini\*  
Cristhian Magnus De Marco\*\*

**Resumo:** O presente artigo realiza uma análise a respeito da cumulação das políticas públicas de ações afirmativas concernentes ao acesso ao ensino superior público e ingresso no serviço público com exigência de nível superior, desenvolvendo o entendimento com base no conceito de ações afirmativas e sua evolução histórica, além de buscar os fundamentos do princípio da igualdade e sua relação direta com as políticas públicas de cotas raciais e os parâmetros e finalidades dos institutos do ensino superior e do serviço público. Para ser possível compreender a atuação das ações afirmativas baseadas no critério da raça, deve ser considerada toda a trajetória legislativa que abarca a questão, bem como merecem enfoque as normas anteriores que visavam reduzir a discriminação racial. Ademais, o artigo visa explicar os princípios e fundamentos do ensino superior, do serviço público e do concurso público, com o intuito de buscar parâmetros para posterior análise da questão controversa. Para solucionar a problemática, necessário o emprego do princípio da proporcionalidade, à medida que se trata do conflito entre o princípio isonômico e os deveres do Estado concernentes à efetivação de direitos de cada cidadão. Por meio do uso do referido princípio, constata-se que não há violação ao princípio da igualdade, haja vista que isoladamente as ações afirmativas para ingresso no ensino superior não são suficientes para sanar as desigualdades, bem como que a cumulação é válida, pois apenas haverá limites para aplicação do princípio isonômico caso o mecanismo venha a criar nova desigualdade. Por fim, importante ressaltar que para a efetivação integral dos deveres do Estado, necessária é a vinculação de ações afirmativas baseadas no critério da raça com o

---

\* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; bruna.oligini@gmail.com

\*\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; cristhian.demarco@unoesc.edu.br

critério da renda, para, assim, atender apenas à população negra de baixa renda, a qual necessita de maior proteção estatal.

**Palavras-chave:** Ação Afirmativa. Princípio da igualdade. Ensino superior. Serviço público. Princípio da proporcionalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Toda pessoa ao nascer possui direito a uma vida digna, pautada nos preceitos constitucionais, devendo o Estado buscar maneiras de proporcionar a toda a população a efetivação destes direitos, de modo a também atender os pilares fundamentais descrito na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, afastando toda e qualquer desigualdade existente no seio da sociedade e colocando em prática os preceitos do princípio da igualdade.

Neste íterim, visando buscar mecanismos que revertam a história da escravidão, a qual apresenta prejuízos até os dias atuais para a população negra, bem como para cumprir os objetivos fundamentais descritos na Constituição Federal, o Estado passou a implementar políticas públicas de ações afirmativas, baseadas no critério da raça, almejando conceder uma vida com mais qualidade a esta grande parcela da população que sofre discriminação.

O referido assunto, no âmbito da promoção do ensino, em especial o ensino superior, já foi amplamente discutido e levado diversas vezes aos tribunais superiores, de modo que se trata de um assunto já pacificado, como é o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF. Destaca-se que o intuito com este artigo não é reabrir a discussão, mas, sim, analisar questões atuais que possam envolver as políticas públicas estatais.

Todavia, em face do advento da Lei n. 12.990 no ano 2014, a qual concede reserva de vagas a negros no serviço público de âmbito federal, há dúvidas se a cumulação de ações afirmativas para ingresso em universidade pública e, posteriormente, no serviço público com exigência de nível superior, por um mesmo indivíduo, não reflete efeitos pejorativos ao princípio da isonomia.

Esta indagação embasa-se nos ideais do legislador originário que, ao instituir as ações afirmativas para ingresso no ensino superior, objetivou que ao término da graduação todos os indivíduos apresentariam a mesma capacidade intelectual e profissional, de modo que ao concluir o curso apresentariam condições e instruções semelhantes e suficientes para concorrer no mercado de trabalho.

Na segunda seção do presente artigo será enfatizada a origem das políticas públicas de ações afirmativas voltadas à inserção da população negra na sociedade, bem como será demonstrada a atuação da legislação brasileira acerca do referido assunto. A terceira seção explanará a atuação do princípio da igualdade, eis que é o pilar máximo que sustenta os ideais das ações afirmativas.

Por oportuno, na quarta seção será realizado um aprofundamento no contexto do ensino superior e do serviço público, demonstrando a atuação das ações afirmativas em ambas as temáticas. Posteriormente, será realizada uma análise do andamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41/DF, que trata da Lei n. 12.990/2014. Por fim, mas não menos importante, como a questão envolve conflito entre o princípio da igualdade e deveres do Estado, na sexta seção será abordado a respeito do princípio da proporcionalidade e se buscará a solução da situação por meio deste princípio.

## 2 AÇÕES AFIRMATIVAS

Esta seção apresentará, de maneira ampla, as origens das políticas públicas intituladas *ações afirmativas*, ao mesmo tempo em que será abordado o seu conceito.

Exposto isso, passa-se a explicar a respeito do seu desenvolvimento no Brasil, evidenciando-se as medidas federais de maior destaque adotadas com o intuito de reduzir as atuais desigualdades sociais existentes entre brancos e negros na sociedade.

## 2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Em um primeiro momento, antes de fazer referência à atuação em casos concretos das ações afirmativas, importante fazer um adendo acerca do seu surgimento. Destaca-se que a referência histórica desta política pública é relevante, pois apenas com uma análise dos seus motivos é que se poderá observar com maior atenção o cenário atual.

É por meio do conhecimento de uma perspectiva histórica que se poderá conhecer mais a fundo os pilares que instituíram as ações afirmativas, e somente por este caminho será possível obter a sabedoria necessária para criar uma linha de raciocínio coerente e condizente com os seus reais objetivos.

### 2.1.1 Origem das ações afirmativas

A ideia consistente em programas de ações afirmativas é algo que se encontra nas sociedades há muitos anos, porém, inicialmente, não havia o emprego do referido termo.

A terminologia ação afirmativa (*affirmative action*) foi adotada em meados da década de 1960, quando o então presidente John F. Kennedy, com o escopo de impor medidas que concedessem igualdade de oportunidades, bem como de erradicar as discriminações, expediu a Ordem Executiva n. 10.925 (*Executive Order n. 10.925*) (MENEZES, 2001, p. 87).

Os ideais norte-americanos para a implantar as ações afirmativas apontavam dois argumentos dominantes: a reparação e a justiça social (FERES JÚNIOR, 2006, p. 48). O primeiro termo fazia referência à época da escravidão, em que se almejava apagar as cicatrizes criadas pelo período. No que se refere à justiça social, foi utilizada como um mecanismo para criar uma situação de “bem-estar social”, na busca de valores como a igualdade e o reconhecimento.

Após, Lyndon B. Johnson, em 1963, promulgou o *Civil Right Acts*, consistente em um conjunto de normas e princípios pelos quais se proibiu a discrimi-

nação em locais públicos e a discriminação referente às concorrências no mercado de trabalho baseadas em raça, cor, sexo ou origem (MENEZES, 2001, p. 90).

Salienta-se que o traço característico deste Estatuto de Direitos Civis Americanos é a presença apenas de normas proibitivas, de maneira que seu texto não propunha medidas com o intuito de promover a integração e a diversidade, visando instituir parâmetros para prover o futuro, mas apenas medidas para impedir os atos discriminatórios (GOMES, 2001, p. 51-52).

Preceitua Menezes (2001, p. 92) que, ainda em face do movimento contrário, o presidente Johnson expediu a *Executive Order* n. 11.246, que se caracterizou como o fundamento para o surgimento das políticas governamentais posteriores.

O mais visível progresso quanto à implantação de ações afirmativas nos Estados Unidos ocorreu no Governo de Richard Nixon, quando este, em 1972, instituiu o Plano Filadélfia (SELL, 2002, p. 10). Nesse período ocorreu a modificação da legislação vigente, momento em que foi aceita a discriminação, desde que fosse interpretada em seu sentido inverso, de modo a integrar a população.

Todavia, ainda como advento de atos legislativos acerca do assunto, houve a discussão a respeito dos reais fundamentos da implantação destas políticas públicas. Destaca-se o entendimento do juiz Thomas E. Brennan, magistrado que julgou na Egrégia Corte Americana um dos primeiros casos envolvendo o assunto (*Regents of the University of California v. Bakke* – 1978), ao discorrer que o argumento da reparação funciona no sentido de promover aqueles que algum dia já foram prejudicados em razão do critério raça (FERES JUNIOR, 2006, p. 51).

Não obstante, o critério da recompensa não foi o único utilizado para justificar a aplicação práticas das ações afirmativas. Em sua decisão, o juiz Powell utilizou o critério da diversidade, argumentando que “[...] a diversidade na sala de aula é um interesse de estado imperativo (*compelling State interest*), pois contribui para a qualidade da experiência universitária na graduação e na pós-graduação.” (FERES JUNIOR, 2006, p. 53).

Com o passar dos anos, o Estado observou que para reduzir as desigualdades existentes na sociedade devem ser realizadas ações, com o intuito de evitar a neutralidade estatal (GOMES, 2001, p. 36).

Assim, para tentar reverter a desigualdade presente na sociedade, ao invés de implementar políticas públicas de que toda a população seria beneficiária, o Estado passou a destacar critérios de raça, cor ou sexo como fatores para embasar suas decisões, não com o intuito de prejudicar, pelo contrário, almejando evitar que a discriminação pejorativa com fundo histórico e cultural continue a avançar, de maneira a criar discriminações positivas (GOMES, 2001, p. 39).

Por esta razão, o instituto das ações afirmativas deixou de ser uma mera reflexão a respeito das desigualdades existentes e passou a ser algo mais prático, buscando a igualdade de oportunidades, por meio da imposição de cotas (GOMES, 2001, p. 39-40).

### **2.1.2 Visão geral da ocorrência das ações afirmativas no Brasil**

No Brasil, no que se refere às desigualdades sociais entre brancos e negros, as ações afirmativas também são compreendidas como políticas compensatórias, visando apagar o sofrimento histórico vivenciado pela população negra (SELL, 2002, p. 19).

Conforme descreve Gomes (2001, p. 44-45), no Brasil, as ações afirmativas apresentam dois cunhos distintos. De um lado, este instituto tem como escopo representar o reconhecimento da persistência e do caráter duradouro da prática de atos discriminatórios, os quais necessitam ser eliminados do seio da sociedade. Por outro lado, as ações afirmativas são entendidas como metas com de natureza cultural, voltadas à integração e à implantação do pluralismo e da diversidade.

Somente no Governo de Fernando Henrique Cardoso, no ano 1995, é que as discussões acerca da adoção das políticas públicas a respeito da criação de mecanismos para atenuar a discriminação e a desigualdade racial começaram a ser

contempladas (ZONINSEIN, 2004, p. 65). Percebeu-se neste período uma crescente consciência pública envolvendo a quebra da ideologia da democracia racial.

Não obstante, os programas de ações afirmativas somente vieram a ganhar visibilidade no Brasil a partir de 2002, em decorrência do grande número de universidades públicas que passaram a adotar o ingresso de estudantes afrodescendentes (ZONINSEIN, 2006, p. 63-64).

Muito embora as instituições de ensino superior tenham tomado as rédeas, por iniciativa própria, para a imposição de medidas integradoras com o intuito de erradicar as discriminações, isso não era suficiente. Necessário se fazia também o advento de uma política federal que atendesse à real necessidade da disparidade presente na sociedade brasileira, visando mais do que o acesso à educação superior, mas também aos demais direitos muitas vezes difíceis de serem alcançados pelas classes discriminadas.

Entretanto, antes de adentrar na aplicação deste instituto no Brasil, importante esclarecer pontos relevantes quanto ao real significado das ações afirmativas.

## 2.2 CONCEITO

O termo ação afirmativa, de maneira geral, é entendido como uma “[...] série de medidas destinadas a corrigir uma forma específica de desigualdade de oportunidades sociais: aquela que parece estar associada a determinadas características biológicas (como raça e sexo) ou sociológicas (como etnia e religião) [...]” (SELL, 2002, p. 15).

As políticas públicas instituidoras de ações afirmativas apresentam como função específica a promoção de oportunidades equivalentes para as pessoas vítimas de discriminação. “Seu objetivo é, portanto, o de fazer com que os beneficiados possam vir a competir efetivamente por serviços educacionais e por posições no mercado de trabalho.” (CONTINS, 1996, p. 210 apud MOEHLCKE, 2002, p. 201).

No Brasil, em relação às desigualdades sociais entre brancos e negros, as ações afirmativas também são entendidas como objetos de compensações aos maus tratos históricos a que os negros foram submetidos (SELL, 2002, p. 19).

Nestes termos, verifica-se que este instituto visa introduzir “[...] a idéia da necessidade de promover a representação de grupos inferiorizados na sociedade e conferir-lhes uma preferência a fim de assegurar seu acesso a determinados bens, econômicos ou não [...]” (MOEHLECKE, 2002, p. 200), visando afastar as desigualdades sociais da sociedade.

A implantação dessas ações constitui políticas públicas que objetivam corporificar o princípio constitucional da igualdade e neutralizar os efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem e de aspectos físicos (GOMES, 2001, p. 6-7).

As ações afirmativas são políticas públicas sociais eficazes, haja vista que almejam alcançar uma série de objetivos que não seriam auferidos apenas com estratégias públicas de combate às discriminações, por meio da imposição de ordenamentos proibindo as discriminações, uma vez que não basta proibir, pois também se faz necessário promover a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo, para que se proporcione uma alteração no comportamento e na mentalidade coletiva, pensamento este que se encontra moldado pela tradição, pelos costumes e pela história (GOMES, 2001, p. 132-133).

Salienta-se que essas medidas almejam combater as desigualdades herdadas pela população negra, as quais são oriundas não apenas da condição econômica, mas também da identidade racial dos indivíduos (ZONINSEIN, 2006, p. 72).

Em geral, tais instrumentos visam minimizar as desproporções sociais, criando mecanismos, principalmente, na área da educação e da carreira profissional, auxiliando as pessoas negras na inserção ao mercado de trabalho por meio de qualificação técnica e educacional.

## 2.3 AÇÕES AFIRMATIVAS E LEGISLAÇÃO FEDERAL

### 2.3.1 Marco inicial – o advento da Lei n. 12.288/2010

O texto constitucional, em seu artigo 3º, prevê os objetivos que fundamentam a República Federativa do Brasil, entre eles a erradicação da pobreza e da marginalização, visando reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem comum, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra maneira de discriminação (BRASIL, 1988).

Para a execução dos objetivos descritos na Carta Constitucional, necessária se faz a implantação de mecanismos governamentais que possibilitem o seu cumprimento. Para esse fim há a elaboração de políticas públicas.

Com o intuito de “[...] garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (BRASIL, 2010), editou-se no ano 2010 a Lei n. 12.288, denominada, também, Estatuto da Igualdade Racial.

A Lei supramencionada prevê, de maneira diferenciada para a pessoa negra, o acesso aos direitos fundamentais, de modo que, para melhor atender aos objetivos desta norma, outras legislações foram criadas.

Mister fazer um adendo ao mencionar a referida Lei. Neste artigo visa-se analisar de maneira especial as legislações voltadas para a educação (Lei n. 12.711/2012) e o trabalho, em especial o ingresso no serviço público (Lei n. 12.990/2014), trazendo à tona a questão da cumulação de ações afirmativas advindas destas leis.

Isso pois, ao buscar a diminuição das desigualdades sociais do País, as políticas públicas implantadas para minimizar esta situação não podem ferir os princípios constitucionais.

Diz-se isso, pois o legislador, ao criar normas referentes a ações afirmativas, objetiva que cotistas, em especial os relacionados à educação, e não cotistas

possuam as mesmas aptidões técnicas e científicas ao término do ensino superior, de maneira que não seria necessário para este indivíduo ser abrangido por nova ação afirmativa para ingresso no mercado de trabalho, entendido aqui como serviço público.

### **2.3.2 Ações afirmativas voltadas ao acesso ao ensino superior – Lei n. 12.711/2012**

Como forma de minimizar as sequelas da escravidão – presentes até os dias atuais em nossa cultura – há a efetivação de políticas públicas que visam conceder à população negra oportunidades para qualificação educacional, objetivando maior participação na sociedade e melhoria na condição social.

O Estatuto da Igualdade Racial, no que se refere à educação, em seu artigo 15, normatiza que é dever do Estado a adoção de programas de ação afirmativa (BRASIL, 2010).

Em decorrência deste artigo legal, a Lei n. 12.711/2012 entrou em vigor. Este texto normativo prevê a formulação de ações que assegurem à população negra a reserva em instituições federais de educação superior (BRASIL, 2012).

Nestes termos, para atender à legislação vigente, as instituições federais de ensino superior, desde o mês de agosto de 2012, ofertam certo número de vagas para candidatos autodeclarados negros. A medida imposta visa não apenas possibilitar o acesso de negros em instituições de ensino federal, mas também possui condão de erradicar as disparidades sociais, oriundas ainda da época da escravidão, uma vez que, nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, “[...] com essa decisão, o Brasil tem mais um motivo para olhar no espelho da história e não se corar de vergonha.” (SAMPAIO, 2012).

Todavia, quando se relaciona a efetividade das ações afirmativas consistente em oferta de vagas em cursos de ensino superior, importante salientar que o objetivo dessas medidas – equiparar cotistas e não cotistas, de modo que ao final

do curso todos apresentem as mesmas capacidades profissionais – não depende somente das políticas públicas instituídas.

Pelo contrário, os resultados significativos somente serão observados de acordo com o comprometimento e a desenvoltura do ocupante de vaga e com as oportunidades que ocorrerem no decorrer do curso.

Assim, ressalta-se que a mera reserva de vaga não é necessária para atingir o objetivo da política pública instituída pela Lei n. 12.711/2012.

### **2.3.3 Ações afirmativas para acesso à reserva de vagas em concursos públicos – Lei n. 12.990/2014**

Referente ao direito ao trabalho, o artigo 39 do Estatuto da Igualdade Racial (BRASIL, 2010) normatiza que o poder público deve assegurar “[...] a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público [...]”

Considerando a referida norma e “[...] a persistência de diferenças significativas quanto aos indicadores sociais das populações negra e branca [...]”, bem como a “[...] composição racial dos servidores da administração pública federal” (BRASIL, 2013, p. 4), em 2014 houve o advento da Lei n. 12.990, que vem a instituir a reserva de 20% de vagas oferecidas em concursos públicos para provimento em cargos e empregos públicos, no âmbito da administração pública federal.

Da exposição de motivos desta Lei, salienta-se o seguinte trecho:

A análise de dados demonstra que, embora a população negra represente 50,74% da população total, no Poder Executivo federal, a representação cai para 30%, considerando-se que 82% dos 519.369 dos servidores possuem a informação de raça/cor registrada no Sistema. Tem-se, assim, evidência de que, ainda que os concursos públicos constituam método de seleção isonômico, meritocrático e transparente, sua mera utilização não tem sido suficiente para garantir um tratamento isonômico entre as raças, falhando em fomentar o resgate de dívida histórica que o Brasil mantém com a população negra. (BRASIL, 2013, p. 4).

Com fundamento no trecho disposto, verifica-se que o legislador apresenta como fundamento para a criação do presente texto normativo a disparidade existente entre negros e brancos no que se refere à ocupação de cargos públicos em âmbito federal.

Ainda, discorre Oliveira (2012, p. 94) que o ingresso no setor público é dificultoso, eis que exige grande preparação, o que torna acirrada a disputa, exigindo do candidato conhecimentos mínimos, de modo a demandar estudos prévios. Não obstante, como a maior parte da população negra do Brasil pertence às classes menos favorecidas, “[...] torna-se difícil o tempo para o estudo, o que na prática reduz o acesso dos negros ao serviço público.”

Pode-se afirmar que a disparidade apresentada requer atenção do legislador. Todavia, deve-se ter cautela ao criar medidas que visam alterar a situação atual, de modo a não criar novas desigualdades.

### **3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Como observado, as políticas públicas de ações afirmativas almejam não apenas atender os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, mas também correspondem à aplicação do princípio constitucional da igualdade.

#### **3.1 A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO**

De maneira comum, atribui-se ao princípio da igualdade o entendimento de que se deve conceder tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais, no limite de suas desigualdades, delineando um ambiente em que todos os sujeitos que integram a sociedade se encontrem em uma mesma linha de equivalência.

Todavia, como ressalta Pinho (2005, p. 97), observa-se que o princípio da igualdade vai muito além do que uma mera ferramenta consistente em proporcionar tratamento igual aos iguais, com mesmos direitos e obrigações, e desigual

aos desiguais, uma vez que conceder tratamento igual os desiguais seria aumentar a desigualdade já existente.

Tem-se o princípio da igualdade como uma forma de garantia da correta aplicação dos ditames constitucionais, devendo ser observado por todo o Poder Público, e como meio para proporcionar um equilíbrio justo entre as relações jurídicas, de modo que este instituto deve ser entendido como um dos pilares-base do Estado Democrático de Direito.

Convém destacar que, conforme exposto no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, o princípio constitucional da igualdade é um mecanismo que não apenas abarca a sua essência, mas que produz efeitos sobre toda a carga normativa e decisória.

O glorioso princípio não se trata apenas da vedação ao tratamento discriminatório e desigual, mas também de um mecanismo da busca por uma sociedade justa.

De modo geral, a igualdade representa uma relação, sendo que o instrumento que garante valor a este vínculo e o que faz dele uma meta a ser alcançada é o simples fato de tratar-se de um mecanismo que assegura justiça (BOBBIO, 1997, p. 15).

Logo, vislumbra-se que o princípio da igualdade é uma das ferramentas essenciais para assegurar o bom andamento do sistema normativo, uma vez que constitui os parâmetros democráticos, sociais e liberais dentro de um Estado.

Assim, depara-se com a premissa de que o preceito fundamental da igualdade consiste, ao mesmo tempo, em uma norma para o legislador e para o aplicador da lei (MELLO, 2000, p. 9). Este é o conteúdo político-ideológico do princípio da isonomia: a lei não deve ser entendida como fonte de privilégios ou perseguições, pelo contrário, deve ser compreendida como uma ferramenta que possibilita o tratamento equitativo aos cidadãos (MELLO, 2000, p. 10).

Ressalta-se que as discriminações são compreendidas como entendimentos isonômicos somente quando há um vínculo de correlação lógica entre o aspecto diferencial acolhido por residente no objeto e a desigualdade de trata-

mento diferenciado em razão dela, desde que a diferenciação apresentada não confronte com os termos protegidos pela Constituição Federal (MELLO, 2000, p. 17).

Por fim, destaca-se que para a fixação de normas igualitárias devem ser utilizados traços diferenciais existentes nos próprios indivíduos em que a legislação será aplicada. Desse modo, verifica-se que é vedada a imposição “[...] de um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas [...]”, pois se estará diante de um mecanismo inidôneo para distingui-las (MELLO, 2000, p. 29-30).

Logo, “[...] é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não aguarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto.” (MELLO, 2000, p. 38).

### 3.1.1 Igualdade formal e igualdade material

Em seus primórdios, o princípio da igualdade abarcava um sentido absoluto em termos jurídicos, de maneira que todo e qualquer indivíduo estava sujeito ao mesmo tratamento previsto em lei, não importando as condições e circunstâncias pessoais (SARLET, 2015, p. 571). Esta perspectiva formal correspondia à imposição de uma norma geral e à prevalência da lei, sem que houvesse distinções entre os sujeitos de direito.

Nessa concepção, o brocardo “todos são iguais perante a lei”, presente em quase todos os diplomas constitucionais, é destinado diretamente ao legislador, criando uma vedação ao tratamento distinto. Entretanto, “[...] embora sirva para coibir desigualdades no futuro, não é suficiente para *destruir as causas* da desigualdade numa sociedade.” (SARLET, 2015, p. 571, grifo do autor).

Contudo, a igualdade formal, que impunha tratamento idêntico para aqueles que se encontram em uma mesma situação, visando ocasionar uma isonomia na aplicação da lei, não apresentava muito alcance, uma vez que não fez aferições a respeito dos atributos e qualidades pessoais dos seus destinatários. Para tanto, passou a ser completada pela igualdade em seu aspecto material, que

é entendido como o mecanismo de concretização do sentido formal da isonomia (SARLET, 2015, p. 571).

Isso, pois não é suficiente a lei instituir que todos deveriam ser tratados de maneira semelhante. É indispensável que essa mesma lei conceda ferramentas competentes para a efetivação da (des)igualdade discutida.

A interpretação material do princípio igualitário não abandonou seu sentido original de que todos são iguais perante a lei (aspecto formal). O que ocorreu foi apenas uma percepção de que a incidência pura do seu sentido formal não era conveniente para afastar as situações de injustiça.

A isonomia em seu sentido material atua com a observação de parâmetros razoáveis e justos para determinar os tratamentos desiguais, de modo a vedar os tratamentos arbitrários e o emprego de indicadores intrinsecamente injustos e violadores de dignidade humana (SARLET, 2015, p. 572).

Como salienta Canotilho (2003, p. 350, grifo do autor), “[...] não se pode interpretar o *princípio da igualdade* como um princípio estático indiferente à eliminação das desigualdades [...]” O que pretende o doutrinador é esclarecer que para atingir seus reais objetivos, qual seja possibilitar condições idênticas aos subordinados, não pode ocorrer a relativização da igualdade, devendo ser empregada uma análise conjunta com a dimensão da dignidade social.

Logo, vislumbra-se a principal dessemelhança entre ambos os aspectos: o âmbito formal corresponde à interpretação legislativa, e a esfera material consiste na efetivação do contexto formal. Possível concluir que as duas visões são complementares, pois enquanto a primeira realiza uma imposição de maneira geral, dando os parâmetros iniciais de aplicação, a segunda, por sua vez, visa tratar os impasses de maneira isolada, buscando soluções para determinada situação.

Necessária se faz a vinculação entre ambas as abordagens, haja vista que para o êxito da isonomia imprescindível é a compreensão dos problemas sociais vivenciados, não bastando a mera criação de normas gerais. Devem ser elaborados dispositivos legais que abarquem soluções para erradicar os diversos aspectos de injustiças presentes na sociedade.

Logo, quando o termo igualdade de oportunidades é empregado, depara-se com a igualdade em seu sentido material e não formal, uma vez que é no aspecto material que as diferenças históricas podem ser combatidas e reparadas e maneira efetiva (OLIVEIRA, 2012, p. 20).

### 3.2 INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No que se refere à aplicação do princípio no texto constitucional, destaca-se que há tempos se encontra previsto na legislação pátria. Todavia, sempre atendendo o entendimento predominante à época do seu advento.

Na concepção de princípio, a igualdade adentrou no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1824, em sua concepção formal. Contudo, naquela época, não estavam descritas normas protetivas a determinados grupos (NICZ, 2010).

Por sua vez, a Constituição de 1891, enaltecendo o princípio abordado, vetou o privilégio das castas superiores. Entretanto, por falha legislativa, os títulos e os privilégios foram mantidos, de modo que a isonomia não gerou os impactos devidos.

Apenas com a Constituição da República de 1934 é que a isonomia começou a ganhar destaque no ordenamento. Verifica-se uma grande evolução na legislação, haja vista que pela primeira vez de maneira expressa as questões desencadeadoras de desigualdades passaram a ser reprimidas.

Com o advento das Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969, o princípio da igualdade manteve o mesmo alcance formal daquele descrito na Carta Magna de 1934.

A grande inovação ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento em que se vislumbraram significativas mutações quanto ao seu significado e alcance, deixando de ser meramente formal e acolhendo uma noção material a respeito do contexto (SARLET, 2015, p. 570).

Depara-se com o fato de que a isonomia deixou de apresentar mera menção no texto legislativo e passou a denotar maior significado, ocupando o artigo 5º da Constituição Federal, seja este considerado cláusula pétrea, e o artigo 3º, como um dos objetivos fundamentais da República.

Como observado por Sarlet (2015, p. 575), a atual Constituição abrange três dimensões da igualdade:

- (a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável da base na pauta de valores constitucional, quando proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais;
- (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas;
- (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural.

Tais dimensões, de maneira unânime, demonstram que não são aceitas na legislação discriminações não pautadas em valores, bem como não é permitida a fixação de cláusulas de cunho subjetivo, de maneira que o legislador deve conceder igualdade de oportunidades à sociedade como um todo, com o intuito de reduzir as desigualdades existentes, sem beneficiar determinados grupos que não se encontrem à beira da disparidade.

A igualdade apresenta-se no texto constitucional brasileiro não apenas como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, mas também como norma impositiva de atividades para o próprio Estado (SARLET, 2015, p. 574).

### 3.3 ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PARA A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS CONCERNENTES À RAÇA

A questão racial já foi objeto de diversos textos legislativos no decorrer na história do Brasil. Todavia, com o passar dos tempos verifica-se que, seguindo o mesmo entendimento progressivo do princípio da igualdade, as condições ofe-

recidas a esta determinada parcela da população passaram a apresentar mecanismos para promover a integração dos negros na sociedade.

A vinda dos negros ao Brasil por si só já é passível de prever a concessão de tratamento diferenciado às raças. Naquela época, condizente ao período colonial, em face da necessidade de mão de obra barata para atuar nos latifúndios, os latifundiários passaram a utilizar, inicialmente, serviços indígenas. Contudo, como Portugal destacou-se pioneira na expansão marítimo-comercial, visto que haviam postos na costa africana, esses fatores auxiliaram na aquisição e no transporte de negros ao Brasil para atuarem como escravos (OLIVEIRA, 2012, p. 131).

Em toda a história da escravidão que macula o passado no País, estima-se que entre 3 e 13,5 milhões de negros foram trazidos ao Brasil na situação de escravos. Não bastasse a precária condição de transporte, a população negra, ao chegar ao País, era submetida a trabalhos forçados, sobrevivendo em circunstâncias subumanas, “[...] não lhe[s] sendo garantido quaisquer direitos, vez que eram vistos como objeto e não sujeito de direito.” (OLIVEIRA, 2012, p. 132-133).

O cenário começou a apresentar modificações a partir dos pensamentos liberais oriundos dos resquícios da Revolução Industrial e da Revolução Francesa, em que a exploração do trabalho passou a adotar novos conceitos, alterando os padrões sociais da época (FONSECA, 2009, p. 55). Todavia, esta situação demorou a ser concretizada, produzindo efeitos apenas após a promulgação de textos normativos específicos, como a Lei Eusébio de Queirós (Lei n. 581/1850), a Lei do Ventre Livre (Lei n. 2.040/1871), e a Lei do Sexagenário (Lei n. 3.270/1885). Entretanto, apenas com a edição da Lei n. 3.353 de 1888, denominada Lei Áurea, é que a abolição da escravatura se tornou lei (OLIVEIRA, 2012, p. 133-134).

Não obstante o acesso à liberdade, durante o período da República Velha (1889-1930), a mão de obra continuou submissa, eis que a população negra, agora livre, não possuía condições para prover seu sustento sem que houvesse subordinação aos grandes senhores, que em sua maioria eram representados por europeus brancos (FONSECA, 2009, p. 75).

Conforme explana Fonseca (2009, p. 86-87), apenas no Governo de Getúlio Vargas foi possível verificar uma mudança significativa na legislação, de maneira que ficou visível a atuação da isonomia entre as classes raciais, eis que com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, as medidas impostas concederam a possibilidade de um emprego formal à população negra, com direito a salário definido.

Entretanto, preceitua Fonseca (2009, p. 88), tal situação aumentou a competitividade para acesso aos setores assalariados da economia, de maneira que em razão dessa competição entre “[...] brancos nacionais e os europeus naturalizado, os negros tiveram de lidar com o preconceito.”

Novamente, depara-se com a situação de que mesmo havendo legislação vigente que vedasse a distinção racional entre a população brasileira, não foram criados mecanismos para efetivar tais condutas, de maneira que a norma acabou por apresentar sentido inverso da intenção do legislador, eis que criou critérios de competição e, lamentavelmente, de discriminação.

O Estado somente legislou no sentido de tornar a discriminação racial um ato típico, entendido como contravenção penal, como ocorreu com a edição da Lei n. 1.390 em 1951; posteriormente, em 1989, com o advento da Lei n. 7.716, as práticas resultantes de preconceito de raça e cor passaram a ser vistas como crime (OLIVEIRA, 2012, p. 137).

Verifica-se que mesmo havendo medidas inibitórias contra a discriminação o mecanismo escolhido pelo legislador não foi suficiente para alterar a situação da desigualdade social presente na sociedade, eis que o objetivo das normas não era promover mecanismos de integração, seguindo os preceitos ditados pelo princípio da isonomia.

No ano 2010 editou-se a Lei n. 12.288, sendo este o grande marco legislativo que instituiu mecanismos que visam equalizar a situação vivenciada pela população negra.

De mais a mais, vislumbra-se que apenas com o advento da Lei n. 12.288/10 é que o princípio da igualdade, no que diz respeito às questões envol-

vendo a população negra, ganhou o efetivo destaque, de modo que a partir da referida norma tem sido possível reduzir as lesões impregnadas nesta grande parcela da população, proporcionando-a o acesso aos direitos que lhes foram suprimidos ao longo da evolução histórica da sociedade.

#### **4 UNIVERSIDADE PÚBLICA E SERVIÇO PÚBLICO**

No que se refere às políticas públicas de ações afirmativas voltadas à população negra, grande discussão gira em torno das legislações concernentes ao ingresso no ensino público de nível superior e no serviço público.

Destaca-se que, referente à aplicação dessas políticas públicas no âmbito de ingresso no ensino superior, o assunto já foi tema de demandas em tribunais em diversas oportunidades, inclusive no Supremo Tribunal Federal, de modo que perante o Poder Judiciário a incidência de reserva de vagas no âmbito educacional baseada no critério “raça” é constitucional, não havendo motivos para ser reaberta a trama no presente trabalho.

Na presente seção, será realizada uma análise, de maneira independente, da finalidade do ensino público de nível superior e do serviço público e da sua forma de ingresso, qual seja o concurso público, para em momento posterior realizar um exame conjunto desses assuntos sob o prisma da proporcionalidade e da igualdade no que tange às ações afirmativas, bem como para analisar se as políticas públicas relacionadas a estas áreas estão sendo aplicadas corretamente.

##### **4.1 DO ENSINO PÚBLICO DE NÍVEL SUPERIOR**

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, normatiza a educação como um direito fundamental de todo o cidadão, de maneira que se pode verificar a nítida evolução desse quadro (SARLET, 2015, p. 635).

Conforme disposto no texto constitucional, em especial no artigo 205, a educação almeja o desenvolvimento da pessoa, de modo a qualificar o indivíduo

para o mercado de trabalho, bem como prepará-lo para o exercício da cidadania, sendo instituída como dever do Estado e da família (BRASIL, 1988).

Outrossim, de acordo com o artigo 206, um dos princípios do ensino caracteriza-se pela “[...] igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; [...]” (BRASIL, 1988), de maneira que se verifica a presença de ideais do princípio da isonomia nesta seara.

Nos termos normatizados na Constituição, o ensino fundamental e a educação infantil são entendidos como cumprimento do mínimo existencial (SARLET, 2015, p. 640). Entretanto, no que se refere ao ensino médio e de nível superior, o texto constitucional não os consagra como direito subjetivo, eis que o artigo 208, em seu inciso V, prevê que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística está vinculado à capacidade de cada indivíduo (BRASIL, 1988).

Todavia, Sarlet (2015, p. 643) embasa-se nos ideais de Canotilho para apresentar outro lado deste mesmo direito subjetivo, haja vista que o acesso ao ensino universitário deve ser garantido pelo Estado, uma vez que representa o pleno exercício do direito de liberdade de escolha de profissão e da liberdade de aprender.

Desenvolvendo a ideia do autor, é possível concluir que o acesso ao ensino superior também deve ser entendido como um dever do Estado, visto que a liberdade de escolha nos termos elencados acarreta efeitos nos futuros profissionais, afetando diretamente o desenvolvimento do país.

#### **4.1.1 Finalidade das ações afirmativas no ensino superior**

Canotilho (2007, p. 889, grifo do autor), em sua obra *Constituição da República Portuguesa*, relata que a educação tem como objetivo “[...] contribuir para a igualdade de oportunidades e para a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais [...]”

Ainda, continua o autor, esta atribuição igualitária inerente à educação é também entendida como mecanismo para efetivar a mobilidade social, eis que fixa exigências no âmbito educacional, haja vista que impede que os preceitos educacionais constituam instrumentos com o intuito de criar, reproduzir ou reforçar ideais que vislumbrem a promoção das desigualdades sociais (CANOTILHO, 2007, p. 889).

O ensino universitário, sobretudo, possui a missão de criar, desenvolver, sistematizar e difundir conhecimentos em áreas específicas escolhidas pelo indivíduo, “[...] tendo como meta participar e contribuir para o desenvolvimento social, econômico, cultural e científico da nação, promovendo a inclusão da diversidade étnico-cultural e a redução das desigualdades sociais e regionais do país.” (MOTA, 2004). Por fim, destaca-se que é missão de toda a instituição de ensino superior garantir o desenvolvimento de valores éticos, sejam sociais sejam na área de atuação, aos estudantes.

Referente à questão levantada sobre o ensino superior, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Medes, ao proferir seu voto na decisão da Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF, ressalta o que segue (DISTRITO FEDERAL, 2012, p. 77, grifo do autor):

É preciso, portanto, construir um espaço público aberto à inclusão do outro, do *outsider* social. Um espaço que contemple a alteridade. E a universidade é o espaço ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais com relação ao outro e, por conseguinte, para a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea, aliás, consentânea com o mundo globalizado em que vivemos.

Corolário ao entendimento colacionado, a universidade não é apenas entendida como um centro de ensinamentos e aperfeiçoamentos individuais, mais do que isso, ela incentiva o trabalho coletivo e a integração e miscigenação de culturas.

Não obstante o cunho de integralizar intrínseco no ensino superior, depara-se com um problema que acaba sendo um obstáculo para inteirar a sociedade, concernente ao ingresso de determinada parcela da população ao ensino

superior, mais precisamente, como preceitua Mendes (2016, p. 677), no acesso de setores econômica ou socialmente vulneráveis.

Afirma-se isso, pois, em que pese a perspectiva de inteirar a sociedade ao acesso à universidade, esse sistema é intensivamente excludente, tornando difícil o acesso ao ensino superior no Brasil, sobretudo no setor público.

Para evitar essa situação tão presente no seio da sociedade, deve-se “[...] buscar o caminho mais adequado para promover ensino de qualidade que inclua todas as camadas da população e permita seu desenvolvimento completo.” (MENDES, 2016, p. 677).

O que ocorre no cenário atual é que não basta a universidade ser um mecanismo para a qualificação, técnica ou cultural, mas toda a grade estudantil deve ser inclusiva, para garantir aos indivíduos mais caminhos que lhes proporcionem sucesso profissional e intelectual (DISTRITO FEDERAL, 2010).

Este ponto merece destaque, eis que há uma falha no sistema brasileiro, conforme observado por Fonseca (2009, p. 89), pois a educação de base, com o cunho de promover a integração social e cultural, é oferecida em bairros centrais. Logo, defronta-se com o fato de que a educação está vinculada a atender os interesses de quem está no meio urbano. Todavia, a realidade brasileira demonstra que grande parte da população negra que necessita de mais atenção, em face da disparidade econômica, não está situada nos bairros centrais (FONSECA, 2009, p. 90).

Outrossim, conforme teor de decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região, as políticas públicas de ações afirmativas têm “[...] por objetivo a promoção da igualdade para inclusão de grupos étnicos e sociais marginalizados, historicamente excluídos no processo de desenvolvimento social, que tem no ensino superior um de seus pilares.” (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

No tocante às políticas públicas que almejam a integração da população negra na sociedade, verifica-se que desde o advento da Lei n. 12.711/2012 houve significativa mudança no cenário brasileiro.

Conforme informam pesquisas, no ano 1997 o percentual de jovens negros na faixa etária de 18 a 24 anos que estavam cursando ou que haviam concluí-

do curso superior estava em torno de 1,8% de negros e 2,2% de pardos (PORTAL BRASIL, 2015). Todavia, constata-se que a situação foi alterada em decorrência da imposição trazida pela legislação, eis que no ano 2013 estes percentuais aumentaram para 8,8% e 11%, respectivamente (PORTAL BRASIL, 2015).

Entretanto, como bem salienta Mendes (2016, p. 678), em decorrência da complexidade das questões envolvendo o racismo em nossa sociedade e da grande miscigenação do povo brasileiro, devem ser impostas políticas públicas que atendam à realidade nacional, de modo que é incumbência das entidades responsáveis atentarem-se “[...] para a necessidade de conjugação de critérios ‘raça’ e ‘cor’ com critérios de renda, tendo em vista a própria eficiência social da instituição da política de cotas.”

Por fim, conclui o autor que a implantação de ações afirmativas baseadas apenas no critério da raça não apresenta preceitos totalmente eficazes no que tange à inclusão social, de modo que ao apreciar o referido quesito, bem como os critérios de renda, haveria a possibilidade de atingir os objetivos com maior precisão e, sobretudo, evitaria eventuais questionamentos a respeito da ofensa ao princípio da isonomia e impediria fortuitos conflitos raciais internos (MENDES, 2016, p. 678).

Neste ínterim, conforme sintetiza Sarlet (2015, p. 644), em conformidade com a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais elencados na Constituição Federal, o direito subjetivo de acesso ao ensino superior deve atender às mazelas da sociedade, de modo que se faz correta a utilização de mecanismos que permitam o acesso da comunidade menos privilegiada ao ensino superior, como é o caso das políticas públicas de ações afirmativas.

## 4.2 DO SERVIÇO PÚBLICO

Para a caracterização do instituto do serviço público, assim como leciona Meirelles (2015, p. 407), é necessária a sua análise a partir de três entendimentos.

Aprofundando-se no discorrido, verifica-se que o sentido orgânico, também denominado subjetivo, descreve o serviço público como o conjunto de órgãos, recursos e agentes da Administração Pública que realizam serviços com o intuito de satisfazer a necessidade dos administrados (GASPARINI, 2011, p. 347).

Quanto ao conceito formal do serviço público, este compreende as atividades realizadas ora pelo Poder Público, ora por seus agentes delegados, vinculados às regras de direito comum, almejando a satisfação dos seus administrados (GASPARINI, 2011, p. 347).

Atinente à visão material, pode-se conceituar o serviço público, nos termos esboçados por Di Pietro (2016, p. 139), como “[...] a atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

O doutrinador Justen Filho (2011, p. 690) esclarece que as atividades estatais representam um mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais, todavia, descrevendo o serviço público como sendo o desenrolar de atividades fornecedoras de utilidades necessárias à população, de maneira direta e imediata, visando à satisfação dos direitos fundamentais.

Para a execução destes serviços há uma série de princípios norteadores que atuam como regras, objetivando prestar as atividades estatais da melhor maneira possível para atingir suas finalidades. Dentre o rol de princípios vinculados ao Direito Administrativo referentes à prestação das atividades estatais, enfatiza-se mais a generalidade, a eficiência e a adequação do serviço.

Concernente ao princípio da generalidade, verifica-se que este está vinculado aos ideais igualitários. Segundo Carvalho Filho (2015, p. 343), o referido princípio prevê que o serviço público deve ser prestado com a maior amplitude possível no sentido de alcançar de maneira benéfica o maior número de indivíduos.

Desse modo, é possível compreender que para a efetivação das atividades públicas é necessário selecionar mecanismos e agentes que melhor se enquadrem no perfil da administração, visando a melhores resultados.

Todavia, pode-se afirmar que a eficiência almejada não está apenas no material utilizado para a prestação das atividades, mas está interligada à qualidade da efetivação do serviço, de modo a abarcar também os servidores que atuam em prol dos direitos da sociedade.

No que diz respeito ao princípio da adequação do serviço, Justen Filho (2011, p. 702) reproduz a ideia de que a Administração deve prestar o melhor serviço possível dentro da demarcação técnica e econômica a que está submetida.

O que todos os princípios descritos possuem em comum é a exigência da presteza de uma boa atividade. Para tanto, para a realização das atividades fim, deve o Estado selecionar profissionais que possuam bom nível técnico.

Diante do pretendido, para a contratação de servidores, o Poder Público realiza concursos públicos, os quais visam selecionar os candidatos que melhor se enquadram à efetivação dos deveres do Estado.

#### **4.2.1 Ingresso no serviço público**

Em concordância com o que disciplina Carvalho Filho (2015, p. 651), o concurso público é o procedimento de cunho administrativo que tem por finalidade aferir as aptidões pessoais e seletar os melhores candidatos habilitados para o provimento em cargos e funções públicas. Esta aferição pessoal é o momento em que o Estado analisa a capacidade intelectual, física e psíquica dos indivíduos interessados em ocupar determinadas funções públicas.

De maneira mais técnica, o concurso público é o instrumento pelo qual a Administração Pública seleciona os candidatos com o intuito de obter a moralidade, a eficiência e o aperfeiçoamento dos serviços que deve fornecer (MEIRELLES, 2015, p. 531).

Não apenas isso, o concurso é o mecanismo que a Administração encontra para proporcionar oportunidades iguais a todos os seus interessados que atendam às exigências legais, com base na natureza e na complexidade do cargo

ou do emprego público, nos termos elencados pelo artigo 30, inciso II, da Constituição Federal.

A realização de concurso público, nos termos descritos por Carvalho Filho (2015, p. 652, grifo do autor), “[...] é o instrumento que melhor representa o *sistema do mérito*, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos.”

Para a melhor efetivação do instituto ora analisado, salienta-se a existência de princípios que norteiam sua aplicabilidade, sendo eles o princípio da igualdade, o princípio da moralidade administrativa e o princípio da competição.

A incidência do princípio da igualdade referente à esfera do concurso público visa garantir a todos os candidatos condições idênticas para a disputa pelas mesmas vagas. O princípio da moralidade administrativa busca impedir a operação de favorecimentos e perseguições de cunho pessoal no contingente do concurso público, de maneira a destacar que esse instituto visa à satisfação de interesses da própria Administração Pública, sobrepondo-se a questões particulares. Por fim, mas não menos importante, cita-se o princípio da competição, o qual institui que para a nomeação é necessário que o candidato alcance uma classificação que lhe permita ingressar no serviço público (CARVALHO FILHO, 2015, p. 653).

Nesse sentido, ressalta-se julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento de Recurso de Apelação em Mandado de Segurança:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PERDA DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DOS TERMOS DO EDITAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DO MOMENTO ADEQUADO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. LIMINAR DEFERIDA. SENTENÇA MONOCRÁTICA PELA CONCESSÃO DA SEGURANÇA. PROMOÇÃO PELA REFORMA DA SENTENÇA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS. 1. A finalidade do concurso público, como dito acima, é selecionar os melhores

e mais qualificados candidatos a ocuparem cargos e funções públicas e, por esta razão, é que o Administrador deve agir impessoalmente, ou seja, com vistas apenas a atender o interesse público e orientando suas ações no espaço permitido por lei. Contudo, para que a finalidade administrativa seja alcançada, há que se temperar a impessoalidade e a legalidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (DISTRITO FEDERAL, 2008).

Considerando o trecho colacionado, vislumbra-se que os entendimentos dos tribunais vão ao encontro dos fundamentos e das finalidades do concurso público, eis que este é o procedimento administrativo voltado a um único resultado, qual seja selecionar os melhores e mais qualificados candidatos para ocuparem cargos públicos.

#### 4.3 ANÁLISE GERAL DA LEI N. 12.990/14

Conforme anteriormente ressaltado, neste artigo pretende-se fazer uma análise acerca da cumulação de ações afirmativas para ingresso em universidades públicas e no serviço público.

A respeito do ingresso no serviço público, no ano 2014 teve advento a Lei n. 12.990, que, nos termos do disposto no artigo 1º, prevê reserva aos negros de 20% das vagas para concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União (BRASIL, 2014).

O tema pautado pela presente lei, conforme leciona Carvalho Filho (2015, p. 672), diz respeito à reserva étnica em razão do sistema de cotas (política públicas), com o intuito de efetivar a inclusão social e reduzir as desigualdades sociais oriundas do caráter racial que estão presentes na sociedade.

No que tange à aplicação do conteúdo do presente ato legislativo, salienta-se que esta lei “[...] apenas é aplicável no âmbito da Administração Federal, o que significa que ela não vincula Estados, Municípios, e nem mesmo o Judici-

ário e o Legislativo Federal, mas apenas o Poder Executivo.” (MAYARA, 2015, grifo do autor).

Igualmente, por se tratar de concurso em âmbito federal, não há aplicabilidade da norma para a iniciativa estadual e municipal, devendo cada ente federativo dispor de normas próprias para a efetivação de políticas públicas desta natureza.

Ainda, prevê a Lei n. 12.990/2014 que o quesito cor ou raça está pautado nas definições da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de maneira que será permitida a participação na concorrência por vagas reservadas àqueles candidatos que se autodeclararem pretos ou pardos no momento da inscrição no certame (BRASIL, 2014).

Em razão de ser uma legislação que prega a implantação de políticas públicas, a Lei n. 12.990/2014, segundo disposto no artigo 6º, possui vigência de 10 anos a partir da data de publicação (BRASIL, 2014). Após este período, se observado que os objetivos almejados pela norma não foram conquistados, inevitavelmente deve ser editada nova lei para prorrogar o prazo (CAVALVANTE, 2014). Destaca-se que esta formalidade é substancial para reprimir ofensas ao princípio da legalidade.

Todavia, mesmo tendo ciência da intenção do legislador – redução das desigualdades sociais baseadas na raça – a presente lei passou a receber críticas, na medida em que se funda no fator raça, sendo este um critério impreciso, haja vista a miscigenação presente na sociedade (CARVALHO FILHO, 2015, p. 672).

Ademais, ressalta-se que os tribunais de segunda instância passaram a receber grande contingente de controvérsias judiciais questionando normas anteriores à Lei n. 12.990/2014 que apresentavam temática semelhante. Em virtude das diversas críticas em âmbito nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41 (ADC 41/DF), tencionando a defesa da supracitada Lei.

A intervenção judiciária foi necessária, conforme o entendimento do Conselho Federal da OAB, haja vista o grande contingente dos tribunais envolvendo a assunto, o que ocasionava insegurança jurídica nos concursos públicos em âmbito federal.

Destaca-se que, de acordo com a entidade, as ações em instâncias inferiores que questionam a constitucionalidade da norma contrariam a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186, eis que o julgado considerou constitucional a política pública de cotas raciais para ingresso em universidade.

## **5 CUMULAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS**

Até o presente momento, buscou-se trilhar caminhos para uma melhor concepção acerca das ações afirmativas, visando dissecar o tema central do presente trabalho, qual seja a análise da possibilidade jurídica da cumulação dessas políticas públicas, sem que ocorram privilégios indevidos.

Como visto anteriormente, as políticas públicas de ações afirmativas baseadas no critério raça visam atender os objetivos da República Federativa do Brasil, os quais se encontram dispostos no artigo 3º da Constituição Federal, de modo a efetivar o princípio da igualdade em seu aspecto material.

Antes de adentrar à temática primordial, valorosa é a análise do andamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41/DF, com o intuito de evidenciar as críticas direcionadas à Lei n. 12.990/2014.

### **5.1 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 41/DF**

Nos termos mencionados na seção anterior, há discussão doutrinária e jurídica acerca do advento de legislação federal com previsão de reserva de vagas para a população negra em concursos públicos. Entre as decisões de mérito proferidas abordando a temática, enfatiza-se a Reclamação Trabalhista n. 0131622-

23.2015.5.13.0025, interposta perante a 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa, Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.

O Juízo prolator da referida sentença decidiu pela inconstitucionalidade da lei, na medida em que, diferentemente do assunto abordado na ADPF n. 186/DF, o provimento em cargos ou serviços públicos não é um direito fundamental do cidadão, de maneira que o teor da norma posta não efetiva o princípio da isonomia. Outrossim, salienta o julgador que a medida acabará por selecionar apenas a parcela da população que é negra e rica, não atendendo os objetivos do legislador ao promover a norma.

Não obstante, visando reduzir as inseguranças jurídicas presentes nas instâncias judiciárias inferiores e, sobretudo, inibir as discussões acerca da constitucionalidade da lei de cotas para ingresso no serviço público, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Constitucionalidade n. 41/DF.

Destaca-se que até o momento da elaboração do presente trabalho ainda não havia ocorrido o julgamento do mérito da referida ação, de maneira que será realizada análise a respeito do Parecer n. 122.224/2016-AsJConst/SAJ/PGR apresentado pela Procuradoria-Geral da República.

Em observação ao referido documento, vislumbra-se que os pilares para sua fundamentação correspondem ao julgado proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF.

Naquele julgado, a Suprema Corte declarou a compatibilidade entre as políticas públicas que operam com fundamento no critério étnico-racial e os princípios e valores que moldam a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mormente o que diz respeito à garantia da isonomia em seu aspecto material, nos termos do artigo 5º, vinculados aos objetivos e fundamentos do estado democrático de direito, os quais se destinam à edificação de uma sociedade solidária, à redução de desigualdades sociais e à promoção do bem comum, sem preconceitos de qualquer natureza (BRASIL, 2016a, p. 11).

Logo, verifica-se que, por se tratar de políticas públicas de ações afirmativas, o propósito da Lei n. 12.990/2014 corresponde aos temas levantados no julgamento da ADPF n. 186/DF

Nesse aspecto, sobremem destacar trecho da ADPF n. 186/DF:

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros ou pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade. (DISTRITO FEDERAL, 2012, p. 53).

Verifica-se que o julgador se mostrou favorável às ações afirmativas baseadas em critérios étnicos-raciais cristalinamente com o objetivo de beneficiar a parcela da população menos favorecida, com o fito de promover a inclusão de grupos sociais excluídos, em especial os que sofreram repressão pela sociedade.

No que tange à questão do certame público em si, a manifestação ocorreu no sentido de não haver violação ao artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, visto que no mesmo sentido há políticas públicas que almejam a inclusão de pessoas com deficiência (BRASIL, 2016a, p. 20).

Ainda, destaca o Procurador Geral da República que a reparação e a compensação das desigualdades sociais não configuram privilégio do Estado, mas, sim, deveres estatais que se revestem de princípios constitucionais (BRASIL, 2016a, p. 17).

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (2007):

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004. [...] 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. 4. Recurso ordinário provido.

Igualmente, as ações afirmativas de cunho racial, além de atenderem os ditames dos artigos 3º e 5º da Constituição Federal, conforme preceitua a ementa acima relacionada, encontram embasamento na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (BRASIL, 1969).

O documento ainda narra que a norma é necessária, pois a igualdade formal assegurada pela Carta Magna e demais legislações não foram suficientes para recompensar o passado da nação (BRASIL, 2016a, p. 20). Para tanto, necessária foi a imposição de ideias materiais do princípio da igualdade, almejando a efetivação da isonomia.

De maneira geral, a Procuradoria-Geral da República posiciona-se pela constitucionalidade da Lei em testilha, uma vez que a atual situação do País ainda é eivada de discriminação que tem por base a cor da pele, sendo que o teor da norma é entendido como um mecanismo para a redução dessas desigualdades.

## 5.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Muito embora a existência de ação correndo perante o Supremo Tribunal Federal para analisar a constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014, o processo judicial em testilha não faz menção direta ao tema abordado neste artigo, qual seja a cumulação de ações afirmativas.

O presente enfoque foi trazido à tona, haja vista o questionamento se a adoção de políticas públicas de ações afirmativas baseadas no critério raça para ingresso em universidades e concursos públicos, quando ambas são utilizadas por um mesmo indivíduo, acaba por ferir o princípio da igualdade e, em decorrência, gerar um possível privilégio indevido.

Todavia, depara-se com o fato de estar em choque um princípio constitucional que é a base do Estado Democrático de Direito (princípio da isonomia) em vista de objetivos da República Federativa do Brasil (redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos).

Para solucionar este conflito, necessária é a sua investigação à luz do princípio da proporcionalidade (proibição de excessos), o qual narra que em face ao enfrentamento entre princípios e/ou situações constitucionais relevantes, imprescindível é a análise conjunta da situação, para verificar os efeitos da adoção de cada alternativa, não sendo possível a extração isolada das consequências de cada ponto relevante (JUSTEN FILHO, 2011, p. 137).

O princípio da proporcionalidade, nos termos apresentados por Castro (2006, p. 203), corresponde à conexão entre dois bens jurídicos amparados por princípios constitucionais, em que a medida proposta é contestada a respeito da adequação para atingir as finalidades aventadas, de maneira a não ser desproporcional em relação à vinculação dos bens jurídicos ora discutidos.

O princípio da proporcionalidade pode ser entendido como uma ferramenta para inibir e neutralizar os atos do Poder Público e evitar atitudes abusivas, devendo respeitar os ditames da Constituição Federal.

Em linhas gerais, para a idônea aplicação da proibição de excessos, oportuna é a verificação de todos os fatores positivos e negativos das questões em conflito, para apenas em momento posterior ser possível a construção de um pensamento considerando os pontos ressaltados.

No mais, para o emprego da proporcionalidade, é imperiosa a realização de um determinado percurso (JUSTEN FILHO, 2011, p. 137). Inicialmente, procede-se um juízo de causalidade de maneira inversa com o intuito de adequar o fim ambicionado e trilhar as providências aptas a realizá-lo. Após, fundamental é o conhecimento técnico-científico dos temas conflitante, para selecionar as providências disponíveis para o fim visado. Por fim, uma vez identificados o fim e os meios adequados, “[...] deve ser escolhida a solução de acordo com o critério da

necessidade ou da menor onerosidade: não se pode optar por solução que importe sacrifício desnecessário ou excessivo.”

Em síntese, para a correta incidência do princípio da proporcionalidade pelo Poder Público, o legislador e o aplicador do direito devem revestir sua atitude em fundamentos tríplexes, quais sejam: a adequação, de maneira que o meio utilizado seja compatível com o fim almejado; a exigibilidade, pois a conduta deve ser utilizada como fim último e não pode gerar prejuízo à sociedade; e a proporcionalidade em sentido estrito, visto que as vantagens cobijas devem suplantam as desvantagens (CARVALHO FILHO, 2015, p. 43).

Goldschmidt (2003, p. 30) destaca que a proporcionalidade assume importância, visto que em razão de sua operacionalidade concede mais precisão e controle dos atos do Poder Público e oferece ao intérprete e ao aplicador mais segurança para novelar com justiça eventuais desproporções em determinados casos concretos.

### 5.3 DIAGNÓSTICO DA CUMULAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS ORIUNDAS DA LEI N. 12.711/12 E DA LEI N. 12.990/2014

Todo o percurso trilhado até o presente momento foi necessário para a discussão do tema abordado, pois, para a resolução da questão controversa, será utilizado o princípio da proporcionalidade, o qual, conforme anteriormente narrado, exige o conhecimento detalhado dos aspectos dos assuntos conflitantes.

Seguindo os passos ditados por Justen Filho (2011, p. 137) e Carvalho Filho (2015, p. 43) para aplicação do princípio da proporcionalidade, será realizada a análise da adequação, da exigibilidade e das vantagens dos assuntos em questão – o princípio da isonomia e o cumprimento dos deveres do Estado.

Esta discussão tem por finalidade esclarecer se a cumulação de ações afirmativas para ingresso em universidades e no serviço público, quando utilizada por uma mesma pessoa, gera algum privilégio indevido, de maneira a ferir o princípio da igualdade, todavia considerando que as referidas políticas públi-

cas correspondem à efetivação de deveres estatais e que, até o momento, não há norma ou entendimento emanado pelos tribunais a respeito da vinculação das cotas raciais.

No que tange ao princípio isonômico, este ambiciona a igualdade entre todos, de maneira a conceder tratamento igual aos que apresentam características semelhantes e desiguais àqueles casos que necessitam de atenção diferenciada, com o intuito de erradicar as disparidades existentes.

Para ser possível a sua efetivação, necessário é o emprego de normas que visem não apenas reprimir tais desigualdades, mas, sobretudo, instituir mecanismos para proporcionar meios para inclusão e eliminação dos critérios instituidores de diferenciação pejorativa.

Referente à adoção das ações afirmativas, estas correspondem à efetivação das políticas públicas, entendidas como cumprimento dos deveres do Estado que se encontram descritos na Constituição da República Federativa do Brasil.

O Estado possui a obrigação de conceder à sociedade a concretização dos direitos fundamentais retratados na Carta Constitucional, sejam eles individuais (artigo 5º) sejam coletivos (artigo 6º). Para auxiliar sua confecção, a Constituinte apresenta fundamentos (artigo 3º) que são entendidos como pilares para a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

É neste contexto que as políticas públicas de ações afirmativas consistentes na reserva de vagas para determinados grupos despontaram.

Visando erradicar a pobreza e a marginalização oriundas do passado lamentável a que a população negra foi submetida, a qual atualmente vivencia grande disparidade social, o legislador instituiu normas legais com o objetivo de auxiliar esta parcela da população que se encontra desamparada a ter acesso ao ensino superior e ao trabalho, em especial no âmbito público federal, consistentes em ações afirmativas baseadas no critério da raça.

Essas medidas representam a aplicação do princípio da igualdade em seu sentido material, de maneira que criam mecanismos práticos para a efetivação dessa isonomia consistente na harmonização dos grupos sociais.

Todavia, a grande questão surge quando uma mesma pessoa se utiliza de cotas raciais decorrentes da Lei n. 12.711/2012 (ingresso no ensino superior) e da Lei n. 12.990/2014 (ingresso no serviço público de âmbito federal).

Isso, pois o objetivo da primeira lei seria que ao término do ensino superior todos apresentassem as mesmas aptidões técnico-científicas para concorrerem no mercado de trabalho, de maneira que, segundo este posicionamento, não seria possível a participação desta parcela da população na concorrência para o ingresso no serviço público com a adoção de ações afirmativas baseadas na raça, sob pena de infringir o princípio da igualdade, haja vista que já estaria em patamar de igualdade com aqueles que não são abrangidos por ações afirmativas.

Entretanto, após análise ampla acerca dos temas abordados, é possível constatar que o objetivo do legislador não se mostra correto, eis que o conhecimento técnico-científico não é resultante apenas da participação de determinadas horas em cursos teóricos.

A completa capacitação do indivíduo decorre também de questões práticas, seja de oportunidades decorrentes do curso de ensino superior que desempenha, seja de toda a história de vida do sujeito.

Outrossim, destaca-se que as ações afirmativas baseadas na raça visam, sobretudo, atingir de maneira positiva aquela parte da população que possui poucas condições econômicas. Por assim dizer, esta mesma parcela que está sendo favorecida com o ingresso na universidade a partir do sistema de cotas, muitas vezes, encontra dificuldade para ter acesso aos materiais de estudos ou a oportunidades práticas.

Logo, pode-se concluir que as ações afirmativas baseadas no critério raça concernentes ao ingresso no ensino superior por si só não são suficientes para a completa efetivação da erradicação da pobreza e disparidade de grupos sociais e, conseqüentemente, não concede a total efetivação do princípio da igualdade.

É possível afirmar que a reserva de vagas para negros em concursos públicos com exigência de nível superior para aqueles que ingressaram em universidades por meio da utilização de ações afirmativas baseadas no critério raça

não fere o princípio da igualdade, eis que, conforme discorrido, o ensino superior não é capaz de suprimir todos os meios de eliminação de desigualdades sociais.

Ainda, nova discussão surge na esfera do serviço público a respeito da Lei n. 12.990/2014, pois o concurso público busca selecionar os candidatos que mais demonstram aptidão para exercer as atividades e, conseqüentemente, realizar os deveres do Estado.

Não obstante, merece destaque a ideia de que o concurso público visa selecionar o candidato que melhor está preparado naquele determinado momento, haja vista que durante o exercício do cargo ou do emprego público é possível realizar cursos para aprimoramento do seu potencial, melhorando seu desempenho e demonstrando resultados positivos para a efetivação dos deveres do Estado.

No mais, a preparação para concursos públicos exige do candidato disponibilidade financeira e de tempo, o que muitas vezes desfavorece a parcela da população negra de baixa renda (OLIVEIRA, 2012, p. 94).

No que se refere ao assunto em questão, verifica-se que não há vedação para a cumulação dessas políticas públicas, na medida em que as ações afirmativas para ingresso no ensino superior, quando analisadas isoladamente, não conseguem suprir de maneira integral seus objetivos, qual seja a inteira capacitação do indivíduo com o intuito de reduzir as desigualdades sociais existentes.

Conquanto, importante fazer uma observação ao modo que as ações afirmativas baseadas no critério da raça são aplicadas.

Conforme discorre o Ministro Carlos Ayres Britto (SAMPAIO, 2012), bem como presente na exposição de motivos das legislações que abarcam o tema, tais políticas públicas visam compensar o passado, visto que o período da escravidão constitui o capítulo mais negro da história do Brasil.

Entretanto, para que essas ações afirmativas cumpram de maneira integral o normatizado pela Constituição Federal, necessária seria a vinculação do critério raça com o parâmetro da renda, para, assim, reverter o quadro vivenciado pela população negra de baixa renda, pois é a estes indivíduos que as políticas públicas apresentadas pelas Leis n. 12.711/12 e 12.990/14 visam atingir.

Nestes termos salienta-se trecho do voto proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF nº 186 (DISTRITO FEDERAL, 2012, p. 28):

Dito de outro modo, justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nas considerações de ordem étnica e racial.

No trecho mencionado, visível a narrativa do Ministro Ricardo Lewandowski ao afirmar a importância da vinculação entre o critério da renda e o critério racial para a incidência de ações afirmativas, para, assim, conferir a integração social dos grupos excluídos.

Assim, diante de todo o narrado pelo presente trabalho, verifica-se que as ações afirmativas baseadas no critério da raça visam atender deveres estatais de redução das desigualdades sociais oriundas de um passado maculoso, de maneira a efetivar o princípio da igualdade. E é por esta mesma razão que a cumulação de ações afirmativas para ingresso no serviço público com exigência de nível superior para aquele indivíduo que teve acesso ao ensino superior em decorrência de cotas raciais não fere os princípios constitucionais, pois, como já mencionado, corresponde ao cumprimento de deveres do Estado e exercício da isonomia em sua forma material.

Todavia, necessária a utilização do critério étnico-racial com a questão da renda, com o fito de as ações afirmativas voltadas para a população negra atenderem apenas a parcela que ainda é calejada pelas disparidades social, visando evitar privilégios desnecessários.

## 6 CONCLUSÃO

As políticas públicas de ações afirmativas constituem medidas estatais ou privadas instituídas com o intuito de reparar as mazelas causadas à população negra em decorrência da escravidão.

Baseando-se nesta afirmação, no presente trabalhou buscou-se analisar a aplicação das ações afirmativas no âmbito do serviço público, eis que em um primeiro momento não se verificou correta a justificativa.

Com o intuito de atender os preceitos ditados pelo princípio da igualdade em seu aspecto material, que visa à efetivação da isonomia, o Estado passou a adotar instrumentos para tentar reverter as diferenças sociais e econômicas presentes na sociedade, de modo que passou a criar leis em que se desprezava o ato de discriminação.

Todavia, notou-se que apenas este critério não foi suficiente para diagnosticar os transtornos decorrentes do preconceito racial. Logo, o Estado passou a adotar medidas inclusivas, denominadas ações afirmativas, consistentes em cotas raciais, que objetivam a inclusão da população negra na sociedade.

Neste ínterim, teve advento a Lei n. 12.288/2010, denominada Estatuto da Igualdade Racial, a qual objetiva a garantia da efetivação da igualdade de oportunidades à população negra. Para que ocorresse a execução das suas finalidades, sobretudo no âmbito da educação e do trabalho, editaram-se as Leis n. 12.711/2012 e n. 12.990/2014, as quais normatizam a reserva de vagas no âmbito da educação pública de nível superior e o ingresso no serviço público em âmbito federal, respectivamente.

Considerando-se que a questão da cumulação de ações afirmativas envolvia conflito entre o princípio da igualdade e do cumprimento de deveres do Estado, necessária foi a utilização do princípio da proporcionalidade para encontrar uma solução à demanda.

Após a análise do tema sob o enfoque do referido princípio, foi possível verificar que a utilização, por um mesmo indivíduo, de ações afirmativas para

ingresso no ensino superior e, posteriormente, no serviço público com exigência de nível superior não fere o princípio da igualdade, na medida em que, isoladamente, a universidade não consegue atender os ideais do legislador, haja vista a influência de fatores externos.

Por fim, verificou-se que para não haver preconceitos com as ações afirmativas baseadas no critério racial estas devem estar vinculadas a questões econômicas, para, assim, estas políticas públicas poderem atender seus reais objetivos, quais sejam compensar as máculas do passado oriundas do período de escravidão e, conseqüentemente, reduzir as desigualdades sociais.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. 96 p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. 6.738-C, de 2013*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostraringtegra;jsessionid=0BA3564FAFFE485DFE354936375A86B0.node1?codteor=1224222&filename=Avulso+-PL+6738/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostraringtegra;jsessionid=0BA3564FAFFE485DFE354936375A86B0.node1?codteor=1224222&filename=Avulso+-PL+6738/2013)> Acesso em: 21 abr. 2016.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Promulgada em 16 jul. 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 07 ago. 2016.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 jul. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 ago. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jun. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm)> Acesso em 21 de abr. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Parecer n. 122.224/2016-AsJConst/SAJ/PGR*. Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Brasília, DF, 19 out. 2016a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4917166>>. Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. Senado Federal. Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 dez. 1969. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41. Relator: Ministro Roberto Barroso. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. *JusBrasil*, Brasília, DF, 02 fev. 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4917166>>. Acesso em: 29 set. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003. 1.522 p.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 1. ed. Portugal: Coimbra Ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 12.990/2014, que reserva aos negros 20% das vagas em concursos públicos federais. *Dizer o Direito*, 10 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/06/comentarios-lei-129902014-que-reserva.html>>. Acesso em: 29 set. 2016.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. *Breve Análise do Princípio da Isonomia*. 2012. Disponível em: <[http://institutoprocessus.com.br/201/wp-content/uploads/2011/12/3\\_edicao1.pdf](http://institutoprocessus.com.br/201/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf)>. Acesso em: 11 ago. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Plenário. Requerente: Democratas – DEM. *Diário de Justiça Eletrônico*, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AMS 14098 MA 2003.37.00.014098-1. Relatora: Desembargadora Federal Sele-  
ne Maria de Almeida. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento em 20 out. 2008. *JusBrasil*, 07 nov. 2008. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2260021/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-14098-ma-20033700014098-1/inteiro-teor-100767881#>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

FERES JUNIOR, João. Aspectos normativos e legais das políticas públicas de ação afirmativa. In: FERES JÚNIOR João; ZONINSEIN, Jonas (Org.). *Ação afirmativa e universidade: projetos nacionais em perspectiva comparada*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2006. p. 46-62.

FONSECA, Dagoberto José. *Políticas públicas e ações afirmativas*. São Paulo: Selo Negro, 2009. 140 p.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*. Passo Fundo: Ed. da UPF, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MAYARA, Hitala. Entendendo a Lei 12.990/14 (reserva de 20% de vagas nos concursos para negros) e seu alcance no âmbito dos concursos para a AGU e PGFN. *Blog Ebeji*, 07 ago. 2015. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/entendendo-a-lei-12-99014-reserva-de-20-de-vagas-nos-concursos-para-negros-e-seu-alcance-no-ambito-dos-concursos-para-a-agu-e-pgfn/>>. Acesso em: 28 set. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015. 959 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 48 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. 1.150 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1.486 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. cap. 5, p. 655-720.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 173 p.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 177, p. 197-217, nov. 2002. Disponível em: <<http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/550/551>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

MOTA, Ronaldo. *Princípios e diretrizes da reforma e a missão da educação superior no Brasil*. jul. 2004. Disponível em: <[http://www.sbpcnet.org.br/livro/56ra/banco\\_conf\\_simp/textos/RonaldoMota.htm](http://www.sbpcnet.org.br/livro/56ra/banco_conf_simp/textos/RonaldoMota.htm)>. Acesso em: 26 set. 2016

NICZ, Alvacir Alfredo. O Princípio da Igualdade e sua significação no estado democrático de direito. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 13, n. 82, nov. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8420&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8420&revista_caderno=9)>. Acesso em: 07 ago 2016.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Comentários ao estatuto da igualdade racial (lei nº 12.288/10)*. São Paulo: ACJ, 2012. 184 p.

PARAÍBA (Estado). Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa. *RTOrd 0131622-23.215.5.13.0025*. Autor: Carlos Delano de Araújo Brandão. Réu: Banco do Brasil SA. Juiz do Trabalho Substituto Adriano Mesquita Dantas. Sentença em 18 jan. 2016. Disponível em: <[https://pje.trt13.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p\\_num\\_pje=61100&p\\_grau\\_pje=1&p\\_seq=131622&p\\_vara=25&dt\\_autuacao=25%2F09%2F2015&cid=1721779](https://pje.trt13.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=61100&p_grau_pje=1&p_seq=131622&p_vara=25&dt_autuacao=25%2F09%2F2015&cid=1721779)>. Acesso em: 29 set. 2016.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 17. 202 p.

PORTAL BRASIL. *Em 3 anos, 150 mil negros ingressaram em universidades por meio de cotas*. 15 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2015/11/cotas-elevam-presenca-de-negros-nas-universidades-federais>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AG 5039025-24.2016.404.0000. Agravante: Laercio Ferreira Araujo. Agravado: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Relatora Marga Inge Barth Tessler. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 06 set. 2016. *JusBrasil*, 06 set. 2016.

SAMPAIO, Felipe. Governo regulamenta Lei de Cotas que destina metade das vagas das instituições federais a estudantes da escola pública. *UOL*, 15 out. 2012. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/201/10/15/governo-regulamenta-lei-de-cotas-que-destina-metade-das-vagas-das-instituicoes-federais-a-estudantes-da-escola-publica.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. cap. 4. p. 396-728.

SELL, Sandro César. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. 86 p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *OAB pede declaração de constitucionalidade de Lei de Cotas*. 27 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=308736>>. Acesso em: 26 set. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em Mandado de Segurança n. 26071/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. Órgão Julgador: Primeira Turma. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826071%2E%2E+OU+26071%2EACMS%2E%29&base=base-Acordaos&url=http://tinyurl.com/jzv9wuw>>. Acesso em: 27 set. 2016.

ZONINSEIN, Jonas. Minorias étnicas e a economia política do desenvolvimento: um novo papel para universidades públicas como gerenciadoras da ação afirmativa no Brasil? In: ZONINSEIN, Jonas; JUNIOR, João Feres (Org.). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2006. p. 63-78.

# EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO MECANISMO DE CONTRIBUIÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Cíntia de Bittencourt Biesek\*  
Ricardo Marcelo de Menezes\*\*

**Resumo:** No presente artigo buscou-se analisar o instituto da educação ambiental a fim de se investigar sua contribuição para a efetivação do princípio constitucional da democracia participativa, diante da gravidade dos problemas ambientais enfrentados nas últimas décadas e da necessidade de conscientização da sociedade sobre a importância de sua participação na gestão sustentável dos recursos ambientais. Neste ponto, buscou-se evidenciar a evolução da educação ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, os dispositivos legais que a regulamentam, a posição doutrinária a respeito da complexidade que o ensino ambiental detém, bem como seu conceito e instrumentos de aplicação. São analisados os principais aspectos da democracia participativa, as possibilidades de participação da sociedade civil no processo de gerenciamento dos recursos naturais, quais institutos legais promovem a previsão da participação social e os benefícios da democracia participativa. Para desenvolver o trabalho, utilizou-se metodologia que envolve pesquisa bibliográfica e avaliação legislativa. Foi possível identificar que a educação ambiental é mecanismo capaz de contribuir para a efetivação da democracia participativa, assim como a participação social fortalece a educação ambiental crítica.

**Palavras-chave:** Democracia participativa. Educação ambiental. Princípios constitucionais.

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade, hoje, está diante de problemas ambientais graves, e é fato que a preservação ambiental não é apenas uma forma de garantir a qualidade de vida, mas também uma questão de sobrevivência humana. Por isso, verifica-se a necessidade de uma conscientização popular mais efetiva, em que todas as pes-

---

\* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; cin.biesek@hotmail.com

\*\* Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Especialista em Direito Processual pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pró-reitor de Graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina; ricardo.menezes@unoesc.edu.br

soas assumam um compromisso com o meio ambiente e se sintam devidamente responsáveis pelo gerenciamento dos recursos naturais e compreendam a importância da sua contribuição para o desenvolvimento sustentável.

A Constituição Federal de 1988 é inovadora ao tratar do meio ambiente, uma vez que a partir dela foi consolidada a proteção jurídica ambiental no Brasil. Com essa finalidade, ela traz, como uma das garantias fundamentais da república, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Além disso, possibilitou a participação da sociedade no gerenciamento dos recursos naturais, descentralizando o processo decisório, antes de competência exclusiva da administração pública, e instituindo o princípio da democracia participativa.

O desenvolvimento de instrumentos que estimulem cada vez mais o exercício da democracia participativa é fundamental, pois a participação ativa da sociedade no enfrentamento dos problemas ambientais é o que dissemina a sua conscientização e colabora para o desenvolvimento sustentável. A democracia participativa não pode ser limitada, pois é por meio da participação social que as pessoas terão noção dos efeitos que seus atos causam ao meio ambiente, entendendo o seu papel no contexto ambiental e, em consequência, tomando atitudes para se alcançar um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável.

A educação ambiental é apontada pela doutrina como um desses mecanismos que tornariam possível o fortalecimento e a efetivação do princípio constitucional da democracia participativa. Em face disso, no presente artigo propôs-se a discutir a temática da educação ambiental e verificar sua contribuição para que se efetive a participação da sociedade no gerenciamento dos recursos ambientais.

Para tanto, a metodologia envolveu pesquisa bibliográfica e avaliação legislativa e o artigo é dividido em três partes: em um primeiro momento, analisa-se o mecanismo da educação ambiental, demonstrando sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, os dispositivos legais que a regulamentam, bem como seu conceito e instrumentos de aplicação; na sequência são analisados os principais aspectos da democracia participativa, as possibilidades de participação da sociedade civil no processo de gestão ambiental, os institutos legais que fazem

previsão da participação social e os benefícios da democracia participativa; e, por fim, a partir dessas premissas, verificam-se os encontros e os desencontros da educação ambiental e da democracia participativa.

## 2 EDUCAÇÃO AMBIENTAL

### 2.1 GÊNESE DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL

O entendimento do que é o meio ambiente e a forma como os recursos naturais são percebidos e utilizados pelo homem sofreu alterações com a evolução da sociedade, diante de circunstâncias como a modificação dos costumes, das necessidades humanas, do desenvolvimento das cidades, do crescimento populacional e da criação de novas tecnologias.

Uma vez que ocorrem essas modificações de percepção sobre os recursos naturais e a natureza de um modo geral, em decorrência do comportamento humano que se altera, surgem novos conflitos na sociedade.

O direito, como sistema que regula as situações fáticas, deve adequar-se à realidade atualmente enfrentada, a fim de preservar os direitos da coletividade, solucionando conflitos de interesse e preservando o bem comum. Traz Milaré (2014, p. 233) que: “*Jus et factum separari non possunt*, ou seja, o ordenamento jurídico procura os fatos, os fatos procuram o amparo do Direito e, assim, não podem separar-se.”

O direito deve atender às demandas que surgem na convivência humana, transparecendo os valores e as prioridades indicadas pelo povo em determinado momento. Por mais que em caráter preventivo, verifica-se que o direito atua posteriormente aos acontecimentos. Conforme entende Ferraz (2011, p. 212), “[...] o Direito somente modificaria sua visão do ambiente quando a sociedade, como um todo, deste tivesse nítida outra concepção.” Segundo Reale (2002, p. 562, grifo nosso):

[...] toda regra de direito representa um momento de equilíbrio, atingido como composição das tensões que, em dada situação histórica e social, se verifica entre um complexo de fatos e um complexo de valores. Sendo a *norma jurídica a solução superadora de um conflito de interesses*, surge ela como algo destinado a durar, dependendo a sua maior ou menor duração de um conjunto de fatores políticos, econômicos, éticos etc.

O que ajuda a explicar o paralelo existente entre a preocupação com o meio ambiente, democracia participativa e a educação ambiental, considerando que estes surgiram de conflitos e adversidades advindas da sociedade que necessitaram de regulamento normativo. Assevera Derani (2008, p. 199, grifo do autor) que “Uma prescrição legal é sempre uma resposta a uma pergunta presente, latente ou expressa, numa sociedade.”

Trazem Ayala e Leite (2004, p. 100) que:

Nesse quadro particular de caracterização da temática ambiental (globalizada e imprevisível), o direito é posicionado em condição de crítica com relação à sua eficácia e ao grau de sua funcionalidade na organização de respostas especializadas (jurídicas) e adequadas para atender as qualidades especiais dos efeitos negativos da crise ecológica nas sociedades contemporâneas.

A maneira como o homem se relaciona com os recursos naturais está inteiramente ligada às suas necessidades, hábitos e também ao momento vivenciado pela sociedade, uma vez que são situações capazes de alterar suas prioridades, bem como podem indicar um maior consumo, ou não, de determinado recurso natural. Segundo Leff (2010, p. 111):

A questão ambiental é uma problemática de caráter eminentemente social: esta foi gerada e está atravessada por um conjunto de processos sociais. Entretanto, as ciências sociais não transformaram seus conceitos, métodos e paradigmas teóricos para abordar as relações entre estes processos sociais e as mudanças ambientais emergentes.

Em resposta à sociedade é que o direito tomou providências instituindo normas, regras e princípios a fim de regulamentar a utilização dos recursos naturais, instituindo métodos de preservação do meio ambiente. Segundo o entendimento de Duarte (2003, p. 73), o direito nessa faceta “[...] surge da necessidade de ordenar e sistematizar as normas relativas ao meio ambiente com vistas a buscar uma boa qualidade de vida para todos.”

Um marco determinante na história da educação ambiental, em âmbito internacional, foi a discussão das questões ambientais ocorridas em 1972, em Estocolmo na Suécia, na Primeira Conferência Mundial do Meio Ambiente Humano, uma vez que dentre vários temas tratados a educação ambiental foi elencada como um dos mecanismos para a discussão e solução da crise ambiental. Segundo Tozoni-Reis (2008a, p. 2):

Nessa conferência, a educação dos indivíduos para o uso mais equilibrado dos recursos foi apontada como uma das estratégias para a solução dos problemas ambientais. A partir de então, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) assumiu a organização de discussões regionais e internacionais de educação ambiental, realizando, entre outros eventos, o Seminário Internacional sobre Educação Ambiental em Belgrado (Iugoslávia) em 1975 e a Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental em Tbilisi (Geórgia – URSS), em 1977.

Em análise ao ordenamento jurídico nacional pode-se observar que foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que as questões ambientais foram elevadas a patamares nunca antes alcançados, considerando que o meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser tido como direito fundamental, e ainda, considerando a atenção do legislador constituinte em demonstrar a preocupação com a defesa do meio ambiente. Para Duarte (2003, p. 90-91):

[...] a Constituição Federal veio consagrar uma verdadeira política de proteção ambiental. Lembremo-nos de que, enquanto documento político que consolidou a transição democrática após longos anos de ditadura militar, nossa atual Constituição veio inaugurar uma nova ordem política no

país, com mudanças significativas na ordem institucional. Os direitos e garantias fundamentais passaram a gozar de posição privilegiada.

Mesmo após a compreensão da problemática ambiental e tomadas as providências legais, não se pode considerar como resolvidos os problemas ambientais; ainda há muito que se fazer para que se consiga efetivar essas normas ambientais e para que sejam apresentados resultados efetivos na preservação do meio ambiente. Comenta Milaré (2014, p. 171) que “Não basta, entretanto, apenas legislar. É fundamental que todas as pessoas e autoridades responsáveis se lancem ao trabalho de tirar essas regras do limbo da teoria para a existência efetiva da vida real; [...]”

Para que seja possível obter essa conscientização ambiental, introduzindo a importância dos recursos ambientais e demonstrando a necessidade da atuação efetiva da sociedade no gerenciamento dos recursos ambientais, é preciso valer-se de instrumentos como a educação ambiental e o acesso à informação.

A informação e a educação ambiental são de suma importância, pois a primeira deve permitir a realização de um retrato da atividade humana e da sua influência nas condições ambientais, assim como indicar qual a situação em que se encontram os recursos naturais, para que se possa precisar a urgência das medidas de conservação. E a educação ambiental, tem função ainda mais relevante, pois com ela se pretende trazer a efetividade no uso dessas informações para transformar a atitude das pessoas e instituir a consciência ecológica para a preservação do meio ambiente.

No ordenamento jurídico nacional, observa-se que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), ao estabelecer, nos artigos 205 e 225, § 1º, inciso VI, a necessidade da educação ambiental em todos os níveis de ensino, recepcionou a Lei n. 6.938, de agosto de 1981, que deliberava sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e estabelecia como princípio da preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental e a educação ambiental, segundo o art. 2º, inciso X (BRASIL, 1981).

Em 1992, no Rio de Janeiro, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que ampliou as discussões anteriormente tratadas na Conferência de Estocolmo em 1972 quanto à educação ambiental e assinando acordos internacionais de grande repercussão, considerando a complexidade e a divergência dos temas tratados, sendo um deles a Agenda 21.

O capítulo 26, da Agenda 21 trata especificamente da educação ambiental, este capítulo é denominado Promoção do Ensino, da Conscientização e do Treinamento e estabelece bases para a ação da educação ambiental e define sua finalidade.

Tempo depois, em 1999, foi publicada a Lei n. 9.795 que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental, posteriormente regulamentada pelo Decreto n. 4.281/02, tornando aplicáveis os dispositivos constitucionais.

Ressalta-se que a educação ambiental já havia sido tratada pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LDB n. 9.394/96, mencionava que a educação ambiental era um dos requisitos dos currículos do ensino fundamental e médio, e que deveria estar integrada aos conteúdos obrigatórios, como traz o § 7º do artigo 26 (BRASIL, 1996).

Tem-se como educação ambiental o conceito trazido pelo artigo 1º da Lei n. 9.795/99:

*Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade. (BRASIL, 1999b, grifo nosso).*

A partir desse conceito é possível observar que a educação ambiental não é uma simples matéria a ser tratada nas linhas básicas de ensino; ela traz consigo uma força de valores, já que pretende instituir na sociedade a ética ambiental quanto ao uso dos recursos naturais, o que permite, desde já, concluir pela sua complexidade, conforme Tozoni-Reis (2008b, p. 9): “A educação ambiental busca

em sua ação humanizadora, porque educativa, a construção de uma prática social e uma ética ambiental que redefinam as relações dos homens com o ambiente em que vivem [...]"

Em contrapartida, Silva (2009, p. 29) traz que "A educação ambiental, nesse sentido, carrega em si a própria utopia, quando assume a missão de contribuir para a construção de uma nova ética e de novos valores." A educação ambiental deve ser aplicada de maneira tal que seja capaz de transformar as atitudes das pessoas em relação aos recursos naturais, de forma que o pensamento ecológico esteja inserido no dia a dia e presente em todas as decisões das pessoas, sendo necessária uma educação ambiental crítica.

Ao tratar de educação ambiental crítica, Tozoni-Reis (2008a, p. 80) comenta que "Para a pedagogia crítica a função da educação é a instrumentalização dos sujeitos sociais para uma prática social transformadora." Assim, a crítica que se propõe com a educação ambiental não é apenas a conscientização da precariedade dos recursos naturais, mas, sim, questionar e propor mudanças efetivas para reverter o caos ambiental enfrentado hoje. Além disso, o sentido prospectivo é acrescentado por Leff (2008, p. 152) ao saber ambiental crítico que:

[...] vai sendo internalizado em diferentes áreas do conhecimento teórico e prático, ampliando seu campo de compreensão, com um maior poder explicativo das ciências sobre os processos complexos da realidade socioambiental, do qual deverão derivar instrumentos mais eficazes de prevenção, controle e manejo do meio ambiente.

Atento à complexidade que acompanha a educação ambiental, o legislador estabeleceu no artigo 2º da Lei n. 9.795/99 que a educação ambiental deve estar presente permanentemente na educação nacional, em caráter formal e não formal, em todos os níveis e modalidades do processo educativo (BRASIL, 1999b).

Em que pese a aplicação do ensino unicamente formal não seja considerada por muitos doutrinadores a maneira mais efetiva de se tratar da problemá-

tica ambiental, tem-se que é uma das formas mais utilizadas e mais presentes nos tempos atuais, conforme entendem Filipini e Trevisol (2008, p. 7):

Embora a educação ambiental não se limite ao espaço formal, a escola é, inegavelmente, um espaço privilegiado, no interior do qual a dimensão ambiental pode inserir-se e propagar-se enquanto elemento fundamental de uma educação crítica e transformadora.

Ao estabelecer a necessidade de expansão da educação ambiental para fora do ensino escolar, não formal, que superem o método simplesmente teórico, são diversas as alternativas propostas. Tozoni-Reis (2008b, p. 13) propõe que “[...] práticas educativas devem ser organizadas sob o paradigma da interdisciplinaridade, radical e intencionalmente construídas em todos os programas de educação ambiental.”

Considerando que as questões ambientais estão vinculadas a toda a sociedade e, por consequência, ligadas diretamente a todos os ramos de ensino, não há o que se falar de aplicação da educação ambiental dissociada dos demais, é preciso haver uma sintonia no ensino, com a associação à realidade fática e aplicação da interdisciplinaridade. Sustentam Campos e Cavassan (2008, p. 87) que “A EA, entendida como processo educativo, deve receber tratamento interdisciplinar, de forma a articular todas as disciplinas do currículo escolar e, assim, facilitar o entendimento de todos os assuntos que compõem a questão ambiental.”

Ademais, a educação ambiental dever ir além do processo conceitual puro, para que por meio de atividades práticas se possa criar empatia para com os problemas ambientais e a união do conhecimento, da participação e a criatividade na busca por soluções façam parte da rotina comportamental do ser humano, tendo por objetivo a criação da ética ambiental. Para Leff (2008, p. 151), com a conscientização ambiental “[...] são gerados novos princípios, valores e conceitos para uma nova racionalidade produtiva e social, e projetos alternativos de civilização, de vida, de desenvolvimento.”

A conscientização ambiental está diretamente ligada aos institutos da ética, da moral e dos valores sociais, que são determinantes nas ações das pessoas, pois a partir destes é que se pode transformar o pensar ecológico em algo plausível.

### **3 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

Assim como a preocupação com a questão ambiental e a introdução da educação ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a democracia participativa na forma com que foi apresentada é considerada uma inovação. Além disso, observa-se que tais institutos estão diretamente ligados à busca do desenvolvimento sustentável.

O Estado democrático de direito no Brasil foi consagrado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe diversos direitos e garantias fundamentais ao povo, de forma a afastar os reflexos deixados pela Ditadura Militar, momento anteriormente vivenciado pelo País. Dessa forma, estabeleceu, desde logo, em seu artigo 1º, parágrafo único (BRASIL, 1988), que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

O País tornou-se um Estado democrático de direito e a democracia um dos princípios fundamentais da República, exercido de forma direta e indireta pelo povo. Mencionio (2011, p. 153) comenta que:

A gestão democrática decorreu de uma mudança de paradigma vivenciado pelo nosso sistema político constitucional, com a introdução dos conceitos de democracia participativa e representativa pela Constituição Federal de 1988. [...] A adoção do sistema democrático pela Carta Magna foi responsável pela introdução de inovações na própria estrutura da Administração pública que abandonou o perfil autoritário, burocrático, isolado, distante dos cidadãos passando a assumir uma postura democrática nas relações com os administrados.

Isso se deve ao Regime Militar vivenciado pelo País antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 que represava qualquer modo de manifestação da sociedade, assim como inibia qualquer forma de participação popular. De acordo com Massochini (2012, p. 72), “A abertura da gestão pública à participação da sociedade civil, pela institucionalização de práticas participativas inovadoras, representa uma ruptura em relação ao modelo tecnocrático e centralizador anterior.”

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro é permeado de mecanismos em que a sociedade concorre nas responsabilidades da administração pública. A sociedade é incluída na atuação estatal, devendo colaborar e participar para que seus interesses sejam refletidos nos atos do Estado, ou seja, o particular aproxima-se do Estado e possui legitimidade para auxiliar na gestão dos interesses de seu país por meio da participação nos mecanismos legais instituídos.

A atuação do povo nas atividades da administração pública pode ocorrer de forma direta e indireta. Canotilho (2003, p. 288, grifo do autor) ressalta o seguinte posicionamento:

Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da *teoria democrática representativa* – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação dos poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica *democracia participativa*, isto é, estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos.

Assim, a participação indireta, também chamada de representativa, ocorre principalmente por meio do exercício do direito de voto, em que o povo escolhe os representantes que defenderão seus interesses e que serão eleitos os escolhidos pela maioria da população. De forma direta, é possível notar que são variadas as possibilidades de participação democrática, pois, como veremos a seguir, tanto a Constituição Federal quanto as normas infraconstitucionais estabelecem instrumentos de participação popular.

O princípio constitucional da democracia participativa permite que a sociedade se aproxime da gestão dos conflitos que lhe afetam diretamente, não somente quando se trata da questão ambiental, mas, sim, em diversos ramos do direito, esquecendo a ideia de que Estado é instituição que impõe deveres à sociedade, sem sequer ouvi-la e instituindo que este age conforme os interesses de seus cidadãos, buscando a promoção do bem comum. Cunha e Loureiro (2008, p. 243) asseveram que:

É por meio dos processos democráticos que se garante a participação política de cada cidadão, a livre associação, a escolha de grupos dirigentes e de nossos representantes no governo, e a proteção da vida individual. E, mais, é por tais meios que se define a destinação dos recursos públicos e o sentido das políticas de Estado com efeitos diretos sobre as múltiplas dimensões da vida em sociedade.

É importante trazer que a democracia não pode ser limitada; são necessários instrumentos que estimulem cada vez mais esse exercício de cidadania, por meio da participação social, considerando que a problemática ambiental vivenciada nos dias de hoje roga por uma atuação conjunta de todos, já que não se trata mais de uma forma de qualidade de vida, os recursos naturais estão escassos, e a preservação do meio ambiente tornou-se uma necessidade humana. Aproximar os cidadãos da administração dos recursos naturais é também uma forma de conscientização.

Nesse momento, a democracia participativa pode aproximar-se à preservação do meio ambiente, interligando esses institutos, considerando o entendimento do constituinte de que para a conscientização da utilização dos recursos ambientais é necessária a participação direta do povo. Jucovsky (2008, p. 347) aponta que:

[...] abre espaço para a participação do povo na gestão ambiental, nos processos legislativos, administrativos e judiciais, para que as decisões sobre o meio ambiente sejam tomadas com base no interesse público [...] há, também, garantias da participação da coletividade nas decisões da

Administração Pública (CF, art. 5º), como o direito de: informação, petição, certidão, compelir os órgãos públicos a prestarem informações individuais ou gerais, exceto ante as hipóteses excepcionais de sigilo; ações judiciais ambientais [...]

O meio ambiente e a democracia participativa na gestão dos recursos ambientais foram disciplinados de forma conjunta no artigo 225 Constituição Federal, que, além disso, prevê áreas nacionais constitucionalmente protegidas, tornando-as patrimônio nacional e estabeleceu sanções penais e administrativas para a prática de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente:

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

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

[...]

*VI - Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;*  
[...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Ainda, denota-se que o povo possui legitimidade para se utilizar dos remédios constitucionais, como o mandado de injunção – artigo 5º, LXXI – que é concedido sempre que a ausência de regulamentação normativa vier a causar prejuízo ao meio ambiente, e a ação popular, prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que visa anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (BRASIL, 1988). Ademais, o artigo 129, III, que atribuiu ao Ministério Público função de promover ação civil pública para a proteção do meio ambiente. Aponta Leite (2015, p. 198, grifo do autor) que:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é extremamente aberta, em sentido democrático ambiental, pois, conforme já visto, no seu art. 255, busca a participação de *todos* na defesa e na preservação do meio ambiente. Nesse sentido, todo problema de política ambiental só poderá ser

resolvido quando reconhecida a unidade entre cidadãos, Estado e meio ambiente, e garantidos os instrumentos de ação conjunta.

Importa destacar que antes do advento da Constituição Federal de 1988 a importância da participação da população na gestão dos recursos ambientais já foi discutida na Conferência de Estocolmo, realizada em 1972, onde o Brasil integrou o rol de mais de 113 países, e foram definidos alguns princípios envolvendo o meio ambiente.

Denota-se que, com a Declaração de Estocolmo, ao homem foi dada a garantia do direito fundamental ao meio ambiente de qualidade, bem como a esse foi atribuída responsabilidade na preservação do meio ambiente, conforme traz o Princípio 1º:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. (DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, 1972).

Também anterior à norma constitucional vigente foram trazidas na Lei n. 6.938, de agosto de 1981, disposições sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e logo em seu artigo 2º, inciso X (BRASIL, 1981, grifo nosso), determinado como um dos princípios da Política Nacional a “[...] educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para *participação ativa na defesa do meio ambiente.*”

O Conama já em 1986 expediu a Resolução de n. 001/86, estabelecendo a necessidade de realização do Estudo de Impacto Ambiental, momento em que disciplinou a necessidade de divulgação dos resultados apresentados pelo estudo e indispensabilidade de discussão do relatório de impacto ambiental, que deveria se realizar por meio de audiência pública – art. 11, § 2º (CONAMA, 1986). Este dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, considerando que

esta determinou a realização de estudo de impacto ambiental, bem como a sua publicidade no artigo 225, § 1º, IV.

Com isso é possível entender que o ordenamento jurídico brasileiro já refletia o princípio da democracia participativa antes de este ser consolidado pela Constituição Federal de 1988, sendo uma determinação muito avançada para a época. Entende Rodrigues (2004, p. 412) que “A partir do impulso inicial da Lei n. 6938/81, o princípio da participação foi impregnando cada vez mais os diversos institutos jurídicos, especialmente aqueles ligados ao meio ambiente.”

Por sua vez, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992 (ECO-92), foi definido no Princípio número 10 que

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos. (DECLARAÇÃO DO RIO ECO-92, 1992).

Quanto aos recursos hídricos, tem-se que com a publicação da Lei n. 9.433/97 (Lei de Águas), que criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, foram instituídos órgãos para desenvolver a gestão dos recursos hídricos, que se destacam por estabelecer a participação. Já no artigo 1º, inciso VI, da Lei de Águas, aponta-se que um dos fundamentos trazidos é de que “[...] a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.” (BRASIL, 1997).

Dos órgãos constituídos para atuar no sistema, elencados no artigo 33 da Lei de Águas, tanto o Conselho Nacional de Recursos Hídricos quanto os Comitês de Bacias Hidrográficas preveem a participação da sociedade civil e dos usuários das águas. Ensina Magalhães (2007, p. 91) que “[...] os comitês de bacia são considerados ‘parlamentos da água’, nos quais a gestão participativa e democrática é operacionalizada a partir da representação de todos os setores da sociedade.”

Em 1999 foi publicada a Lei n. 9.975, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental e delimitou, em seu artigo 5º, inciso IV, que um dos fundamentos da educação ambiental é “[...] o incentivo à participação individual e coletiva, permanente e responsável, na preservação do equilíbrio do meio ambiente, entendendo-se a defesa da qualidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania.” (BRASIL, 1999b). Ademais, traz aos interessados a possibilidade de participar na formulação e na execução de pesquisas relacionadas à problemática ambiental – art. 8º, § 3º, inciso III (BRASIL, 1999b).

De modo complementar, a Política Nacional de Educação Ambiental traz o instituto da educação ambiental não formal, que é definido como as ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente, art. 13, *caput* (BRASIL, 1999b).

Aliando, dessa forma, a educação ambiental à participação da sociedade. Nesse sentido complementa Rodrigues (2004, p. 412) que “[...] a participação popular completa-se com a informação e a educação ambiental.”

Cita-se que a Lei n. 9.790/1999, que versa sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), possibilitou a utilização dessa qualificação para pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham a finalidade de “[...] defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável” (art. 3º, inciso VI), entre outras (BRASIL, 1999a).

Ainda, no ano 2000 foi criado, por meio da Lei n. 9.985/00, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), que também estabeleceu a participação da sociedade civil em seu texto legal, já que antes de serem criadas as unidades de conservação devem ser realizados estudos técnicos e consulta pública (art. 22, § 2º) (BRASIL, 2000).

Além disso, observa-se que vários dispositivos preveem a presença dos representantes da sociedade civil e da população em conselhos, como, por exemplo, no conselho responsável pela área de proteção ambiental (art. 15, § 5º), no conselho consultivo da Floresta Nacional (art. 17, § 5º), no conselho deliberativo da reserva extrativista (§ 2º do art. 18), no conselho deliberativo da reserva de desenvolvimento sustentável, no conselho deliberativo da reserva da biosfera (§ 4º do art. 41) e também no conselho consultivo de cada uma das unidades de conservação do grupo de proteção integral (art. 29) (BRASIL, 2000).

Aponta-se que o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) também possui relação direta com a democracia participativa, uma vez que no inciso II do artigo 2º dispõe que uma de suas diretrizes gerais é a gestão democrática, operacionalizada por meio da participação popular em planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Ademais, o Capítulo IV que trata da gestão democrática da cidade estabelece que:

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:  
I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;  
II – debates, audiências e consultas públicas;  
III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;  
IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;  
V – (VETADO). (BRASIL, 2001).

A participação popular ainda está inserida no contexto da Lei de Biossegurança, n. 11.105/2005, que estruturou a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) e estabeleceu a presença dos cidadãos. Entretanto, nesse

aspecto, essa Lei especificou as qualidades que são necessárias à participação, considerando que a CTNBio será constituída por 27 cidadãos brasileiros que possuam características como “[...] reconhecida competência técnica, de notória atuação e saber científicos, com grau acadêmico de doutor e com destacada atividade profissional nas áreas de biossegurança, biotecnologia, bioética e afins.” (BRASIL, 2005).

Assim, por meio dos institutos legalmente estabelecidos, o princípio da democracia participativa deve ser utilizado pelo cidadão, deixando para traz o entendimento de que a democracia somente é exercida por meio do voto, passando a atuar no processo decisório em que pode estar inserido, como no caso da gestão dos recursos ambientais.

Dessa forma, a participação da sociedade no processo decisório do gerenciamento dos recursos naturais não é necessária apenas para o desenvolvimento sustentável; é essencial para efetivar um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a cidadania e a democracia – artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Todavia, faz-se necessário estimular a atuação da sociedade diante dessas oportunidades, uma vez que a existência da norma apenas se justifica pela sua real aplicação no convívio social.

#### **4 ENCONTROS OU DESENCONTROS DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL E A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

O gerenciamento dos recursos naturais deve ocorrer de forma coletiva, uma vez que a participação da sociedade organizada na gestão ambiental, ao estabelecer os interesses da população, amplia o percentual de acerto na tomada de decisões e divide a responsabilidade, que é de todos, na preservação do meio ambiente, no sentido qualitativo e quantitativo.

Com o compartilhamento da preocupação ambiental, pode-se ampliar a conscientização da crise ambiental e evitar o agravamento dos problemas ambientais. Afirma Leite (2015, p. 195-196) que “Não há como negar, além disso, que a

conscientização global da crise ambiental exige uma cidadania participativa, que compreenda a ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental.”

Todavia, essa participação deverá ser qualificada, trazendo efetividade para o gerenciamento dos recursos naturais, o que pode ocorrer por meio de diversos mecanismos, como, por exemplo, a educação ambiental e o acesso à informação. Segundo afirma Leite (2015, p. 197, grifo nosso), “[...] caberá ao Estado de Direito do Ambiente, indiscutivelmente, entre outras funções, proteger e defender o meio ambiente, *promover educação ambiental*, criar espaços de proteção ambiental, executar o planejamento ambiental.”

A transformação da atuação da sociedade por meio da educação ambiental é um dos avanços mais importantes que se pode concretizar neste século XXI. Essa transformação prevê ações da sociedade que estimulam maior participação social, atividade efetiva, constante e responsável, ou seja, traz a democracia, a cidadania ambiental para integrar os objetivos da educação ambiental, como estabelece o artigo 5º da Lei n. 9.795/99.<sup>1</sup>

Os problemas ambientais que afetam a sociedade atualmente precisam de respostas efetivas e práticas, e o interesse pela resolução dos problemas ambientais deve permear todos os segmentos sociais, uma vez que todos pertencem ao meio ambiente e dele dependem para sobreviver. A conscientização da problemática ambiental é disseminada pela educação ambiental crítica que amplia os

<sup>1</sup> “Art. 5º São objetivos fundamentais da educação ambiental:

I - o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos;

II - a garantia de democratização das informações ambientais;

III - o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social;

IV - o incentivo à participação individual e coletiva, permanente e responsável, na preservação do equilíbrio do meio ambiente, entendendo-se a defesa da qualidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania;

V - o estímulo à cooperação entre as diversas regiões do País, em níveis micro e macrorregionais, com vistas à construção de uma sociedade ambientalmente equilibrada, fundada nos princípios da liberdade, igualdade, solidariedade, democracia, justiça social, responsabilidade e sustentabilidade;

VI - o fomento e o fortalecimento da integração com a ciência e a tecnologia;

VII - o fortalecimento da cidadania, autodeterminação dos povos e solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade.” (BRASIL, 1999b).

conhecimentos teóricos e institui instrumentos de ação para a resolução desses problemas. Contudo, de nada adianta o implemento de saberes ambientais sem a efetiva participação da sociedade.

A democracia participativa e a educação ambiental estão entrelaçadas e, na busca de conscientização, são mecanismos importantes, que mutuamente influenciam a melhoria da problemática ambiental, pois são capazes de estimular a atuação da sociedade perante os recursos naturais, inserindo os cidadãos na gestão ambiental sustentável. A educação ambiental pode ser um dos mecanismos que garante uma participação efetiva das pessoas no processo da gestão dos recursos naturais. Para Leff (2008, p. 62):

Os princípios de gestão ambiental e de democracia participativa propõem a necessária transformação dos Estados nacionais e da ordem internacional para uma convergência dos interesses em conflito e dos objetivos comuns dos diferentes grupos e classes sociais em torno do desenvolvimento sustentável e da apropriação da natureza.

A democracia participativa é um dos mecanismos capazes de modificar a interpretação da sociedade para com a utilização dos recursos naturais, assim como proposto pelo instituto da educação ambiental crítica, uma vez que, além da conscientização, é necessário transformar a forma como a sociedade se relaciona com os outros integrantes do meio ambiente. Entende Tozoni-Reis (2008a, p. 76, grifo do autor) que:

[...] os homens têm a *necessidade* e a *possibilidade* de transformar o mundo e seus elementos pelo trabalho; suas ações são intencionais [...] se os comportamentos necessários para os indivíduos sobreviverem, em sua relação com a natureza, precisam ser produzidos diretamente por eles, precisam, por isso, se aprendidos nas relações entre eles. Dessa forma, a educação surge como um fenômeno propriamente humano; os indivíduos são *produto* e *produtores* dos processos educativos [...]

A eficácia da educação ambiental como mecanismo de transformação da sociedade é confirmada por Tozoni-Reis (2008a, p. 80) ao afirmar que: “[...] os

homens estão sempre se desenvolvendo, estão em um ‘permanente vir-a-ser’. Se os sujeitos não *são* mas podem vir-a-ser, a educação aparece como uma importante possibilidade.”

Traz Silva (2009, p. 26) que: “A teoria e a prática se relacionam nesse saber, que tem como principal meta a conquista da qualidade de vida do povo. Ele favorece a apropriação subjetiva e coletiva do conhecimento de forma a impulsionar a participação da população nos processos decisórios [...]”

Acrescentam Cunha e Loureiro (2008, p. 242) que:

Eis o desafio para todos os educadores ambientais: atuar criticamente na superação das relações sociais vigentes, na conformação de uma ética que possa se afirmar como “ecológica” e na objetivação de um patamar societário que seja a expressão da ruptura com os padrões dominadores e de expropriação que caracterizam a contemporaneidade. Pelo exposto, fica evidente que não é aceitável pensar-se em processos educativos ambientais ignorando a concretude dos agentes sociais envolvidos e os canais institucionais existentes junto ao Estado necessários para garantir democraticamente a sua universalização.

Desse modo, assim como a democracia participativa é fortalecida pela conscientização, o conhecimento conquistado por meio da educação ambiental é também fortalecido pela democracia participativa, sendo, portanto, ambos igualmente necessários para o desenvolvimento sustentável.

A participação da sociedade nas questões ambientais tem importância destacada na gestão sustentável dos recursos naturais, considerando que quanto maior a atuação social, que deve ser qualificada pela educação ambiental, maiores serão os resultados na preservação e na conscientização das pessoas, uma vez que influenciadas pelo conhecimento do outro, o que leva a uma corrente de conhecimento e ação. Entende Silva (2009, p. 26) que

[...] nenhuma mudança radical pode de fato acontecer no cerne da sociedade atual se não houver primeiramente, um interesse público pelas questões ambientais. Este, não será motivado apenas pelas percepções instintivas das transfor-

mações negativas que estão ocorrendo no ambiente e dos riscos que se multiplicam em decorrência delas, mas também por um processo amplo de educação que possa gerar conhecimento e viabilizar a abertura de mais canais democráticos a fim de incluir e ampliar a participação da população quer na geração de ideias para novos estilos de vida menos impactantes, quer na gestão do desenvolvimento dessa outra sociedade que se pretende construir.

Bem menciona Trevisol (2003, p. 139) que “As práticas cidadãs são capazes de instituir o novo. Sem elas a EA e a cidadania não passam de discursos romantizados e sem qualquer efeito transformador.”

A democracia participativa está diretamente ligada e sob a influência da educação ambiental, que é um instrumento capaz de ampliar os conhecimentos da sociedade acerca dos problemas ambientais, apontando as medidas a serem tomadas e proporcionando a capacidade de discussão, que ocorrerá com a participação efetiva das pessoas no processo decisório de gestão dos recursos naturais.

## 5 CONCLUSÃO

Os problemas ambientais estão cada vez mais presentes na vida das pessoas. O consumo exagerado e insustentável dos recursos naturais, assim como a falta de conscientização da sociedade agrava cada vez mais a situação do meio ambiente. Dessa forma, surge a necessidade de ampliar os mecanismos de conscientização e os instrumentos de desenvolvimento sustentável.

Em 1972, em Estocolmo, na Suécia, foi realizada a primeira conferência mundial do meio ambiente humano, na qual, pela primeira vez, foram discutidos instrumentos capazes de ampliar a conscientização social acerca do uso sustentável dos recursos naturais, sendo apontada a educação dos indivíduos como uma das soluções para os problemas ambientais.

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora na questão ambiental, uma vez que instituiu a proteção do meio ambiente, garantindo à sociedade o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como quando pos-

sibilitou a participação da população no gerenciamento dos recursos naturais, aproximando, dessa forma, poder público e sociedade.

A educação ambiental pretende, por meio do processo formal e não formal, trazer a efetividade no uso sustentável dos recursos naturais, instituindo valores, conhecimentos e atitudes ecológicas, construindo, assim, uma verdadeira ética ambiental na sociedade, baseada em pensamentos críticos e transformadores perante os problemas ambientais, as relações de consumo e o desenvolvimento social.

A participação da sociedade nas demandas ambientais deve ser efetiva, uma vez que é importante a consciência de que o ser humano está inserido no meio ambiente e dele depende, e, ainda, que suas ações refletem diretamente na conservação e na qualidade dos recursos naturais. Porém, o homem, que é eminentemente individualista, não se reconhece como integrante desse imenso bioma; grande parte das pessoas não entende a finitude dos recursos naturais e, em vez de colaborarem para um desenvolvimento sustentável, acreditam que o meio ambiente está disponível para seu uso como bem entender.

Nesse contexto, percebe-se, por meio do presente trabalho, que o princípio constitucional da democracia participativa é fortalecido pela conscientização da sociedade agregada pela educação ambiental e quanto maior a atuação social, qualificada, mais produtivos e positivos serão os resultados na preservação ambiental. Ademais, foi possível concluir que a participação da sociedade no processo decisório ambiental também contribui para a aplicação efetiva da educação ambiental no País.

A educação ambiental e a participação social são, juntamente, mecanismos importantíssimos para o desenvolvimento sustentável e a recuperação/preservação do meio ambiente, pois juntos são capazes de instituir na sociedade empatia para com os problemas ambientais, em que a sustentabilidade no gerenciamento dos recursos naturais seja a regra e não a exceção.

## REFERÊNCIAS

AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. Transdisciplinariedade e a proteção jurídico-ambiental em sociedades de risco: direito, ciência e participação. In: BELLO FILHO, Ney de Barros; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Ambiental Contemporâneo*. Barueri: Manole, 2004.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em: 29 jul. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei n. 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei n. 7.990, de 28 de dezembro de 1989. *Diário Oficial União*, Brasília, DF, 09 jan. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9433.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.HTM)>. Acesso em: 07 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999a. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 mar. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm)>. Acesso em: 18 set. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999b. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 abr. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 jul. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 05 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111105.htm)>. Acesso em: 09 out. 2015.

CAMPOS, Sirlei Sebastiana Polidoro; CAVASSAN, Osmar. Oficina de materiais recicláveis: uma alternativa em programas de Educação Ambiental. In: TALAMONI, Jandira L. B.; SAMPAIO; Aloísio Costa (Org.). *Educação Ambiental da prática pedagógica à cidadania*. São Paulo: Escrituras, 2008.

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

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. *Resolução n. 1*, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

CUNHA, Cláudia Conceição; LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo. Educação ambiental e gestão participativa de unidades de conservação: elementos para se pensar a sustentabilidade democrática. *Ambiente & Sociedade*, Campinas, v. 11, n. 2, p. 237-253, jul./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-753X2008000200003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2008000200003)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO. *Declaração da Conferência Mundial de Meio Ambiente da ONU*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <[www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc)>. Acesso em: 25 ago. 2015.

DECLARAÇÃO DO RIO ECO-92. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, Marise Costa de Souza. *Meio ambiente sadio: direito fundamental em crise*. Curitiba: Juruá, 2003.

FERRAZ, Sergio. Meio Ambiente e Constituição: Breves notas. In: BEZNOS, Clovis; CAMMAROSANO, Márcio (Coord.). *Direito Ambiental e Urbanístico*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FILIPINI, Gedalva Terezinha Ribeiro; TREVISOL, Joviles Vitório. *A educação ambiental no parque: uma experiência de pesquisa e formação de educadores ambientais*. Itajaí, 2008. Disponível em: <[http://www.portalanpedsul.com.br/admin/uploads/2008/Educacao\\_ambiental/Poster/04\\_43\\_20\\_A\\_educacao\\_ambiental\\_no\\_parque\\_uma\\_experiencia\\_de\\_pesquisa\\_.pdf](http://www.portalanpedsul.com.br/admin/uploads/2008/Educacao_ambiental/Poster/04_43_20_A_educacao_ambiental_no_parque_uma_experiencia_de_pesquisa_.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2015.

JUCOVSKY, Vera Lucia R. S. Instrumentos jurídicos de participação da sociedade na proteção do meio ambiente no Brasil. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Direito Ambiental em Evolução*. Curitiba: Juruá, 2008.

LEFF, Enrique. *Epistemologia Ambiental*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

LEFF, Enrique. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAGALHÃES JÚNIOR, Antônio Pereira. *Indicadores ambientais e recursos hídricos: Realidade e perspectivas para o Brasil a partir da experiência francesa*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

MASSOCHINI, Leoni. Gestão participativa no comitê da bacia hidrográfica do rio Araguari (MG). In: Di MAURO, Cláudio Antonio; ROSOLEN, Vânia; FERREIRA, Vanderlei de Oliveira (Org.). *Planejamento e Gestão de Recursos Hídricos: exemplos mineiros*. Uberlândia: Assis, 2012.

MENCIO, Mariana. Licenciamento e gestão democrática. In: BEZNOS, Clovis; CAMMAROSANO, Márcio (Coord.). *Direito Ambiental e Urbanístico*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. O princípio da participação popular. In: BELLO FILHO, Ney de Barros; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Ambiental Contemporâneo*. Barueri: Manole, 2004.

SILVA, Mirtes Moreira. *Olhares e Perspectivas sobre a Educação Ambiental, a Democracia Participativa e o Empowerment de Crianças e Adolescentes em Escolas da Rede Municipal de Ensino de São Paulo*. 2009. 218 p. Tese (Doutorado em Saúde Pública)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TOZONI-REIS, Marília Freitas de Campos. *Educação ambiental: natureza, razão e história*. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2008a.

TOZONI-REIS, Marília Freitas de Campos. Pesquisa em educação ambiental na universidade: produção de conhecimentos e ação educativa. In: TALAMONI, Jandira L. B.; SAMPAIO, Aloísio Costa (Org.). *Educação Ambiental da prática pedagógica à cidadania*. São Paulo: Escrituras, 2008b.

TREVISOL, Joviles Vitório. *A educação ambiental em uma sociedade de risco: tarefas e desafios na construção da sustentabilidade*. Joaçaba: Ed. Unoesp, 2003.



# O DIREITO À MORTE: DESAFIOS JURÍDICOS EM FACE DOS INTERESSES ECONÔMICOS

Cristina Küll\*  
Magda Cristiane Detsch da Silva\*\*

**Resumo:** No presente trabalho teve-se como tema o estudo do direito à vida e do direito à morte digna, realizando-se uma análise dos desafios jurídicos concebidos a partir da proibição da morte em face dos interesses econômicos. Será analisado por qual razão o Estado, guardião dos direitos e das garantias fundamentais do ser humano, resiste em torná-los plenos quando se está diante da decisão sobre como e quando morrer. Morrer com dignidade não é uma decisão individual e sim política. Dessa forma, é necessário questionar se os seres humanos possuem o direito constitucional de morrer dignamente. Busca-se com esse trabalho avaliar o conflito que existe entre o respeito à autonomia da vontade do paciente terminal ou em estado vegetativo versus a decisão estatal sobre proteger e garantir o direito à vida acima de tudo. Finalizando, realiza-se uma análise entre os desafios jurídicos em face dos interesses econômicos que proíbem a morte digna e um estudo da fosfoetanolamina, a chamada pílula do câncer, que foi liberada pelo judiciário e logo depois proibida, até que sejam realizadas pesquisas e seu devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). **Palavras-chave:** Eutanásia. Direito à morte digna. Autonomia da vontade. Princípio da Proporcionalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo com este artigo é apresentar um estudo sobre o direito à vida e o direito à morte, realizando uma análise dos desafios jurídicos concebidos a partir da proibição da morte digna em face dos interesses econômicos.

Para a compreensão do tema, fez-se necessária a explanação dos princípios e direitos constitucionais atinentes ao direito à morte. Tais princípios e

\* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; criskull@yahoo.com.br

\*\* Mestra em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Pós-graduada em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná; Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; magda.dasilva@unoesc.edu.br

direitos têm como base a proteção de uma vida digna ao homem, porém se deve garantir uma morte digna também.

No decorrer da pesquisa foi abordado o conceito de morte, as formas de abreviação da vida para aqueles que já não vivem mais com dignidade, bem como a sua permissão e proibição no direito brasileiro e no comparado.

Por fim, foi apresentado o tema central do artigo que trata da permissão da abreviação da vida por meio da eutanásia voluntária, utilizando-se da autonomia da vontade do paciente e do princípio da proporcionalidade para a realização de tal prática. Foi abordado também sobre os desafios jurídicos em face dos interesses econômicos que proíbem a morte digna e sobre a fosfoetanolamina sintética, a chamada pílula do câncer.

## **2 PRINCÍPIOS E DIREITOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES AO DIREITO À MORTE**

Os princípios guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Nesses princípios são sintetizados bens e valores considerados fundamentos de validade de todo o sistema jurídico. No que se refere ao direito à morte, os princípios e os direitos servem de alicerce para a sua efetivação.

### **2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º elenca os fundamentos do Estado e, dentre eles, destaca a dignidade da pessoa humana, que é apresentada como um princípio fundamental para o Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988).

A dignidade da pessoa humana é vista como o fundamento, a origem e o ponto comum entre os direitos fundamentais, que são imprescindíveis para uma vida digna (NOVELINO, 2012, p. 383).

O princípio da dignidade humana está intimamente ligado à vida e à morte dignas. O direito de morrer dignamente consiste na reivindicação por vários direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consci-

ência; refere-se ao desejo de se ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil (BORGES, 2007, p. 232).

Moraes (2000, p. 63) assevera que “[...] o direito à vida deve ser protegido e assegurado pelo Estado em sua dupla acepção: o direito a permanecer vivo e a ter uma vida digna quanto à subsistência.” Isso significa dizer que sem condições dignas de existência, não vale a pena sobreviver.

Portanto, é preciso que o Estado crie mecanismos para que a dignidade da pessoa humana seja respeitada e que o direito à morte digna seja assegurado e entendido de tal maneira que retirar a vida do indivíduo não seja uma prática contrária à legislação brasileira e sim um ato de respeito a tal princípio.

## 2.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia da vontade é considerado um dos elementos essenciais da proteção à liberdade tutelada por meio da Constituição Federal aos indivíduos, estando intimamente ligado ao âmbito das escolhas particulares.

De acordo com Pedro (2002, p. 176), “[...] a autonomia faz-se a par da ideia de dignidade como poder individual de autodeterminação, isto é, o direito de decidir os rumos da própria vida, bem como o poder de realizar as suas escolhas morais mais relevantes.”

Nesse sentido, as escolhas autônomas não devem ser interferidas por terceiros. O ato de consentimento deve ser genuinamente voluntário e basear-se na revelação adequada de informações, englobando, assim, elementos de informação e consentimento (JUNGES, 1999, p. 43).

O direito à morte também deve ser analisado sob a luz do princípio da autonomia da vontade, isto é, a opção de ter uma morte digna, e manter-se vivo quando acometido de uma doença grave deveria ser uma escolha particular de cada indivíduo, sem que o Estado pudesse interferir.

Portanto, é preciso garantir ao ser humano o direito de morrer, ou seja, que ele possa decidir o que lhe convém e qual rumo quer dar à sua própria vida.

## 2.3 PRINCÍPIO DA QUALIDADE DE VIDA

O princípio da qualidade de vida consiste em determinar qual o real significado de uma vida que vale a pena ser vivida e, também, analisar a quem deve ser dada a prerrogativa de decidir sobre tal significação, pois se trata de algo muito subjetivo (PEDRO, 2002, p. 175).

A vida não pode se resumir a uma mera existência biológica. Ela deve estar dotada de qualidade. Desse modo, não bastaria apenas assegurar o direito à vida, o correto seria promover o direito à qualidade de vida. Esse direito reflete que a vida deve promover condições mínimas de dignidade (SZANIAWSKI, 2005, p. 32).

No que se refere ao direito à morte, a qualidade de vida está intrinsecamente relacionada, pois a doença pode ser o fato gerador de sofrimentos insuportáveis, em que continuar vivendo pode resultar mais em castigo do que uma dádiva, ficando claro que muitas pessoas quando acometidas de doenças graves e terminais não possuem o mínimo de qualidade de vida.

Desse modo, faz-se necessário o entendimento de que a morte faz parte da vida, e, se Estado e a medicina não são suficientes para proporcionar a cura de todos os males, deveria caber ao titular, quando possível, eleger o que prefere, ou seja, o que melhor atende às suas vontades e necessidades, bem como aos seus familiares e tutores.

## 2.4 DIREITO À VIDA

A vida é o bem fundamental do ser humano garantida constitucionalmente por meio da Carta Magna de 1988. Sem a garantia desse direito não há como falar em outros direitos, ou seja, a vida é vista como o principal objeto do nosso ordenamento jurídico (BRASIL, 1988).

Como acentua Moraes (2000, p. 61), “[...] o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos.”

O Código Penal brasileiro também tutela o direito à vida, tanto que em seu art. 121 tipifica como crime o homicídio (BRASIL, 1940). A questão a ser enfatizada é se seria correto analisar sob a ótica do Código Penal os pacientes com doenças terminais que podem querer abrir mão do direito à vida.

Os autores Myszczyk e Meirelles (2008, p. 8) expõem que: “[...] dentre os direitos fundamentais, o direito à vida constitui a fonte primária de todos os outros direitos do ser humano [...]” Assim, o direito de morrer, ou seja, de escolher o momento de sua morte ou a não submissão a tratamentos desumanos ou degradantes não deveria ser tipificado como crime.

Porém, como se trata de um direito inerente à pessoa humana, que ao nascimento se adquire sem a possibilidade de escolha, será que é constitucional impedir que o ser humano abra mão de tal direito quando se encontra em um momento em que não deseja mais viver?

O Estado deve garantir a vida e proporcionar meios para que a vida seja digna, porém tirar a possibilidade de o paciente terminal escolher qual a melhor forma de encerrar a sua vida e, ainda, não permitir que ele não sofra discriminações em razão da natureza das suas escolhas não é garantir vida digna.

## 2.5 DIREITO À SAÚDE

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) (1946), “[...] a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”

No Brasil o direito à saúde está previsto na Constituição Federal no art. 6º e no art. 196, que descreve: “[...] 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).

Tal preceito é complementado pela Lei n. 8.080/90, em seu artigo 2º, que descreve: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” (BRASIL, 1990).

O Estado tem o dever de garantir e tutelar o acesso à saúde, porém a medicina mesmo com todos os seus avanços ainda não conseguiu encontrar a cura para todas as doenças, ficando, assim, o direito à saúde desprotegido, afinal o paciente não pode usufruir de algo que não existe.

Desse modo, o prolongamento sacrificado da vida de pacientes terminais contra sua vontade, utilizando tratamentos apenas paliativos, expõe o sujeito a situações de dores, sofrimentos e, até mesmo, de humilhações, ferindo, assim, vários princípios e direitos inerentes ao ser humano previstos na Carta Republicana de 1988.

## 2.6 DIREITO À LIBERDADE

Juridicamente a liberdade é considerada um direito fundamental de primeira geração, sendo inserida na Constituição Federal de 1988 no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (BRASIL, 1988).

Silva (2006, p. 232) propõe para a liberdade o seguinte conceito: “[...] consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.”

Também, nesse sentido, Baez e Cassel (2011, p. 177) caracterizam o direito à liberdade como “[...] a não submissão a outrem, o fato de não estar sob controle de terceiros, de não sofrer restrições impositivas, venham estas do Estado ou de outro indivíduo.”

Tal direito também deve ser respeitado em casos de pacientes terminais que desejam abreviar a sua vida, ou seja, a sua liberdade de escolha deve ser considerada garantindo, assim, o cumprimento dessa norma prevista no art. 5º da Carta Magna.

## **3 A MORTE E AS MODALIDADES DE ABREVIÇÃO DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO**

A morte é um processo diário; contudo para pessoas acometidas de doenças graves, em estados terminais ou vegetativos a morte não é vista como um processo natural. Para essas pessoas abreviar a vida pode ser a única forma de ter

a morte encarada com mais dignidade e menos sofrimento, ou seja, um processo menos doloroso.

A seguir são abordadas as modalidades que abreviam a vida, como suicídio assistido, eutanásia, ortotanásia, distanásia, mistanásia e testamento vital, bem como a proibição de tais práticas no direito brasileiro, fazendo-se, assim, um comparativo com a legislação de alguns países que permitem ou proíbem tais práticas.

### 3.1 A MORTE

De acordo com Sá (2005, p. 61), “[...] morrer é parte integral da vida, tão natural e previsível quanto nascer. É inevitável. Todos morrem um dia, é apenas uma questão de tempo. Dessa forma, a única certeza de quem vive é a morte.

O avanço da tecnologia e da ciência aplicadas tanto na concepção quanto no prolongamento da vida tornou clara a necessidade de formulação de leis sobre os limites da vida. Até então, a constatação biológica da morte tinha como parâmetro a parada dos batimentos cardíacos e do sistema respiratório; porém, com o passar do tempo, observou-se que havia quadro clínico em que o indivíduo apresentava ausência de funcionamento cerebral e manutenção das demais funções orgânicas, o que foi denominado “coma irreversível” (GOMES; MENEZES, 2008, p. 10).

Em razão dessas transformações a medicina foi capaz de desenvolver métodos que possibilitaram manter vivo um paciente por meios artificiais, obrigando, então, o surgimento de um novo conceito de morte, não sendo visto mais como um instante, mas, sim, um processo, no qual se identificam fases: morte cerebral, biológica e clínica (MORAES, 2010, p. 239).

Dentre todas as questões afetas ao ser humano, a única certeza é que a vida possui um fim e que a morte chega para todos, independentemente de cor, posição social, credo ou idade.

### 3.2 O SUICÍDIO E AS DEMAIS PRÁTICAS QUE ABREVIAM A VIDA

Durkheim (2000, p. 11) apontou o suicídio como sendo “[...] toda morte que resulta mediata ou imediatamente de um ato positivo ou negativo, realizado pela própria vítima.”

No Brasil, conforme dispõe o Código Penal Brasileiro, em seu art. 122: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça” é considerado crime. Portanto, a lei penal brasileira é clara ao exibir que a indução, a instigação ou o auxílio ao suicídio é crime (BRASIL, 1940).

As questões referentes aos métodos de abreviamento da vida provocam debates que envolvem argumentos dos campos científicos, jurídicos, éticos e principalmente religiosos. Com isso, para uma melhor compreensão sobre o tema é necessário trazer alguns conceitos a respeito da abreviação da vida, pois existem distinções entre as condutas praticadas.

#### 3.2.1 Suicídio Assistido

No suicídio assistido, a vontade de abreviar a vida parte do indivíduo, embora seja auxiliado ou conduzido por alguém, diferentemente da eutanásia na qual a conduta é derivada de uma ação ou omissão de outrem (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 27).

Entre os requisitos necessários para a prática do suicídio assistido estão: o paciente deve estar ciente da moléstia e dos tipos de tratamentos paliativos disponíveis, deve ter manifestado sua vontade de morrer, o médico deve certificar-se de que o julgamento do paciente não está distorcido, deve ocorrer a consulta a outro médico para ter certeza de que o pedido do paciente é racional, consciente e voluntário e deve ser apresentada documentação que comprove a observância de cada um dos requisitos anteriormente apontados (DINIZ, 2014, p. 302).

Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro não existe uma regulamentação sobre o direito de morrer. Sabe-se que a morte é um acontecimento

certo e inevitável, porém não é permitido a ninguém escolher o momento da sua morte, de modo que no Brasil uma pessoa que auxilie, instigue ou colabore para abreviar a vida de outro ser humano cometerá o crime previsto no art. 122 do Código Penal (BRASIL, 1940).

### 3.2.2 Eutanásia

O termo eutanásia em uma definição etimológica é a morte boa, sem dores e angústias para o enfermo (RODRIGUES, 1993, p. 59).

Roxin (2003, p. 45) entende a eutanásia como “[...] a ajuda que se presta a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou ao menos levando em conta sua vontade presumida, no sentido de proporcionar-lhe uma morte em consonância com a sua noção de dignidade humana.”

A prática da eutanásia é uma forma de propiciar a morte a uma pessoa que esteja padecendo com alguma doença fatal ou que se encontre em estado vegetativo, sem nenhuma esperança de melhora.

### 3.2.3 Ortotanásia

Ter uma morte natural, de forma digna, ou seja, sem submeter o paciente a procedimentos que prolonguem a sua vida quando se encontra em fase terminal é o grande conceito dos defensores da tese da ortotanásia.

Marçal e Gouveia (2010, p. 11) descrevem que “[...] a ortotanásia visa a morte com dignidade, evitando manter o paciente vivo a todo custo sem se preocupar com o excessivo sofrimento a ele causado.”

Segundo a Resolução n. 1931/2009 do Conselho Federal de Medicina, que institui o Código de Ética Médica, a ortotanásia consiste de procedimento ético, aplicado em situações clínicas irreversíveis e terminais, possibilitando ao médico evitar a realização de abordagens diagnósticas e terapêuticas desnecessárias e propiciar aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos

apropriados, na busca de uma morte digna sem dor ou sofrimento (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

A prática da ortotanásia permite que o paciente terminal ou portador de doença crônica siga seu caminho natural para a morte sem lhe aumentar a vida de forma artificial, ou seja, que seja realizado apenas o acompanhamento para que a morte ocorra da maneira natural e sem maiores sofrimentos.

### 3.2.4 Distanásia

A distanásia tem como objetivo principal sustentar a vida e não o conforto do paciente, podendo ser vista como o processo de ampliação de morte e não de vida, pois não se preocupa com o bem-estar do paciente (MARÇAL; GOUVEIA, 2010, p. 12).

Esse atraso do termo final da vida é realizado por todos os meios possíveis, ainda que isso possa causar aos pacientes sofrimentos adicionais que não conseguirão afastar a inevitável morte, apenas atrasá-la por um período de tempo.

Desse modo, a distanásia prolonga a quantidade de vida humana, ou seja, quanto mais desenvolvida a tecnologia, a estrutura do hospital e quanto maior o recurso financeiro do paciente para pagar o tratamento, mais prolongada será a sua vida.

### 3.2.5 Mistanásia

A mistanásia é conhecida como a eutanásia social, ou seja, é a morte do miserável por falta de assistência. Nesses casos a vítima nem sequer ingressa no sistema de saúde ou ingressa e não recebe a assistência devida. Tal fato ocorre principalmente perante as camadas mais necessitadas ou vulneráveis da sociedade e acabam tendo uma morte prematura e miserável (GOMES, 2012).

O público-alvo da mistanásia não são apenas os doentes em fase terminal, seu conceito é muito mais amplo, envolvendo toda e qualquer pessoa que, em razão de acidentes ou problemas de saúde, tem uma morte prematura em virtude de questões de desatenção humana a seu próximo, por falta de atendimento mé-

dico nos hospitais, falta de acesso à saúde, pobreza, maus tratos, etc. (MARÇAL; GOUVEIA, 2010, p. 14).

Portanto, a mistanásia ocorre por uma omissão estatal, ou seja, por quem tem o dever de prestar o direito coletivo à saúde pública.

### 3.2.6 Testamento vital e as diretivas antecipadas de vontade

O testamento vital surgiu primeiramente no contexto da luta em favor da eutanásia. Depois passou a ser um objetivo de outras pessoas não vinculadas à eutanásia, que lutavam pela autonomia do paciente em seu sentido mais amplo (BONAMIGO, 2015, p. 154).

É um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade (BORGES, 2007, p. 240).

Já as diretivas antecipadas de vontade possuem respaldo no art. 1º e 2º da Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina:

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.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Essa Resolução permite que o paciente deixe um testamento relatando sua vontade e possibilita que seja nomeado um representante para que sua pretensão seja cumprida mesmo sem o consentimento de seus familiares.

O que o testamento vital busca é a realização da vontade do paciente, permitindo que ele escolha o que é mais confortável e eficaz. Isso garante o seu

direito de autonomia da vontade e sua autodeterminação, que deve ser respeitado inclusive quanto ao momento de sua morte.

### 3.3 A ABREVIACÃO DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO

Na legislação brasileira os métodos de abreviação da vida são proibidos.

O Código Penal pune quem tira a vida de outrem, com previsão legal no artigo 121, parágrafo 1º, que é a conduta desempenhada por aquele que desliga os aparelhos de um doente em estado terminal por compaixão. Também é punida a conduta do agente que presta assistência a quem deseja morrer, ou seja, auxílio ao suicídio, previsto no art. 122 desse mesmo Código (BRASIL, 1940).

A eutanásia também é vedada por meio do Código de Ética Médica, que descreve em seu art. 41 que “[...] é vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

Já no direito internacional, a eutanásia e o suicídio assistido também são alvos de incansáveis discussões. Em alguns países a legislação permite, em outros ela proíbe. Para tanto, faz-se necessário acompanhar como alguns países ao redor do mundo legislam e decidem sobre o direito de morrer.

#### 3.3.1 Alemanha

A Alemanha em sua legislação atual proíbe a prática da eutanásia em sua forma ativa. Caso seja praticada a punição pode chegar a até cinco anos de prisão (GOLDIM JÚNIOR, 2014). No entanto, a eutanásia indireta ou a passiva, bem como o suicídio assistido, podem ser permitidos sob determinadas condições.

A eutanásia indireta é realizada por meio de medicamentos que podem provocar a morte do paciente e não é punível desde que corresponda expressamente ao desejo do paciente. Já a realizada na forma passiva, quando condicionada à interrupção ou suspensão do tratamento a pedido do paciente, enquadrando-se

medidas como o desligamento de aparelhos médicos de respiração artificial, é permitida para pacientes em situação terminal, desde que corresponda à sua vontade presumida ou expressa em um testamento vital (DW MADE FOR MINDS, 2008).

Portanto, a legislação alemã prevê punição apenas para o ato deliberado de provocar a morte do paciente, atendendo à sua vontade real ou presumida, mas não pune a conduta daquele que pratica na forma indireta, passiva ou por meio do suicídio assistido.

### 3.3.2 Bélgica

A Bélgica tornou-se o segundo país do mundo a legalizar a eutanásia ou morte assistida de pacientes que não possuem mais chances de viver normalmente ou cujo sofrimento para continuarem vivos é insuportável. Nesse país esse tipo de abreviação da vida é permitido desde o ano 2002.

Segundo a legislação desse país, o médico que pratica a eutanásia não está praticando um ato ilegal, desde que esteja em conformidade com as disposições do texto legal (PESSINI; 2004, p. 124).

Para que essa prática seja considerada legal é necessário que o paciente realize formalmente o pedido, após o médico certificar sobre seu estado de saúde e suas chances de vida, informando sobre todas as opções de tratamento incluindo a de cuidados paliativos e sobre as implicações decorrentes de suas escolhas (BBC BRASIL, 2002).

Desse modo, a legislação belga concede ao paciente ou ao seu representante legal a permissão da prática da eutanásia e a certeza da não punição de quem a praticou, desde que sejam seguidas todas as condições previstas em lei.

### 3.3.3 Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos a decisão sobre a permissão ou a proibição da prática da eutanásia é de competência de cada um dos Estados. De qualquer forma, é imprescindível esclarecer que eles permitem a abreviação da vida na modalidade

do suicídio ou morte assistida, método no qual o próprio paciente ingere medicamentos letais previamente prescritos por médico (MOLINARI, 2014).

A legalidade de tal prática é regulamentada, não constituindo, assim, crime nos Estados de Washington, Oregon, Vermont, Montana e Califórnia.

### 3.3.4 Holanda

O parlamento Holandês, em 10 de abril de 2001, aprovou a lei que torna a morte assistida (eutanásia e suicídio assistido) um procedimento legal, entrando em vigor no ano 2002 (SANTO, 2009, p. 105).

Para que tal prática seja aceita, o paciente deve ter uma doença incurável, o pedido deve ser feito pelo paciente voluntariamente, e um segundo médico precisa analisar o caso e emitir sua opinião. Menores de idade, entre 12 e 16 anos, também podem pedir a eutanásia, mas é necessário o consentimento dos pais (SANTO, 2009, p. 105).

Assim, na Holanda o ordenamento jurídico está plenamente de acordo com a prática da eutanásia e do suicídio assistido.

### 3.3.5 Luxemburgo

No ano 2008, Luxemburgo aprovou uma lei descriminalizando a eutanásia. Após um ano, em 19 de março de 2009, a lei foi aprovada em instância final, fazendo com que tal país fosse o terceiro da união europeia a permitir essa prática.

A lei de Luxemburgo se assemelha à da Holanda e da Bélgica, pois exige que a eutanásia somente possa ocorrer em pacientes com doenças incuráveis, por solicitação da própria pessoa maior de idade e com a avaliação prévia de dois médicos e por um painel de peritos (GOLDIM JÚNIOR, 2014b).

Portanto, a legislação local do país estabelece que o médico que praticar a eutanásia ou der assistência ao suicídio de um maior de idade ou menor eman-

cipado com um diagnóstico irreversível não será sancionado penalmente e não responderá civilmente.

#### **4 A AUTONOMIA DA VONTADE DO SER HUMANO EM FACE DOS INTERESSES ECONÔMICOS QUE CIRCUNDAM A PROIBIÇÃO DA MORTE DIGNA**

Nesta seção é analisado até onde a autonomia da vontade do ser humano é respeitada quando o assunto é a abreviação da vida humana em face dos interesses econômicos da sociedade brasileira que a cada ano lucra milhões com a indústria de fármacos, com a evolução da medicina e dos planos de saúde.

Também é feita uma análise de como o direito se posiciona diante da fosfoetanolamina sintética, a chamada pílula do câncer, bem como sobre a utilização do princípio da proporcionalidade para a permissão da abreviação da vida nos casos de pacientes em estados vegetativos ou terminais com o seu devido consentimento.

##### **4.1 O RESPEITO À AUTONOMIA DA VONTADE DE PACIENTES EM ESTADOS TERMINAIS E VEGETATIVOS QUE DESEJAM ABREVIAR A VIDA**

Para Kipper (2009, p. 1), “[...] paciente terminal é aquele cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo.”

O Código de Ética Médica Brasileiro regulamentou em alguns de seus artigos a preservação da autonomia da vontade dos pacientes; os mais diretamente relacionados são:

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. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. [...]

Art. 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).

Não se pode desconsiderar a dor de um indivíduo que vive nesse contexto, pois protelar a vida de quem está desenganado pela medicina, e, ainda, submetê-lo a tratamentos que não solucionarão o seu problema nos parece mais um castigo que proteção à vida.

Se uma pessoa deseja mais a morte do que a vida, então, causar a sua morte, em face de seu pedido, de sua manifestação expressa de vontade não lhe prejudica, pois não atender a seu pedido lhe causará indignidade e desespero (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 263).

Por isso, a decisão de prolongar ou não o processo de morrer de pacientes em fase terminal deve respeitar a compreensão do enfermo sobre como a sua vida deveria ser conduzida. Dessa forma, não é difícil perceber que essa decisão não pode ser universalizada, ou seja, deve ser analisada de acordo com cada caso concreto.

#### 4.2 OS INTERESSES ECONÔMICOS QUE CIRCUNDAM A PROIBIÇÃO DA MORTE DIGNA

Os interesses econômicos que circundam a proibição da morte digna podem estar intimamente relacionados à indústria farmacêutica brasileira, que cresce a passos largos e a cada ano aumenta mais o seu faturamento. A cada dia novos pesquisadores descobrem uma nova substância para combater uma nova doença, mas será que já não existem substâncias que curam e que estão escondidas por trás desse mundo capitalista dos fármacos?

Segundo Duarte et al. (2015, p. 5), “[...] a indústria farmacêutica tem como objetivo primordial a produção de medicamentos, o que exige, consentane-

amente, atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D), inovação, comercialização e distribuição de produtos.”

No Brasil tal industrialização teve início na década de 1920, quando os primeiros laboratórios nacionais começaram a ser instalados, mas foi, sobretudo, a partir dos anos 1930 que a produção local começou, porém de forma reduzida (BASTOS, 2005 apud TEIXEIRA, 2014, p. 29).

Todas essas transformações que a indústria de medicamentos vem passando ao longo dos anos, tanto no cenário mundial quanto no nacional, apresentam um crescimento bem acelerado em comparação a outros segmentos. A Tabela 1 demonstra os dados referentes a esse crescimento no Brasil nos anos 2003 a 2011.

Tabela 1 – Mercado farmacêutico no Brasil, vendas nominais em R\$, US\$ e unidades

Ano	Vendas em R\$	Vendas em US\$	Vendas em unidades	Variação %
2003	14.780.035.430	4.852.551.683	1.219.059.330	-
2004	17.254.159.949	5.903.242.169	1.332.962.885	9,34
2005	19.227.311.353	7.953.595.364	1.374.337.043	3,10
2006	21.452.327.098	9.868.158.578	1.436.958.119	4,56
2007	23.583.331.115	12.179.582.492	1.517.566.838	5,61
2008	26.398.308.322	14.648.704.823	1.632.054.560	7,54
2009	30.172.360.392	15.406.961.454	1.767.001.730	8,27
2010	36.230.906.182	20.630.804.119	2.070.444.076	17,17
2011	42.931.385.101	25.716.828.089	2.340.535.661	13,09

Fonte: Sindusfarma (2012).

A Tabela 1 demonstra claramente a evolução de vendas desse setor, ficando evidente que o lucro auferido é bem considerável e que aumenta anualmente, o que pode ser um grande indício de que os interesses por trás desse mercado podem despertar nos empresários apenas a vontade de lucrar, não querendo, assim, pesquisar e fabricar medicamentos curativos, continuando apenas com os paliativos.

A medicina, a indústria de fármacos e os planos de saúde são capazes de transformar o processo de morrer em uma jornada mais longa e sofrida do que o

necessário, em uma luta contra a natureza e o ciclo natural da vida. Os interesses econômicos não podem ter maior relevância do que o direito do indivíduo de exercer sua autonomia para que a morte chegue na hora certa, sem sofrimentos inúteis e degradantes.

#### 4.3 A FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA: SERÁ MESMO A CHANCE DE CURA PARA O CÂNCER?

Quando estudamos o direito à morte, é evidente que são vários os fatores envolvidos, os éticos, os morais e, principalmente, os científicos. Por esse motivo é relevante para a pesquisa trazer um tema que está sendo altamente discutido na sociedade, no meio da medicina e que foi inserido também na área do direito, que é o uso da fosfoetanolamina sintética, a chamada pílula do câncer.

Será que a justiça tem legitimidade para permitir ou proibir o uso dessa substância? Quais foram os desafios jurídicos encontrados pelo judiciário para liberar o uso e também agora proibi-lo? Tais decisões podem influenciar o direito à morte digna, pois quem garante que os pacientes que utilizaram essa substância não estão apenas prolongando mais uma vez o seu sofrimento, ou seja, confiando na cura e tendo novamente um cuidado paliativo?

Esses questionamentos ainda não são muito fáceis de responder, principalmente pelo fato de que é um assunto novo e que gera muita polêmica em vários segmentos. Contudo, o conteúdo a ser estudado tem o objetivo de trazer informações e construir um raciocínio cronológico sobre o tema abordado.

##### 4.3.1 A fosfoetanolamina sintética

A fosfoetanolamina sintética é uma substância naturalmente produzida pelo fígado e pelas células de alguns músculos do corpo e serve para ajudar o sistema imune a ser eficiente na eliminação de células malignas. No entanto, ela é produzida em pouca quantidade, por isso a Universidade de São Paulo (USP) iniciou a produção na forma sintética (DAVILA, 2016).

Essa substância começou a ser estudada no início dos anos 1990 no Instituto de Química de São Carlos da Universidade de São Paulo. A partir de resultados preliminares animadores em alguns modelos experimentais em linhagens celulares de câncer e em animais teve início o uso em alguns pacientes portadores de câncer na região da Cidade de São Carlos, SP (BRASIL, 2016b).

Porém, nunca foram feitos testes clínicos e em um grande número de pacientes, sob o controle de médicos e pesquisadores. Esses tipos de testes são fundamentais e exigidos por leis para que um composto seja considerado medicamento (BUSCATO, 2015).

Essa substância estudada é produzida nesse laboratório universitário há mais de 20 anos e possui um caráter experimental, não tendo comprovações científicas sobre a sua real eficácia. Várias pessoas utilizaram essa pílula durante esses anos, porém sem nenhuma comprovação evidente de um resultado curativo.

#### **4.3.2 Por que várias pessoas procuraram a Justiça para conseguir a substância?**

Por mais de 20 anos, a fosfoetanolamina sintética foi distribuída para pessoas que procuravam a Universidade de forma gratuita. Contudo a Portaria n. 1389/2014 do Instituto de Química de São Carlos (IQSC), proibiu o seu fornecimento (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2014). A partir disso, teve início uma série de disputas judiciais para liberar ou não a substância.

A fosfoetanolamina sintética ainda é uma substância experimental, e apesar de usuários e familiares descreverem melhora significativa no combate à doença utilizando o medicamento, o mesmo não possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e, assim, conseqüentemente, não pode ser distribuído livremente para a população (FERNANDES, 2015).

Após o longo período de discussão sobre a eficácia ou não desse medicamento e pelo fato de muitas pessoas terem procurado o judiciário para conseguir a pílula, em abril de 2016 foi sancionada a Lei n. 13.269/2016, que autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes com câncer (BRASIL, 2016a).

A Lei n. 13.269/2016 permite o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, por livre escolha, desde que observados os seguintes requisitos: laudo médico que comprove o diagnóstico e assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal (BRASIL, 2016a).

Porém, no dia 19 de maio de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu o uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como “pílula do câncer”. Os ministros deferiram pedido liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5501 para suspender a eficácia da Lei n. 13.269/2016, que autorizou o uso da substância por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna antes de seu registro na Anvisa (SENADO FEDERAL, 2016).

Após a decisão do STF, vários pacientes que estavam fazendo o uso da substância demandaram a USP judicialmente para que continuasse fornecendo as pílulas e o tratamento não fosse interrompido.

As decisões favoráveis ao paciente, mesmo após a suspensão da eficácia da Lei n. 13.269/2016, deixam evidente que o judiciário brasileiro vem enfrentando muitos desafios ainda para solucionar esse impasse, pois de um lado existe o medicamento que está em caráter experimental e do outro está o paciente que vê nessa substância uma possível cura, que não é comprovada e que pode lhe causar efeitos colaterais ainda não apresentados e acarretar até a morte.

#### **4.3.3 Os resultados dos testes iniciais com a fosfoetanolamina sintética**

Os primeiros testes foram realizados nas cápsulas produzidas pelo Instituto de Química de São Carlos, USP. Tais testes foram autorizados e financiados pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) e realizados nos laboratórios autorizados para a pesquisa.

Os testes realizados em animais utilizando a fosfoetanolamina sintética obtiveram os seguintes resultados, como descreve Dávila (2016):

Em Junho de 2016 o Centro de Inovação e Ensaios Pré-Clínicos (CIEnP) concluiu novos testes com a fosfoetanolamina sintética. As análises foram realizadas em células do pâncreas, pulmão e melanoma, com o intuito de checar a capacidade da substância de destruir células tumorais e inibir seu crescimento. Os testes concluíram que a fosfoetanolamina não obteve eficácia contra as células do tumor de pâncreas ou melanoma. Já no câncer de pulmão a substância conseguiu reduzir a viabilidade celular em 10,8% e a proliferação em 36,1%.

Já os testes em seres humanos iniciaram no dia 25 de julho de 2016 em São Paulo; a primeira fase da pesquisa avaliará 10 pacientes para definir uma dose segura que será utilizada. Essa etapa será definida como estágio 1 (DÁVILA, 2016).

Até o momento ainda não foram publicados os resultados oficiais dos testes da fosfoetanolamina sintética em seres humanos, restando-nos apenas aguardar para saber se realmente ela é eficaz e se pode curar o câncer.

#### **4.3.4 A falsificação da fosfoetanolamina sintética**

Como esse tema causa ainda muita divergência na sociedade, relativamente a sua liberação ou proibição, não é incomum que fatos atípicos ocorram, como foram os casos que aconteceram em Pomerode, SC, e em Brasília, DF.

No primeiro caso, o representante comercial Carlos Kennedy Witthoft, de Pomerode, descobriu a doença na mãe, Irene Volkmann, em março de 2007, quando ela tinha 82 anos, sendo diagnosticada com um tumor no colo do útero e informaram que teria alguns meses de vida. Isso o motivou a buscar um tratamento alternativo para o câncer; foi quando procurou pesquisas sobre tratamento no Instituto de Química de São Carlos da Universidade de São Paulo (RIBAS, 2015).

Contudo, em 23 de junho de 2015, a Vigilância Sanitária e a polícia, por meio de ordem judicial, apreenderam a matéria-prima, o maquinário e as cápsulas e Carlos foi preso em flagrante por falsificação de medicamento. No momento

Carlos responde em liberdade por infração prevista no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, e aguarda julgamento (RIBAS, 2015).

Já o segundo caso, teve quatro pessoas envolvidas na produção e na venda de cápsulas que supostamente seriam de fosfoetanolamina sintética. Elas foram presas no Distrito Federal no dia 08 de dezembro de 2015. A polícia chegou à quadrilha após uma denúncia anônima por um paciente que compraria o remédio. Cada frasco era vendido por até R\$ 180. O faturamento do grupo era estimado em R\$ 360 mil mensais (RODRIGUES, 2015).

Resta evidenciado que a chamada pílula do câncer é um novo desafio jurídico para a área do direito, afinal são poucas as informações sobre o assunto, e mediante isso várias pessoas por interesses puramente econômicos, como foi o caso dessa quadrilha de falsificadores, acaba querendo obter lucros nessa classe de pessoas que está passando por um momento tão frágil de suas vidas, que são os pacientes acometidos de câncer.

No cenário atual, o Estado deve, sim, continuar a realização de investimentos em pesquisas e na obtenção de resultados verídicos para que o judiciário não precise ficar interferindo e tendo que proferir decisões que são baseadas apenas na vontade do paciente de receber a substância, porém sem alguma certeza de resultados que possam estar colaborando para a sua cura.

#### 4.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO GARANTIA AO DIREITO À MORTE DIGNA POR MEIO DA EUTANÁSIA

Quando se trata da abreviação da vida e do sofrimento do paciente, é sensível a percepção de que se acarreta um choque entre a proteção suprema do direito à vida pelo Texto Constitucional em relação a outros princípios e direitos, como o direito à liberdade de escolha, à autonomia da vontade, todos eles devidamente amparados pela Constituição de 1988.

Para que essa colisão entre princípios e direitos seja resolvida, podemos recorrer a outro princípio muito utilizado na área jurídica para a resolução de tais conflitos, que é o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é um instrumento de ponderação dos direitos fundamentais, tendo como objetivo a manutenção da dignidade humana, ou seja, deriva do princípio da dignidade humana, o qual está consagrado pela Constituição Federativa do Brasil de 1988, princípio este de onde derivam todos os demais direitos e no qual a Constituição Federal se assenta (ÁVILA, 2012, p. 543).

Assim, fica evidente que dentro da Constituição Federal o princípio da proporcionalidade se destaca e possui como função primeira a hierarquização dos princípios que forem utilizados e que estejam em conflito no caso concreto (GUERRA FILHO, 2002, p. 54).

No caso da eutanásia, para solucionar o conflito existente entre o direito à vida e o direito à liberdade de escolha de se ter uma morte digna, a aplicação do princípio da proporcionalidade deve considerar também a situação do paciente, se seu estado é irreversível, bem como se seu sofrimento é excessivo, e principalmente, se o paciente deseja ter sua vida interrompida, pois a eutanásia tem como objetivo respeitar a vontade do indivíduo e eliminar o seu sofrimento, garantindo a sua dignidade (FERROLDI, 2012, p. 16).

Outro ponto muito relevante para a garantia da morte digna está presente no voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso, na ADPF n. 54, que decidiu que a interrupção de gravidez de feto anencefálico não constitui crime de aborto. Ele descreve que “[...] obrigar a mulher a manter a gravidez de feto anencefálico equivaleria a tortura, afirmando que neste caso faltam os elementos da injustiça e do caráter intencional do sofrimento imposto [...]” (BRASIL, 2012).

Nesse sentido, se a Constituição (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, inciso III, preceitua que “[...] ninguém deve ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, e o próprio STF já decidiu pela permissão do aborto de feto anencefálico por caracterizar tortura, por que os pacientes em

estados terminais ou irreversíveis precisam ficar sendo submetidos a uma vida torturante? Vida essa que fica totalmente suprimida de dignidade?

Resta claro que o legislativo e o próprio judiciário já possuem argumentos necessários para tal regulamentação, baseando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade, liberdade com o desejo e o consentimento do paciente, caracterizando a eutanásia voluntária, que é a que tem o aval expresso do paciente, da família ou de seus responsáveis.

Em meio às constantes mudanças na sociedade, os juristas precisam atuar na resolução e na harmonização de conflitos e interesses, considerando, de um lado, o imperativo de garantir o efetivo respeito à dignidade humana, preservando o direito ao livre pensamento e à vontade da pessoa para decidir se vai se submeter a tratamentos ou se prefere ter uma morte digna e natural, e de outro lado o avanço da ciência, da tecnologia, da indústria de fármacos que a cada novo dia descobre uma nova forma de tratar e de prolongar a vida do ser humano.

## 5 CONCLUSÃO

No presente estudo teve-se como objetivo analisar o direito à morte e os desafios jurídicos em face dos interesses econômicos que proíbem a abreviação da vida no Brasil. Nesse sentido, a pesquisa apresentou princípios e direitos constitucionais que, interpretados e aplicados de forma correta, podem positivar a prática da abreviação da vida na legislação brasileira, utilizando como base a garantia da dignidade da pessoa humana no momento da morte.

O Estado precisa tutelar o direito à vida e, também, o direito à morte digna. Assim, o que se buscou foi ressaltar o direito de morrer com dignidade, aplicando o direito à liberdade e, principalmente, o respeito à autonomia da vontade dos pacientes terminais ou em estados vegetativos. Além disso, o que se defende nesta pesquisa é a eutanásia voluntária, ou seja, a garantia da morte digna em pacientes em estado vegetativo e terminal, porém que consigam manifestar a vontade.

Embora não haja no Brasil crime tipificado com a conduta da eutanásia, tal prática é considerada homicídio privilegiado. No entanto, com base em tudo o que foi pesquisado neste trabalho, é possível afirmar que essa incriminação contraria a Constituição Federal, naquilo em que expressamente dispõe estar entre os princípios da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana.

Além disso, na pesquisa realizou-se uma análise dos desafios jurídicos em face dos direitos econômicos que circundam a proibição da morte digna. Para isso foi realizado um estudo de como o judiciário se portou, manifestou-se e decidiu sobre a fosfoetanolamina sintética, a chamada pílula do câncer, que surgiu nos anos 1990 em uma universidade e que ganhou proporções gigantescas no ano 2015 no Brasil.

Tal substância ainda não foi reconhecida pela Anvisa e se encontra em fase de testes em seres humanos. Até o momento, os testes iniciados encontram-se em sua segunda etapa, porém ainda sem apresentar resultados significativos para a medicina.

Portanto, conclui-se que o reconhecimento do direito à morte digna, por meio da eutanásia voluntária, é perfeitamente possível no Brasil. Mas, para que isso se torne realidade, faz-se necessária uma completa reformulação de leis infraconstitucionais e a correta interpretação da Constituição Federal, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana, e a aplicação do princípio da proporcionalidade para a resolução do conflito constitucional, que define a vida como bem absoluto.

## REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Lúcia. *Bélgica é o segundo país do mundo a aprovar a eutanásia infantil*. 2014. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2014/02/13/sociedad/1392318239\\_933966.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2014/02/13/sociedad/1392318239_933966.html)>. Acesso em: 05 jan. 2016.

ÁVILA, Fabiana. Eutanásia: inviolabilidade do direito à vida? *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 7, n. 1, jan./abr. 2012. Disponível em: <[www.univali.br/direitopolitica-ISSN1980-7791](http://www.univali.br/direitopolitica-ISSN1980-7791)>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Dougralss. *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais – Desafios do Século XXI*. Joaçaba: EdUnoesc, 2011.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BBC BRASIL. *Bélgica é segundo país do mundo a legalizar a eutanásia*. 2002. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2002/020924\\_eutanasiatic.html](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2002/020924_eutanasiatic.html)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BBC BRASIL. *Em meio à polêmica, parlamento da Bélgica aprova eutanásia para menores*. 2014. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/02/140213\\_belgica\\_aprovada\\_eutanasia\\_mdb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/02/140213_belgica_aprovada_eutanasia_mdb)>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética e biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BONAMIGO, Elcio Luiz. *Manual de Bioética: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: All Print Editora, 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2016.

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/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.080/90, 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, 19 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 10 maio 2016.

BRASIL. Lei n. 13.269/16, de 13 de abril de 2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 abr. 2016a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-20182016/Lei/L13269.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-20182016/Lei/L13269.htm)>. Acesso em: 02 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Fosfoetanolamina*. 2016b. Disponível em: <<http://www.mcti.gov.br/fosfoetanolamina>>. Acesso em: 02 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0*. Distrito Federal. Relator: Min. Carlos Britto. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54*. Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. 2012. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=136389880&tipo-App=.pdf](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=136389880&tipo-App=.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2016.

BURÉGIO, Fátima. *Fosfoetanolamina Sintética*. Conheça a história da substância que promete a cura do câncer. 2015. Disponível em: <<http://ftimaburegio.jusbrasil.com.br/noticias/243826237>>. Acesso em: 02 set. 2016.

BUSCATO, Marcela. Fosfoetanolamina sintética: a oferta de um milagre contra o câncer. *Revista Época*, 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/fosfoetanolamina-sintetica-oferta-de-um-milagre-contr-o-cancer.html>>. Acesso em: 02 set. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. *Resolução n. 1931/2009*. 2009. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra\\_5.asp](http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1.995/2012*. 2012. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2016.

DÁVILA, Cinthya. *Fosfoetanolamina sintética*: entenda o que é a “pílula do câncer”. 2016. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/saude/materias/20219-fosfoetanolamina-sintetica-entenda-o-que-e-a-pilula-do-cancer>>. Acesso em: 01 set. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DUARTE, Allan Coelho et al. *Análise da Indústria Farmacêutica – Perspectivas e Desafios*. 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br//tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td183>>. Acesso em: 26 set. 2016.

DURKHEIM, Émile. *O suicídio*: estudo da sociologia. Tradução Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DW MADE FOR MINDS. *Eutanásia e suicídio assistido: o que diz a lei alemã?* 2008. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt/eutan%C3%A1sia-e-suic%C3%AAdio-assistido-o-que-diz-a-lei-alem%C3%A3/a-3458609>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

FERNANDES, Caio Guimarães. *Fosfoetanolamina Sintética – A chance de cura do câncer negada pelo Estado*. 2015. Disponível em: <<http://caiogf.jusbrasil.com.br/noticias/234312566/fosfoetanolamina-sintetica-a-chance-de-cura-do-cancer-negada-pelo-estado>>. Acesso em: 02 set. 2016.

FERROLDI, Camila. Eutanásia: direito à vida versus direito à liberdade de escolha de uma morte digna. *Revista Direito*, n. 2, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadireito.unidavi.edu.br/edicoes-antiores/revista-2-junho-2012/eutanasiadireitoa-vidaversusdireitoaliberdadeedeescolhademumamorte-digna>>. Acesso em: 18 set. 2016.

FRISO, Gisele de Lourdes. *A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOLDIM JÚNIOR, José Roberto. *Bioética*. 2014a. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/bioetica.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

GOLDIM JÚNIOR. *Bioética*. 2014b. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutalux.html>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

GOMES, Edlaine de Campos; MENEZES, Rachel Aisengart. Aborto e eutanásia: dilemas contemporâneos sobre os limites da vida. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JUNGES, José Roque. *Bioética; perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KIPPER, Délio José. O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade. *Revista Bioética*, v. 7, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/bioetica/article/view>>. Acesso em: 09 set. 2016.

MARÇAL, Vinicius de Medeiros; GOUVEIA, Marivaldo. *Eutanásia: direito à morte digna*. 2010. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2326/1821>>. Acesso em: 03 maio 2016.

MOLINARI, Mário. *Eutanásia: análise dos países que permitem*. 2014. Disponível em: <<http://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2000.

MORAES, Inês Motta. Autonomia pessoal e morte. *Revista Bioética*, Brasília, DF, v. 18, n. 2, 2010.

MYSZCZUK, Ana Paula Jussara; MEIRELLES Maria Leal de. *Bioética, biodireito e interpretação (bio)constitucional*. 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03\\_107.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03_107.pdf)>. Acesso em: 07 maio 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS/WHO). 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 17 maio 2016.

PEDRO, Ana. *O problema da eutanásia como uma questão filosófica: reflexões éticas acerca da eutanásia no fim de vida e suas implicações educativas*. 2002. Disponível em: <<http://revista.fct.unesp.br/index.php/Nuances/article/view/1768>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 10. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2012.

RIBAS, Fernanda. Conheça o pomerodense que fabricava cápsulas para tratar o câncer em casa. *Jornal de Santa Catarina*, 2015. Disponível em: <<http://jornalde-santacatarina.clicrbs.com.br/sc.html>>. Acesso em: 29 set. 2016.

RODRIGUES, Fabio. *Polícia prendeu grupo que fabricava e comercializava suposto composto contra o câncer*. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2015/12/nao-tinha-higiene-diz-delegado-sobre-laboratorio-ilegal-de-fosfoetanolamina.html>>. Acesso em: 29 set. 2016.

RODRIGUES, Paulo Daher. *Eutanásia*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ROXIN, Claus. *A Tutela Penal da Vida Humana*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer-eutanásia-suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTO, André Mendes Espírito. *Ortotanásia e o direito à vida digna*. 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp086624.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

SENADO FEDERAL. *Fosfoetanolamina sintética*. 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/fosfoetanolamina-sintetica>>. Acesso em: 07 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SINDUSFARMA. *Indicadores econômicos*. 2012. Disponível em: <<http://www.sindusfarmacomunica.org.br/indicadores-economicos/>>. Acesso em: 30 set. 2016.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Angélica. *A indústria farmacêutica no Brasil: um estudo do impacto socioeconômico dos medicamentos genéricos*. 2014. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/124346/000830044.pdf;sequence=1>>. Acesso em: 26 set. 2016.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Portaria n. 1389/2014*. 2014. Instituto de Química de São Carlos – IQSC. Disponível em: <<http://www5.iqsc.usp.br/files/2015/09/Portaria-distribuicao-de-medicamentos.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2016.

# A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Emanuelle Biolchi\*  
Fabiane Christófoli\*\*

**Resumo:** Com o avanço na ciência, principalmente no campo da reprodução humana assistida, temos o surgimento da técnica de gestação por substituição, que consiste no empréstimo do útero por uma terceira mulher que gerará uma criança para o casal que possui o desejo de procriar. Porém, o progresso das técnicas de reprodução assistida provocou diversos questionamentos quanto a sua regulamentação diante do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, no presente artigo científico teve-se como objetivo avaliar os direitos e as atribuições que envolvem a gestação por substituição, ilustrando o direito de filiação dos pais contratantes do útero substitutivo e o registro da criança sem autorização judicial, bem como a possibilidade de elaboração de um contrato de gestação por substituição de forma lícita. O estudo foi efetuado a partir de uma pesquisa qualitativa, ou seja, com auxílio de fontes bibliográficas e documentais, nas quais se constata a possibilidade e a recente regulamentação do direito de filiação do casal contratante da gestação por substituição e a licitude do contrato que regulamenta tal técnica de reprodução, visto que o objeto a ser tutelado é a cessão do útero de forma gratuita, respeitando, assim, todas as normas do vigente ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Reprodução assistida. Gestação por substituição. Filiação. Regulamentação. Contrato.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde a criação da sociedade, a maternidade e a paternidade são consideradas bases norteadoras do conceito de família. No entanto, atualmente é comum presenciar casos em que a mulher ou o homem não podem gerar filhos naturalmente. Nas últimas décadas a humanidade vem presenciando inúmeras

---

\* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; manu\_biolchi@hotmail.com

\*\* Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora no curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; fabiane.christofoli@unoesc.edu.br

descobertas, sobretudo no campo da medicina, o que garante a esperança para os casais inférteis ou estéreis de alcançar a maternidade e a paternidade por meio de diversas técnicas de reprodução assistida, entre elas a gestação por substituição, que é objeto principal do presente artigo, que consiste no empréstimo temporário do útero por uma terceira mulher ao casal que possui o sonho de procriar.

Contudo, o Direito não consegue acompanhar a velocidade dos progressos da biomedicina, ocasionando a ausência de uma legislação específica que trate da técnica de reprodução por meio de gestação por substituição. Assim, diante da falta de legislação, o Conselho Federal de Medicina (CFM) passou a regulamentar as técnicas de reprodução assistida por meio da Resolução n. 2.121/2015, que aponta os requisitos a serem preenchidos pelas partes para que seja autorizado o procedimento de gestação por substituição: que os doadores genéticos ou os contratantes, ou seja, o casal que possui a vontade de constituir uma família, possuam problemas de infertilidade ou esterilidade comprovados por laudos médicos, que a doadora do útero pertença à família do casal, com um parentesco de até quarto grau e, por fim, que o procedimento seja efetuado de forma gratuita, para evitar o surgimento de um comércio ilícito perante a legislação brasileira. Ainda, recentemente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou o Regulamento n. 52, que regulamenta a filiação em casos de reprodução assistida, esclarecendo de forma clara e objetiva o direito de filiação em casos de gestação por substituição.

Pode-se dizer que o tema é atual e importante, pois se propõe a analisar, de modo exploratório com base em legislações, artigos científicos e doutrinas, a possibilidade da utilização da técnica de gestação por substituição no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo o direito de filiação dos pais contratantes do útero substituto e a validade e licitude do contrato que regulamentará as obrigações e os deveres das partes.

O objetivo com este artigo é demonstrar a possibilidade e a necessidade da regulamentação da gestação por substituição na legislação brasileira, visto que o procedimento substitutivo vem ao encontro dos princípios e ditames constitucionais e representa um avanço para o direito individual. Deslumbra-se que o Di-

reito é uma ciência que está em constante desenvolvimento e necessita se adequar ao crescente desenvolvimento da sociedade e da biomedicina.

Durante o desenvolvimento do presente artigo foram abordados, primeiramente, os conceitos, os regulamentos e os procedimentos das diversas técnicas de reprodução assistida, com atenção voltada à técnica de gestação por substituição, analisando de forma específica a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Ainda, nesta pesquisa, ilustra-se sobre o conceito de filiação e sua evolução diante do avanço da biomedicina e da sociedade atual, tendo como base os princípios norteadores do direito de família, também, apresenta-se o recente Regulamento n. 52 do Conselho Nacional de Justiça, que pacifica o direito de filiação em casos que envolvam o procedimento de gestação por substituição.

E, por fim, demonstra-se a possibilidade e a necessidade de uma relação contratual nos casos de gestação por substituição, explanando sobre os requisitos do negócio jurídico e a classificação do contrato de gestação por substituição.

## **2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Na atual sociedade a maternidade é vista como a base norteadora do conceito de família. No entanto, é comum presenciar casos de infertilidade ou esterilidade que impossibilitam a reprodução humana. A ciência, em busca de inovação no campo reprodutivo, difunde as modalidades de reprodução assistida, que representam um grande avanço biotecnológico, possibilitando a reprodução humana sem a prática da união sexual entre homens e mulheres, sanando os problemas ocasionados pela impossibilidade biológica ou física do indivíduo de alcançar a procriação pelo método tradicional.

Camargo (2003, p. 16) apresenta que os problemas da esterilidade ou da infertilidade podem estar ligados a problema de ordem física ou psicológica, expondo que a esterilidade “[...] consiste na incapacidade do homem ou da mulher, ou de ambos, por causas funcionais ou orgânicas, de fecundarem por um período

de relação sexual normal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de contraceptivos eficazes”, já a infertilidade “[...] advém de causas orgânicas ou funcionais, que, atuando no fenômeno da fecundação, impossibilitam a produção de descendência.” Resta evidente que a esterilidade é caracterizada como a impossibilidade de ocorrer fecundação, ocasionando uma forma de incapacidade definitiva, já a infertilidade é caracterizada pela incapacidade de o homem produzir a quantidade suficiente de espermatozoides.

Com o avanço científico das pesquisas relacionadas à fecundação, confere-se a presença de diversas terapias que permitem a cura de doenças relacionadas à esterilidade ou à infertilidade; contudo, têm-se alguns casos em que não se descobriu a solução para o problema, surgindo, assim, o ramo da biotecnologia vinculado à reprodução assistida. Fernandes (2005, p. 20) apresenta que para o campo médico o casal é considerado estéril quando as tentativas de fecundação pelo método natural duram mais de dois anos; a partir de então são realizados exames no casal capazes de identificar qual o tipo de problema que estes possuem e qual a melhor forma de tratamento a ser utilizada.

Ainda, preceitua Fernandes (2005, p. 25) que:

Na atualidade, para quase todos os tipos de esterilidade existe uma técnica científica apropriada. Se o marido, ou companheiro, não tem espermatozoides ou os tem em números insuficientes, pode-se recorrer à doação de esperma. Se há esterilidade tubária, trompas ausentes ou obstruídas, sem possibilidade de reversão do quadro, recorre-se ao encontro do espermatozoide com o óvulo em um tubo de ensaio, transferindo-se posteriormente o embrião diretamente ao útero materno. Se os espermatozoides apresentarem alguma deficiência, estes são colhidos, tratados e auxiliados em seu percurso até o útero, podendo ser também transferidos diretamente para as trompas. Se houver ausência de óvulos, pode-se recorrer à doação de óvulos por outra mulher, os quais serão fecundados *in vitro* pelo esperma do marido ou companheiro da mulher estéril. Da mesma forma, embriões excedentes podem ser doados a casais estéreis. Se for o útero que não tem condições de gerar, pode-se recorrer à maternidade de substituição.

Contudo, para que as técnicas de reprodução humana sejam utilizadas, deve-se respeitar certos limites, sendo indicadas somente em casos em que a única alternativa para controlar a infertilidade ou a esterilidade é o uso da técnica de fecundação por meio de reprodução assistida humana (FERNANDES, 2005, p. 29).

Para Rafful (2000, p. 19), a reprodução assistida é como: “[...] o meio hábil para satisfazer o desejo de ter filhos de um casal estéril, fazendo o uso das técnicas de fecundação ‘in vitro’, da inseminação artificial homóloga e heteróloga e da maternidade por substituição.”

As modalidades de reprodução humana assistida, resumidamente, consistem em um conjunto de operações que possuem objetivo de unir artificialmente os gametas femininos e masculinos, originando um ser humano (DINIZ, 2014, p. 679).

Os métodos utilizados para os procedimentos de reprodução, segundo a Resolução (ROC) n. 23/2011 da Anvisa, podem ser por fecundação *in vitro*, também conhecida como Ectogênese (ZIFT) ou por inseminação artificial (GIFT) (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2011). Além das duas modalidades de reprodução assistida reguladas pela Anvisa, existe a gestação por substituição, conhecida popularmente como “barriga de aluguel”. Essa modalidade é indicada para mulheres que se encontram impossibilitadas de terem uma gestação normal, em razão de o útero não permitir o desenvolvimento do óvulo fecundado ou, até mesmo, quando a gravidez apresentar riscos para a gestante, surgindo a figura substitutiva, em que uma terceira mulher empresta o útero para que ocorra a gestação.

Assim, tem-se que a inseminação artificial, também chamada de fecundação *in vivo*, consiste na fecundação feita no próprio organismo feminino; já a fecundação *in vitro* é feita fora do organismo feminino, ou seja, a fecundação será em laboratório. A inseminação artificial, a fecundação *in vitro* e até mesmo a gestação por substituição podem ser realizadas nas modalidades de fecundação homóloga e heteróloga.

A fecundação artificial homóloga consiste na introdução do gameta do marido ou companheiro, previamente colhido, no útero da mulher, ou seja, os

gametas e o útero gestacional provêm unicamente do casal. Contudo, tal procedimento somente será realizado com a anuência expressa dos interessados, uma vez que estes possuem propriedade das partes destacadas de seu corpo, como o sêmen e o óvulo (DINIZ, 2014, p. 686).

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.597, III e IV, autoriza a fecundação artificial homóloga em dois casos, mesmo com o falecimento do marido e quando se tratar de embriões excedentários:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
[...]  
III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.  
IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga. (BRASIL, 2002).

Na fecundação artificial homóloga *post mortem* os gametas são conservados após a morte do doador (GONÇALVES, 2014, p. 326). A Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.121/2015, em sua seção VIII, dispõe que é possível a reprodução *post mortem* desde que o falecido deixe autorizado previamente de forma escrita o uso de seu material genético (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015).

Já o procedimento de fecundação artificial heteróloga consiste na impossibilidade do marido ou da mulher em doar seu próprio material genético. Gonçalves (2014, p. 329) apresenta que quando o sêmen, o óvulo ou, até mesmo, ambos são provenientes de um terceiro, a fecundação será denominada heteróloga.

Entretanto, para que ocorra esse tipo de fecundação é necessário que a doação tenha prévia autorização do marido ou da esposa, pois o material genético utilizado é de outrem, normalmente doadores anônimos (GONÇALVES, 2014, p. 329). O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, V, aborda a técnica de reprodução por inseminação heteróloga, conceituando que se presumem concebidos na

constância do casamento os filhos havidos por meio de técnica de inseminação artificial heteróloga, com a prévia autorização do cônjuge (BRASIL, 2002).

Nesse contexto, nota-se que o legislador deixou algumas lacunas quanto à possibilidade ou não de as pessoas geradas por meio de técnicas reprodutivas poderem esclarecer a sua identidade genética. Diante dessa discussão, a Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina consagrou em seu inciso IV, item 2, que é necessário o anonimato entre doadores e receptores; os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores, e os receptores não devem conhecer a identidade dos doadores (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015).

Desse modo, deve ser conservado não somente o anonimato do doador, mas também do casal que busca as técnicas de reprodução assistida, respeitando o direito da intimidade das pessoas envolvidas, conforme dispõe o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal: “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988).

Assim, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro vigente regulamenta as seguintes modalidades de fecundação por reprodução assistida: a fecundação artificial homóloga, mesmo com o falecimento do marido, a concepção artificial homóloga e a inseminação artificial heteróloga; porém, a ciência apresenta a gestação por substituição, que consiste na doação do útero de uma terceira pessoa, que gerará um feto com material genético do casal que pretende ter um filho.

## 2.1 FECUNDAÇÃO POR GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

A gestação por substituição é o estudo principal no presente artigo, especialmente pelas suas implicações no direito de filiação e pela possibilidade de relação contratual. Os primeiros casos relativos ao empréstimo do útero ocorreram em 1963, nos Estados Unidos; em 1988 tomou-se conhecimento da existência de uma associação de mães substitutas (MACHADO, 2003, p. 52).

Assim, para melhor compreender o surgimento dessa técnica, Alencar [(2013?)] apresenta um breve histórico:

Em 1980, nos Estados Unidos, no Texas, o casal Andy e Nancy procurou uma senhora denominada, Carol Pavek para realização do procedimento de gestação por substituição, tendo em vista a impossibilidade do casal de gerar um filho e o conhecimento de que esta senhora estava disposta a engravidar por outro casal. Por meio de uma seringa, utilizando o sêmen do Andy, ocorreu a fecundação em vivo. Essa é uma das primeiras notícias acerca da realização da técnica de gestação por substituição.

Nota-se que o procedimento de gestação por substituição possui várias nomenclaturas entre os doutrinadores brasileiros, como, por exemplo, maternidade por substituição, maternidade sub-rogação, gestação por outrem, cessão de útero, barriga de aluguel, empréstimo de útero, entre outras.

Segundo D Ippolito [(2013?)], a gestação por substituição pode ser conceituada como:

A maternidade por sub-rogação, gestação de substituição ou, como é mais comumente conhecida, a “barriga de aluguel”, é uma técnica de reprodução artificial humana na qual há a cooperação de terceiros, de uma mãe substituta ou “mãe de aluguel”, que irá emprestar seu útero (onerosa ou gratuitamente) para a consumação da gestação, e que não pretende ser mãe.

Conti (2004, p. 167) apresenta que a prática da cessão do útero por uma terceira mulher a um casal tem como base diversos registros, até a Bíblia Sagrada:

Convém ter presente que a mãe de aluguel loca seu útero para gestação de crianças. Importa observar que antes do desenvolvimento das modernas técnicas de reprodução era comum recorrer ao adultério consentido, à caridade ou ao útero escravo, como está no Gêneses. Conta o livro sagrado que Raquel, não tendo filhos, oferece sua escrava e até mesmo sua irmã Lia para coabitar com Jacó, procurando assim resolver problemas de infertilidade.

É importante frisar que a técnica de gestação por substituição somente é indicada em casos de infertilidade da mulher, em decorrência de não possuir um útero saudável para gerar um feto, tendo, assim, contraindicações médicas para uma futura gravidez (CAMARGO, 2003).

A modalidade de maternidade de substituição não representa grande diferença com as modalidades já expostas no decorrer do artigo, tendo como diferença fundamental que a gravidez é relacionada a uma terceira mulher e não àquela que resolveu programar seu projeto parental (GAMA, 2003, p. 745).

As técnicas de fecundação utilizadas para o procedimento de gestação por substituição podem ser homóloga, com o material genético dos pais que possuem a vontade de filiação, ou heteróloga, com o material genético de um doador.

Ainda, quando utilizada a modalidade de gestação por substituição, temos a presença de duas técnicas da biomedicina: quando a mulher requerente é capaz de produzir óvulos, mas não possui útero para gerar o feto; assim, o óvulo é retido da requerente e fertilizado *in vitro*, com os sêmens do marido ou companheiro, e, logo após, o ovo é depositado no útero da terceira mulher que gerará o feto, ou quando a mulher possui algum problema para ovular, sendo neste caso utilizado o material genético de uma doadora anônima, que será fertilizado em laboratório e após o procedimento de fertilização será depositado no útero da terceira mulher, ou seja, a doadora do útero (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2000. p. 106).

Gama (2003, p. 745-746) também escreve sobre a origem genética da criança, enumerando três situações que podem decorrer da técnica de gestação por substituição:

[...] a) A ‘maternidade de substituição’, que envolve o embrião resultante de óvulo e de espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo; b) A ‘maternidade de substituição’ que se relaciona ao óvulo e à gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo gratuitamente para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo que o sêmen utilizado na procriação foi o do marido que resolveu, juntamente com sua esposa, efetivar o proje-

to parental; c) A ‘maternidade de substituição’ que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que não contribuiu, por sua vez, com material fecundante.

Diante das variadas situações em que pode ser empregada a gestação por substituição, temos atualmente as regras que disciplinam tal procedimento expressas de forma genérica pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução n. 2.121/2015, que dispõe que os doadores genéticos devem possuir problemas de infertilidade ou esterilidade, que a doadora do útero deve pertencer à família da doadora genética com um parentesco de até quarto grau e, por fim, que tal procedimento deve ser de forma gratuita.

### **2.1.1 Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina**

A Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina foi promulgada no dia 25 de setembro de 2015, revogando a Resolução CFM n. 2.013/13, publicada em 09 de maio de 2013. A atual Resolução regulamenta as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Contudo, para compreender melhor a história do atual dispositivo vigente acerca do tema, é importante fazer um histórico do avanço no meio técnico científico.

O marco da possibilidade da gestação por substituição no Brasil ocorreu pela Resolução n. 1.358, de 19 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina, que regulamentava as normas éticas a serem seguidas pelos médicos nas técnicas de reprodução assistida. Apesar de o dispositivo do Conselho Federal de Medicina não ter força de lei em nosso ordenamento, este estabeleceu os critérios para utilização da técnica de reprodução substitutiva, também conhecida como “doação temporária do útero”, permitindo que clínicas especializadas no ramo realizem o procedimento de substituição do útero respeitando os seguintes requisitos: a) existência de problemas comprovados de infertilidade ou esterilidade da doadora genética, impedindo, assim, que tal procedimento seja empregado

por motivos estéticos ou de conforto; b) que a doadora temporária do útero e a doadora do material genético possuam parentesco de até segundo grau; c) vedação de caráter lucrativo ou comercialização do útero, respeitando o dispositivo constitucional disposto no art. 199, § 4º, da Constituição Federal, que dispõe que é vedado qualquer tipo de comercialização de órgão, tecidos ou outras substâncias humanas (LANDMEIER, 2014, p. 43-44).

Em 06 de janeiro de 2011, a Resolução n. 1.358 foi revogada pela Resolução n. 1.957, que manteve na íntegra a redação que trata sobre a gestação por substituição. Contudo, em 09 de maio de 2013, a Resolução n. 1.957 foi revogada pela Resolução n. 2.013, que alterou a redação que trata sobre a gestação por substituição, acrescentando a possibilidade de casais homoafetivos empregarem tal procedimento.

Ainda, ampliou o segundo requisito previsto na primeira Resolução, autorizando que parentes consanguíneos até o quarto grau sejam suscetíveis de doarem o útero temporariamente, respeitando o limite de 50 anos de idade. A grande mudança está relacionada à documentação que deve ser solicitada pelas clínicas, o que estão disposto no título VII – sobre a gestação de substituição (doação temporária do útero) –, item n. 3, que dispõe sobre a necessidade de um termo de consentimento assinado pelas partes envolvidas, um relatório médico que indique o perfil psicológico da doadora do útero, um relatório que contenha o motivo que a levou a realizar tal procedimento, um contrato entre as partes que esclareça a filiação da criança, bem como os riscos e as despesas pertinentes à gravidez e, por fim, se a doadora for casada, é necessária a autorização do cônjuge ou companheiro (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2013).

Todavia, a Resolução n. 2.013 recentemente foi revogada pela Resolução n. 2.121, de 2015, que trouxe grandes mudanças no item n. 3, título VII, regulamentando que o termo de consentimento deve ser livre e assinado pelas partes envolvidas no procedimento, estabelecendo de forma clara a filiação da criança; deve constar na documentação atestado médico com laudo psicológico de todos os envolvidos; e, ainda, trouxe a necessidade de um termo de compromisso entre

as partes, que possui o objetivo de deixar claramente acordada a filiação da criança, evitando, assim, grandes discussões jurídicas quanto à verdadeira filiação.

3- Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:  
3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; 3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015).

No entanto, a Resolução n. 2.121/2015 trata apenas dos casos em que a reprodução é feita pela fecundação homóloga, ou seja, o material genético é dos pais contratantes, sendo lacunosa quanto à possibilidade de reprodução por fecundação heteróloga (LANDMEIER, 2014, p. 48).

Ainda, é importante ressaltar que a atual Resolução não possui força de lei, sujeitando apenas aos médicos que tiverem pacientes nessas situações, constituindo a extrema importância da regulamentação de tal procedimento pelo poder legislativo (LANDMEIER, 2014, p. 48).

### **3 DO DIREITO DE FILIAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE FECUNDAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO**

Para compreender melhor o avanço da filiação no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário ter como base o conceito de família, que atualmente apre-

sentou um marco histórico, permitindo o reconhecimento de famílias de casais homoafetivos, revogando o conceito que era fundado somente na união de um homem e de uma mulher. Com o avanço no direito de família e as transformações científicas, surgem as técnicas de reprodução assistida, que modificaram completamente a antiga presunção de filiação, que tinha como critério apenas o fator biológico.

Em face das transformações ocorridas nos modelos clássicos que determinam os vínculos familiares, impõe-se a necessidade da busca de um novo fundamento, tanto para o conceito de família quanto para o de filiação, estabelecendo-se um ponto de equilíbrio entre o parentesco biológico e o parentesco social.

### 3.1 A EVOLUÇÃO DA PRESUNÇÃO DE FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com a crescente evolução da sociedade e dos avanços científicos, nota-se a insuficiência das construções teóricas e pragmáticas existentes até então de ensejar uma renovação de novas teorias e práticas a respeito de sistemas, modelos, conceitos, princípios e regras que necessitam ser reavaliados (GAMA, 2003, p. 337).

Antigamente, a filiação era definida apenas pelos laços biológicos; entretanto, nos dias atuais, temos a presença dos laços socioafetivos, que são tão determinantes quanto os laços biológicos. A Constituição Federal de 1988 garantiu um marco para a nova concepção da origem biológica, pois consagrou direitos e deveres iguais para qualquer filho, independente da sua origem, não havendo mais o entendimento de que as famílias são ligadas apenas por laços genéticos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações,

proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

Atualmente, considera-se uma nova reestruturação do conceito de família, que exige dos cientistas, dos juristas e de outros profissionais a sensibilidade de buscar a verificação da validade de teorias tradicionalmente adotadas (GAMA, 2003, p. 342-343).

Com a nova concepção nas relações familiares, surge um novo reflexo na questão de filiação no ordenamento jurídico, visto que o direito brasileiro possui três critérios que podem determinar a filiação: critério genético ou biológico, critério afetivo e critério quanto ao parto. No primeiro, a filiação pode ser determinada apenas por um exame de DNA, no segundo, serão considerados pais aqueles que amam, que educam e que criam os filhos, independente de parto e de laços biológicos, e, por fim, no terceiro critério considera-se quem deu a luz à criança, ou seja, o parto (LOBO, 2004).

Nesse mesmo sentido, Gama (2003, p. 347) apresenta que os vínculos de paternidade-filiação e maternidade-filiação devem seguir três critérios fundamentais: aquele relacionado ao vínculo jurídico-legal, o relativo ao vínculo biológico e aquele pertinente ao vínculo efetivo.

A jurisprudência atual, com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tem decidido que o reconhecimento do afeto é fator determinante no estabelecimento da filiação. Lobo (2004, p. 338) leciona no mesmo sentido:

A verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação. O direito deu um salto à frente do dado da natureza, construindo a filiação jurídica com outros elementos. A verdade real da filiação surge na dimensão cultural, social e afetiva, donde emerge o estado de filiação efetivamente constituído.

Assim, com as transformações no perfil das novas famílias jurídicas que envolvem o estabelecimento da filiação, tem-se o surgimento do fator relacionado ao emprego das técnicas de reprodução assistida que adotam um critério

distintivo entre a filiação resultante da procriação carnal, que não gera nenhuma dúvida ou discussão quanto à filiação, considerando-se o critério biológico; tem-se também a filiação resultante da procriação assistida, ou seja, há a fecundação do material fecundante sem a relação sexual, em laboratório, o que gera algumas discussões no campo da filiação da criança (GAMA, 2003, p. 473).

Com as técnicas de reprodução assistida temos a fecundação heteróloga, com emprego de material de um terceiro, em que não se considera o fator biológico, mas, sim, o fator sociofetivo, excluindo qualquer possibilidade de os doadores se tornarem pais jurídicos das crianças concebidas por meio de reprodução assistida (GAMA, 2003, p. 474).

Para Gama (2003, p. 480), é possível que a filiação seja reconhecida nos casos que envolvam as técnicas de reprodução assistida, seja ela feita de forma heteróloga ou homóloga, seja ou por meio técnica de gestação por substituição, visto que não se considera a impossibilidade de ligação dos genitores que geraram o feto, mas, sim, a ligação daqueles que recebem o feto como se tivessem gerado, em razão do princípio do planejamento familiar. Lisboa (2003) preceitua que “A filiação é, portanto, o vínculo constituído entre um sujeito e seus pais, pouco importando o meio de sua formação.”

No caso da gestação por substituição, nota-se que a conjunção carnal não é a modalidade utilizada, gerando quebra do critério do parto, garantindo a vontade como o pressuposto principal. Para se estabelecer a filiação, considera-se o momento da concepção, com fundamento na vontade da mulher que desejou procriar; no campo da maternidade, conclui-se que o parto é apenas uma consequência da concepção, em outras palavras, não haveria gravidez nem parto se não fosse a vontade da mulher que, no exercício do direito ao planejamento familiar, ensejou a procriação (GAMA, 2003, p. 749).

Desse modo, em relação à gestação por substituição, podemos aplicar o critério biológico quando se utiliza o material genético dos próprios contratantes da gestação, e o critério afetivo em casos em que o material genético utilizado é de um doador.

A Constituição Federal é clara e objetiva em seu artigo 227 quando apresenta que se deve sempre zelar pelo melhor interesse da criança e de seu bem-estar emocional, para a determinação da maternidade, quando surgirem situações de conflito (BRASIL, 1988).

Lobo (2004) julga que “[...] a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo de relações humanas.” Dessa forma, é certo que toda relação criada por laços afetivos gera um estado de filiação, independentemente de laços genéticos, o que comprova que se pode considerar a mãe e o pai contratantes na gestação substituta como pai e mãe legais.

Quanto ao Código Civil de 2002, este é omissivo na questão da gestação por substituição; não há nenhum artigo que define a paternidade, a maternidade ou a filiação, somente evidencia que são institutos jurídicos da espécie de parentesco na linha reta ascendente/descendente em primeiro grau com base na regra contida no art. 1.591: “[...] são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.” (GAMA, 2003, p. 352).

Por fim, mesmo que a legislação seja omissa quanto ao procedimento de gestação por substituição, pode-se entender, com base na analogia e nos princípios norteadores de direito brasileiro, que é possível reconhecer como mãe e pai aqueles que contrataram o procedimento de gestação por substituição, visto que estes elaboraram todo o plano para aquela gravidez, preparando-se psicologicamente para receber uma criança, inclusive amando-a mesmo antes do nascimento.

### 3.2 REGULAMENTO N. 52 CNJ – FILIAÇÃO EM CASOS DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Como já mencionado, a técnica de reprodução assistida por meio de fecundação por substituição não está regulamentada no ordenamento brasileiro, gerando, assim, grandes dúvidas e discussões quanto à verdadeira e justa filiação da criança concebida por meio dessa técnica. Os juristas apenas se baseavam na

Resolução n. 2.121/2015 de Conselho Federal de Medicina para dar seus pareceres quando se deparavam com ações que solicitavam autorização para registrar a criança no nome dos pais contratantes da gestação.

Pereira (2016) institui que as técnicas de reprodução assistidas, sejam elas por inseminações artificiais homólogas ou heteróloga, sejam por gestação de substituição, são “[...] tecnologias, associadas ao discurso psicanalítico, filosófico e jurídico, [que] proporcionaram caminhos e possibilidades para a constituição de novas relações de parentesco”, o que possibilita a composição de contratos que envolvam essas técnicas sem qualquer vínculo conjugal ou sexual. Pereira (2016) afirma, ainda, que a atual ficha de Família Ectogenética do Dicionário de Direito de Família e Sucessões conceitua a família com a presença de filhos decorrentes das técnicas de reprodução assistida.

Contudo, em 15 de março de 2016, o Conselho Nacional de Justiça autorizou a publicação do Provimento n. 52, que autoriza e padroniza o registro de nascimento e a emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnica de reprodução assistida, regulamentando de forma clara e específica o registro das crianças geradas por meio da gestação por substituição sem a necessidade de autorização judicial prévia, em todo o território nacional (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016). O provimento tem como base a Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece de forma estruturada e fundamentada as normas éticas do dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos de todo o território nacional quanto se deparam com pacientes que pretendem se utilizar de qualquer das técnicas de reprodução assistida expostas no decorrer deste artigo científico. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reconheceu por meio desse provimento que a paternidade ou a maternidade socioafetiva superam a biológica, e que não há fundamentos para movimentar a máquina judiciária para registrar a criança gerada por meio de técnicas de reprodução. Para compreender melhor o funcionamento do registro de nascimento, Assumpção e Assumpção (2016, grifo nosso) apresentam que:

O registro de nascimento é disciplinado pela Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015/73. A referida lei foi alterada recentemente pela Lei nº 13.112/2015, que fixou em 60 dias o prazo legal para registro do filho, seja pelo pai ou pela mãe, sem prioridade entre eles. Dentro deste prazo, pode-se declarar o nascimento da criança tanto no cartório que serve ao local do nascimento quanto naquele que serve ao local da residência dos pais, e, posteriormente ao fim do prazo legal, apenas no cartório do local da residência. Não há, no entanto, aplicação de multa se os 60 dias não forem respeitados, pois a Lei nº 9.534/1997 estabeleceu gratuidade ao ato de registro para todas as pessoas e em qualquer tempo. [...] o Provimento nº 28 do Conselho Nacional de Justiça, determina que, se os pais forem casados entre si, está dispensado o comparecimento do pai ao cartório se for apresentada a certidão de casamento expedida após o nascimento da criança e cuja validade, para esse fim, é de 90 (noventa) dias, uma vez que há presunção legal da paternidade, e a mãe pode fazer incluir o nome do marido no registro do filho. Quando os pais não são casados, é imprescindível que o pai compareça ao cartório e reconheça o filho como seu, seja no momento da declaração do nascimento ou posteriormente, caso já não conste nome de outrem como pai da criança.

Pereira (2016) ressalta que o grande problema antes da publicação do Provimento n. 52 adentrava na demora na tramitação da ação judicial, visto que para obter o registro dos próprios filhos os pais tinham que recorrer à máquina do judiciário, o que deixava a criança em situação de vulnerabilidade, indo, assim, em oposição ao direito da proteção integral da criança, que é garantido constitucionalmente.

O documento estabelece, ainda, que na hipótese de gestação por substituição (barriga de aluguel) o nome da mulher que doou o útero não constará no registro. Além disso, prevê punição disciplinar aos Oficiais Registradores que se recusarem a fazer o registro de nascimento e certidão para os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida:

Art. 1º O assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro “A”, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroaffectivo

ou homoafetivo, munidos da documentação exigida por este provimento: [...]

§ 1º Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados: I - termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem;

II - termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização do procedimento de reprodução assistida.

III - termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento.

§ 2º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo – DNV. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Com a publicação do referido provimento editado e autorizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as modalidades de reprodução assistida, em especial a técnica de gestação por substituição, passam a ter maior confiabilidade no ordenamento, extinguindo qualquer dúvida quanto à ilicitude da técnica, bem como à filiação da criança gerada.

#### **4 POSSIBILIDADES DE RELAÇÃO CONTRATUAL ENVOLVENDO PROCEDIMENTO DE FECUNDAÇÃO POR GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO**

O ser humano é dotado de autonomia, ou seja, possui a livre possibilidade de definir seus planos e objetivos. Desse modo, a função do ordenamento jurídico é proporcionar as bases para que os indivíduos alcancem seus objetivos, sendo o contrato o instrumento mais adequado para regulamentar a situação de cada indivíduo (SÁ, 2013, p. 11).

No direito privado, a autonomia é requisito essencial do contrato, porém, além do requisito da vontade, para que um contrato tenha validade, é

necessário obedecer outros requisitos, como, por exemplo, deve haver agentes capazes de efetuar o negócio jurídico, o objeto da relação deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, e deve respeitar a forma quando prescrita em lei ou ser editado da melhor maneira possível às partes nos demais casos, conforme preceituado pelos art. 104 e 107 do Código Civil de 2002.

Quanto ao contrato de gestação por substituição diante da teoria contratual, nota-se a possibilidade da aplicação da técnica substitutiva com base no princípio da legalidade, que preceitua que, no direito privado, tudo que não é proibido é permitido; ainda, filia-se às normas do Conselho Federal de Medicina (CFM) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que regulam as hipóteses de aplicação da gestação substitutiva. Desse modo, surge uma grande discussão sobre a possibilidade de o contrato possuir um objeto lícito, válido e eficaz (LANDMEIER, 2014, p. 53).

Otero (2011, p. 26) também estabelece que o contrato de gestação por substituição primeiramente exige que as partes possuam capacidade, que o negócio seja consentido pelos envolvidos e que haja interesse legítimo na contratação.

O negócio compactuado entre as partes, com fundamento no contrato de gestação por substituição, ocorrerá entre um casal que deseja ter um filho e uma terceira pessoa que concederá temporariamente o útero em virtude de algum problema de infertilidade da mulher contratante. Atualmente, o procedimento da gestação por substituição é regulamentado pelo Provimento n. 52 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que autoriza e reconhece a filiação do casal contratante, e pela Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que preceitua que as partes devem preencher determinados requisitos: que a mulher que contratar o útero de uma terceira possua algum problema biológico que a impossibilite de gestar uma criança; que a mulher que ceder o útero seja parente até o quarto grau da contratante, salvo casos excepcionais que o Conselho Regional de Medicina autorize; que o contrato entre as partes seja gratuito; e que haja um acordo entre as partes, com a elaboração de um termo de consentimento e um contrato que discipline o processo.

Desse modo, Sá (2013, p. 12, grifo nosso) apresenta que a validade do contrato deve possuir as seguintes condições:

*[...] agentes capazes e legitimados, indivíduos que desejam incessantemente ter um filho, aptos a emitir livre e autonomamente sua vontade, e pessoa da família dos cessionários, que espontaneamente oferece seu útero para gestar o bebê, e ao final, entregá-lo ao casal que com ela acordou, sendo tal ato realizado gratuitamente.*

Outro requisito que deve ser observado no contrato de gestação por substituição diz respeito ao objeto. Atualmente, há alguns autores que defendem a possibilidade de um objeto lícito e há outros que entendem que o objeto do presente contrato é ilícito.

A corrente que defende a possibilidade do contrato de gestação por substituição apresenta que o contrato teria como objeto a cessão temporária do útero para a gestação do bebê, e não a criança a ser gerada. Desse modo, o objeto do contrato seria lícito, o que possibilitaria a sua validade em nosso ordenamento jurídico. Outro posicionamento que defende a possibilidade de um objeto lícito tem como fundamento o princípio da legalidade, visto que não há nenhuma proibição expressa no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao contrato de gestação por substituição, pois aquilo que não é proibido é permitido. Por fim, tem-se que o contrato de gestação por substituição encontra fundamento no art. 425 do Código Civil, que regulamenta a licitude de as partes estipularem contratos atípicos, observando as normas gerais do direito contratual (SÁ, 2013, p. 13).

Para compreender melhor o dispositivo do art. 425 do Código Civil de 2002, Venosa (2012, p. 407) estabelece que os contratos atípicos são aqueles em que a determinação formal é dada pelas partes, ou seja, não estão descritos pela lei, sendo o contrato em tela um contrato válido.

Todo contrato firmado no Direito brasileiro tem por base um bem jurídico; o bem jurídico tutelado no caso de gestação por substituição não será vida humana em si, mas sim o procedimento de reprodução. Para Meireles (2009 apud

SÁ, 2013, p. 14), a diferença de um contrato gestacional para os demais contratos está ligada ao fato de existir uma questão existencial e não patrimonial.

De tal modo, entende-se que objeto do contrato de gestação por substituição seria o empréstimo temporário do útero para gestar a criança, portanto um objeto lícito, pois não violará nenhuma norma presente no ordenamento jurídico. Ainda quanto à discussão que envolve preceitos morais, a própria Resolução do Conselho Federal de Medicina regulamenta que o procedimento por substituição será de forma gratuita, gerando, assim, uma tese que defende que tal ato é fruto da generosidade de outrem (SÁ, 2013, p. 14).

Para Fernandes (2005, p. 100), “[...] a obrigatoriedade da exigência de uma relação de parentesco foi estabelecida com o fim de evitar a comercialização já que nestas circunstâncias as pessoas estão ligadas por laços familiares.”

Ainda, a exigência da gratuidade decorre do fato que o corpo humano e suas substâncias não são formas de comércio; assim, a gratuidade pode ser considerada um pressuposto da legalidade, conforme prevê o Texto Constitucional (OLIVEIRA; BORGES JÚNIOR, 2000, p. 48).

A Constituição Federal preceitua em seu art. 199, § 4º, que nenhum órgão deve ser objeto de comércio, ou seja, ter uma finalidade onerosa:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.  
[...]  
§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. (BRASIL, 1988).

Preenchidos os dois requisitos mencionados, temos o terceiro requisito de validade de um negócio jurídico que articula sobre a forma. Otero (2010, p. 26) apresenta que “[...] quanto à forma, nada dispondo a lei a respeito, não se exige, como requisito de validade, forma específica, admitindo-se até mesmo a contratação verbal.”

Nota-se que a corrente que expõe que o contrato de gestação por substituição é um contrato lícito, visto que seu objeto contratual é a prestação da cessão temporária do útero e não a vida humana, é a mais fundamentada entre os doutrinadores, pois o casal que procura realizar o procedimento deseja encontrar uma terceira mulher que ofereça o local para a gestação de seu filho e não contratar outrem para lhe fornecer uma criança (SÁ, 2013, p. 15).

O que se defende, aqui, é o reconhecimento do contrato de gestação por substituição como um acordo lícito e válido, respeitando as determinações do Conselho Federal de Medicina e do Conselho Nacional de Justiça.

Quanto à classificação do contrato de gestação por substituição, prescreve-se, primeiramente, a possibilidade de um contrato de locação de coisa, com a necessidade de entrega ou do uso e gozo de um bem por um determinado tempo; contudo, com uma análise mais específica, nota-se que o contrato de gestação por substituição não se enquadra na locação de coisa, pois nessa classificação se tem a entrega de um objetivo mediante uma remuneração, o que não acontece na gestação substitutiva (LANDMEIER, 2014, p. 53).

Outra classificação apresentada pela doutrina do contrato de gestação por substituição é a prestação de um serviço, já que se tem entre as partes diversos compromissos, deveres e obrigações a serem respeitados. Assim, o autor Rizzardo (2007 apud LANDMEIER, 2014, p. 54) leciona que “A prestação de serviço, também conhecida como locação de serviço, é a figura que melhor se afeiçoa a esta espécie de função, encontrando-se presente seus elementos no respectivo conceito [...]” Dessa forma, a gestante tem a obrigação de prestar certos serviços, ou seja, a geração da criança, bem como o cumprimento dos cuidados inerentes à gravidez, porém se tem uma grande discussão sobre a verdadeira classificação do contrato de gestação por substituição, visto que alguns doutrinadores lecionam que toda prestação deve ser onerosa.

Ainda sobre a classificação temos de forma mais pacificada que o contrato de maternidade substituta se enquadra em três modalidades de contrato, segundo Coelho (2010, p. 46):

[...] bilateral, gratuito e atípico. O bilateral trata-se de uma obrigação para ambas as partes, não podendo um dos contratantes, antes de cumprir a sua obrigação, exigir o cumprimento por parte do outro. Considera-se gratuito o contrato em que apenas umas das partes se beneficia, cabendo a outra somente a obrigação. E atípicos são os contratos não previstos em lei, a maternidade substituta entra neste caso, pois, não há previsão legal para utilização deste método.

Com a possibilidade de classificação e o preenchimento dos essenciais requisitos da validade do contrato de gestação por substituição, temos de forma objetiva que o objeto principal do contrato será a cessão temporária do útero de uma terceira mulher, visando gestar um bebê para um casal impossibilitado.

Dessa forma, nota-se que é de extrema importância a regulamentação do contrato, pois se trata de uma relação privada que possui autonomia dos indivíduos e se encontra em conformidade com a ordem jurídica vigente. Destaca-se um importante valor do Estado, que é a liberdade dos indivíduos em relação à autodeterminação dos seus planos de vida, que poderão ser executados da maneira que lhes convier, desde que estejam em conformidade com a lei, pois no caso do contrato de gestação por substituição não há nenhuma previsão legal que o proíba ou o considere ilícito (SÁ, 2013, p. 17).

Sá (2013, p. 18) verifica que “[...] é evidente que a gestação por substituição surgiu como um meio para permitir a procriação, rompendo barreiras biológicas a fim de realizar a vontade daqueles impossibilitados de se reproduzir.”

Nota-se, ainda, com base em legislação de outros países que já conseguiram superar a visão tradicionalista e que passaram a permitir o contrato de gestação por substituição, que a técnica de gestação por substituição é uma forma de garantir os direitos inerentes ao indivíduo (VENOSA, 2009, p. 258). No Brasil não há uma regulamentação expressa da possibilidade do contrato, contudo os tribunais já consideram a licitude do contrato de gestação por substituição, garantindo todos os direitos inerentes ao casal contratante.

Desse modo, é manifesta a necessidade de regulamentação do contrato de gestação por substituição, reconhecendo-o como um contrato lícito e válido

capaz de produzir efeitos de um negócio jurídico, desde que seja realizado de forma gratuita, pois que o objeto principal do contrato será a cessão do útero para garantir os direitos da procriação do casal contratante.

## 5 CONCLUSÃO

A biomedicina está em constante desenvolvimento, originando um grande avanço para toda a sociedade e para o ordenamento jurídico. Desse modo, nasce também um novo conceito de filiação na família contemporânea, que admite que a filiação seja dada pelo critério socioafetivo e não apenas pelo critério biológico, como era antigamente, no qual o vínculo somente era reconhecido entre filhos e pais que contribuíram com o material genético.

Assim, conforme ilustrado, as técnicas de reprodução humana assistida podem ser desenvolvidas por diferentes formas, proporcionando a solução ou alternativa para casais que possuem algum tipo de problema de fertilidade e/ou de esterilidade. A fecundação nas técnicas de reprodução assistida pode ser homóloga, em que os gametas e o útero gestacional provêm unicamente do casal, ou heteróloga, na qual se tem a impossibilidade do marido ou da mulher doarem seu próprio material genético, assim, o material é proveniente de um terceiro, ou seja, de um doador anônimo.

As técnicas de reprodução no mundo da biomedicina se dividem em fecundação artificial *in vivo*, fertilização *in vitro*, que contempla a fecundação *post mortem*, e a técnica de fecundação por meio da gestação por substituição, conhecida popularmente como “barriga de aluguel”. Conforme exposto, a técnica de gestação por substituição foi o objeto principal de estudo do presente artigo e consiste em um método de reprodução humana assistida em que ocorre a cessão do útero de uma terceira mulher para que um casal que possui impossibilidade de conceber uma criança por meio do modo tradicional possa vir a tê-la por intermédio de outrem, garantindo o direito de reprodução daqueles que por questões biológicas não podem exercer a procriação pelo método natural.

Foi realizada uma análise da Resolução do Conselho Federal de Medicina e do provimento do Conselho Nacional de Justiça, tendo como base princípios constitucionais e civis inerentes à pessoa humana, a fim de entender a validade da técnica de gestação por substituição.

Da pesquisa efetuada extrai-se que a Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina é a única norma norteadora dessas técnicas, entretanto seu principal alvo é a ética no campo da medicina, visto que a Resolução regulamenta os procedimentos e os requisitos a serem efetuados pelas clínicas contratadas para efetuar a técnica substitutiva.

A Resolução também tem o objetivo de garantir o registro civil da criança pelos pacientes, toda sorte, recentemente, o Conselho Nacional de Justiça, por meio do Provimento n. 52, regulamentou os direitos em casos em que se utilizam as técnicas de reprodução assistida, estabelecendo de forma objetiva que a paternidade ou a maternidade socioafetiva superam a biológica, e que não há fundamentos para movimentar a máquina judiciária para registrar a criança gerada por meio de técnicas de reprodução.

No campo contratual, há muitos questionamentos que envolvem a possibilidade e a validade de um contrato de gestação por substituição, em virtude de questionamentos que versam sobre a licitude do objeto a ser pactuado pelos indivíduos. Entretanto, chegou-se ao entendimento que o verdadeiro objeto do contrato é a cessão temporária do útero, existindo acordo lícito diante do nosso ordenamento, que preenche todos os requisitos do negócio jurídico, ou seja, o contrato de gestação por substituição será válido quando apresentar agentes capazes, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e, por não ser tipificado em lei, puder ser redigido de forma livre.

Desse modo, a disciplina legal do contrato de gestação por substituição seria uma forma de assegurar sua validade no ordenamento jurídico, garantindo a proteção dos interesses e direitos dos envolvidos no procedimento de reprodução e, principalmente, os direitos do nascituro. Também, a autorização do contrato assegurará o princípio da autonomia da vontade dos indivíduos, tendo como

objetivo o prosseguimento da vida por meio da reprodução e, assim, envolve diversos direitos fundamentais, como o direito à vida, os direitos reprodutivos e os direitos de personalidade, que necessitam ser resguardados.

Assim, é preciso concluir que a possibilidade da regulamentação da técnica de gestação por substituição é viável, uma vez que o reconhecimento da filiação dos pais contratantes do útero substitutivo é um direito regulamentado pela própria legislação. Já quanto à licitude da elaboração de um contrato que regulamente os direitos e os deveres das partes envolvidas no procedimento, este é válido, pois preenche todos os requisitos de um negócio jurídico e possui como objeto a cessão temporária do útero para a gestação do bebê, garantindo todos os direitos constitucionais inerentes à pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *RDC n. 23*, de 27 de maio de 2011. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Brasília, DF, 27 maio de 2011. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KjfMHob4igMJ:www.vigilanciasanitaria.sc.gov.br/index.php/download/category/122-arquitetura-de-projetos-de-saude%3Fdownload%3D1072:resolucao-rdc-n-23-2011-banco-de-celulas-e-tecidos-germinativos-bctg-republicada+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

ALENCAR, Isadora Caldas Nunes de. A gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Unifacs*, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2452/1798>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan; ASSUMPÇÃO Isabela Franco Maculan. O grande avanço representado pelo Provimento nº 52/CNJ: independe de ordem judicial o registro de nascimento de crianças concebidas por reprodução assistida. *Colégio Notarial do Brasil*, 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NzIz-Mw==>>>. Acesso em: 28 set. 2016.

BOLZAN, Alejandro D. *Reprodução assistida e dignidade humana*. São Paulo: Paulinas, 1998.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 18 set. 2015.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial da União*, 22 nov. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 set. 2015.

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana. Ética e direito*. São Paulo: Edicamp, 2003.

CHAGAS. Denise Almeida de Andrade Márcia Correia. O direito ao planejamento familiar no Brasil: a questão da filiação e da identidade genética no âmbito do “projeto parental” realizado por meio da inseminação artificial heteróloga. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2816.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/Anais/sao_paulo/2816.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2016.

COELHO, Natália Sales. *A validade do contrato na maternidade substituta*. 2010. 54 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)—Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.358, de 11 de novembro de 1992. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.957, de 15 de dezembro de 2010. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui in totum. *Diário Oficial da União*, 06 jan. 2011. Brasília, DF, 15 dez. 2010. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 2.013, de 16 de abril de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM n° 1.957/10. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 maio 2013. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 2.121, de 16 de julho de 2015*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM n° 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 2015. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n° 52*. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd-953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

CONTI, Matilde CaroneSlaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

D IPPOLITO, Clarice. Gestação por substituição: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Jus Brasil*, 2013. Disponível em: <<http://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 21 set. 2015.

FERNANDES, Silva da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 14. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LANDMEIER, Felipe Redecker. *A (im)possibilidade de elaboração de contrato de gestação por substituição no sistema jurídico brasileiro*. 2014. 73 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)–Centro Universitário Univates, Lajeado, 2014.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito a origem genética: uma distinção necessária. *Revista Jurídica*, Notadez, 2004. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos & jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2003.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas das Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, Maria Bernadete. Teoria Geral dos Contratos. *Direito Brasil*, 2008. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5.

OLIVEIRA, Debora C. A. de; BORGES JÚNIOR, Edson. *Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Reconhecendo a ética e a lei*. São Paulo: Gaia, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

OTERO, Marcelo Truzzi. IBDFAM: Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa – legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, São Paulo: Magister, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: Contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Provimento padroniza o registro de nascimento dos filhos havidos por reprodução assistida*. 2016. Disponível em: <<http://www.rodrigo-dacunha.adv.br>>. Acesso em: 28 set. 2016.

RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis, 2000.

SÁ, Mariana Oliveira de. A gestação por substituição: da autonomia da vontade aos direitos do nascituro. *Publica Direito*, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5108e042ced536f8>>. Acesso em: 02 set. 2016.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito “In Vitro”*: da bioética ao biodireito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Adriano Massatoshi Hanamotoda. Registro Civil de Nascimento como Direito Humano Fundamental. *Jus Navigandi*, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29939/registro-civil-de-nascimento-como-direito-humano-fundamental>>. Acesso: 20 set. 2015.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 1967. v. 2.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Novos Direitos Conquistas e Desafios*. Curitiba: Juruá, 2008.

SOBRAL, Mariana Andrade. Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares. *Via Jus*, 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3111&idAreaSel=2&seeArt=yes>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. v. 3.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2.

# A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE NO DIREITO PENAL DO FATO

Maitê Cristina Baretta\*  
Jorge Eduardo Hoffmann\*\*

**Resumo:** O Direito Penal brasileiro busca seus fundamentos na Constituição da República Federativa do Brasil, que consagra em suas diretrizes o Direito Penal do Fato, sem, entretanto, excluir os institutos jurídicos do Direito Penal de Autor, tendo na circunstância judicial da personalidade do agente sua principal representante. Esta circunstância considera a pessoa do condenado em sua singularidade, avaliando sua existência como pessoa humana, considerando-se o modo de ser e agir do criminoso, bem como a relação entre a conduta e o delito perpetrado. A aplicação da circunstância judicial da personalidade mostra-se necessária para consubstanciar o princípio constitucional da individualização da pena. Sua utilização pelo ordenamento jurídico deve estar pautada em elementos concretamente verificados nos autos, a fim de proporcionar segurança jurídica aos envolvidos na lide criminal. A melhor forma de se alcançar uma mensuração segura e apta a promover os fins essenciais da pena é por meio da realização de exame pericial por profissional com conhecimento específico sobre o tema.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Circunstância judicial. Personalidade do agente. Direito Penal do Fato. Direito Penal de Autor.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal brasileiro adotou, em respeito às diretrizes elencadas na Constituição Federal, a Teoria do Direito Penal do Fato. No entanto, encontram-se no ordenamento repressivo institutos jurídicos que fazem referência ao Direito Penal de Autor, como as circunstâncias judiciais dos antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade do agente, bem como a reincidência criminal.

---

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

\*\* Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina; Professor do Curso de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; jorge.hoffmann@unoesc.edu.br

A circunstância judicial da personalidade do agente, pela sua subjetividade conceitual e por evidenciar a pessoa humana, revela como nenhum outro instituto as características elementares do Direito Penal de Autor, tendo, por essas razões, sido escolhida como objeto do presente trabalho.

Nota-se da prática forense a acentuada dificuldade de mensurar a circunstância judicial da personalidade do agente nas sentenças criminais prolatadas, deixando-se, inúmeras vezes, de analisá-la pela ausência de elementos concretos nos autos ou pela carência de conhecimento técnicos dos julgadores, pois os componentes formadores da personalidade referem-se à ciência psicológica.

No presente trabalho tem-se por objetivo apurar a legitimidade da circunstância judicial da personalidade do agente na aplicação da pena, aferindo sua aptidão para figurar como circunstância judicial no Sistema Penal brasileiro, regido pela Teoria do Direito Penal do Fato.

A metodologia utilizada consiste em uma pesquisa dedutiva, mediante uma análise bibliográfica, pois o estudo é baseado em material já existente, entre eles doutrinas e jurisprudências.

## **2 FUNÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

A função atribuída à pena pode desdobrar-se em duas: no sentido objetivo ou imediato, busca-se a proteção dos bens jurídicos essenciais à comunidade; e no sentido subjetivo ou mediato, procura-se resguardar os fins da pena, compreendidos como a retribuição e a prevenção.

No primeiro momento analisa-se o sentido objetivo ou imediato.

### **2.1 O BEM JURÍDICO-PENAL**

A função primordial do Direito Penal reside na proteção dos bens jurídicos indispensáveis à sobrevivência em comunidade, assim elegidos em razão da sua importância na manutenção pacífica e segura da estrutura social. O amparo

destinado a esses bens jurídicos tem por objetivo evitar ou prevenir as agressões que atentem contra essa existência, preservando a ordem social.

O sistema repressivo deve preocupar-se tão somente com as condutas que ofendam os bens jurídicos fundamentais à convivência em sociedade, quando não restar no ordenamento jurídico nenhuma outra ferramenta apta à proteção desses bens, o que revela seu caráter subsidiário no controle social e sua atuação como *ultima ratio* na defesa dos interesses humanos elementares.

O bem jurídico-penal é elemento indispensável à construção dos tipos penais incriminadores, pois não cabe falar em crime sem que ocorra efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico resguardado pelo Direito Penal. Representa, ainda, o centro gravitacional dos elementos que compõem o crime – a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade –, servindo de substrato à definição material de delito e à legitimação da pena, esta como instrumento de contenção das condutas desviantes que prejudiquem a convivência social.

### 2.1.2 Conceito de bem jurídico-penal

Parcela considerável da doutrina compreende que uma conduta, para ser considerada criminosa, deve lesionar ou ameaçar lesionar um bem jurídico-penal, porém, diverge profundamente ao tentar determinar seu conteúdo e conceituá-lo (COELHO, 2003, p. 125-126).

Estabelece Roxin (2006, p. 18-19) que: “[...] podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.”

Corroborando Coelho (2003, p. 130, grifo do autor):

[...] bem jurídico-penal é um valor tutelado pelo direito penal, que possui seu substrato na Constituição, ancorado na realidade social, sendo o elemento material da estrutura do delito e que tenha a capacidade hermenêutica de relativizar o princípio da liberdade e de concretizar o princípio da dig-

nidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental para a convivência pacífica em sociedade.

A autorização para intervenção jurídico-penal deve estar justificada na função social do Direito Penal. Assim, sua função consiste em garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e segura socialmente, quando não for possível alcançar estas metas com outros meios político-sociais, afetando minimamente a liberdade dos cidadãos (ROXIN, 2006, p. 16-17).

Apontam Roxin, Arzt e Tiedemann (2007, p. 8) que: “[...] o Direito Penal serve, portanto, à proteção subsidiária de bens jurídicos e, conseqüentemente, está justificado em sua existência quando a convivência pacífica e materialmente segura dos cidadãos somente pode ser preservada por uma ameaça punitiva.”

Alcançada a conceituação do bem jurídico-penal, indispensável é a demonstração das funções a que se destina.

### **2.1.3 Funções do bem jurídico-penal**

Com unanimidade compreende-se que ao Direito Penal cumpre a função de tutelar bens jurídicos. Tal entendimento é essencial para se conhecerem os fins deste ramo do Direito, do qual emanam as diversas funções do bem jurídico (KIST, 2003, p. 175).

Entre as inúmeras funções conferidas ao bem jurídico, cumpre salientar as mais relevantes.

#### **2.1.3.1 Função de garantia ou de limitação ao direito de punir do Estado**

A finalidade pontual desta função consiste em demonstrar a capacidade limitadora que o bem jurídico representa em relação à atividade legiferante do Estado em matéria penal (COELHO, 2003, p. 131).

Trata-se de uma observação imposta ao legislador penal para somente tipificar as condutas graves que coloquem em perigo ou lesem verdadeiros bens jurídicos (KIST, 2003, p. 175). Consubstancia-se no adágio *nullum crimen sine injuria*.

#### 2.1.3.2 Função teleológica, interpretativa ou exegética

Considera-se um critério de interpretação dos tipos penais, direcionando seu sentido e alcance à finalidade de tutela de certo bem jurídico (PRADO, 2003, p. 60).

Como elemento nuclear do tipo, salienta Coelho (2003, p. 133) que “Não é possível interpretar nem conhecer a lei penal sem o recurso ao instituto do bem jurídico, [...]”

#### 2.1.3.3 Função sistemática

Funciona o bem jurídico como um componente classificatório na formação dos grupos de tipos do Código Penal, formulando os títulos e capítulos conforme o bem jurídico que se pretendeu proteger (KIST, 2003, p. 176).

Essa forma de divisão possui o condão de auxiliar a interpretação dos tipos penais, facilitando a atividade do hermenauta (COELHO, 2003, p. 132).

#### 2.1.3.4 Função individualizadora

Pauta-se como um critério de medição da pena no momento de sua fixação, considerando a gravidade da lesão causada ao bem jurídico (PRADO, 2003, p. 61).

Após a descrição das funções a que se destina o bem jurídico-penal e a determinação de seu conceito legal, passa-se a abordar o sentido subjetivo ou mediato da pena.

## 2.2 FINALIDADE DAS PENAS

A função e a finalidade da pena têm como ponto central duas teorias tradicionais de justificação que, recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, encontram assentos no artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940).

### 2.2.1 Teoria absoluta ou retributiva da pena

A primeira teoria justificadora da pena “[...] estima o sofrimento do castigo como algo moralmente correto com a finalidade de expiar e compensar o mal causado, porque o sujeito merece, por ser culpado de ter cometido uma ofensa.” (TELLA; TELLA, 2008, p. 174).

Considera Boschi (2004, p. 105) que “Com a pena, os clássicos olhavam para o passado e só indiretamente para o futuro, pois apostavam que com o castigo exemplificador não seriam cometidos outros crimes pelo acusado ou pelos outros membros da comunidade a que pertenciam.”

Funda-se na ideia de merecimento e justiça, na convicção de liberdade da vontade humana; dessa forma, é merecido que o homem remira seus delitos se era livre no momento de cometê-los e ainda assim decidiu fazê-los. A causa dos delitos repousa na liberdade utilizada em excesso pelo criminoso e não na personalidade humana (TELLA; TELLA, 2008, p. 154).

Na concepção moderna, a retribuição jurídica sugere uma proporcionalidade entre a pena e o injusto e opera como princípio limitativo, no qual o delito praticado serve de base ao fundamento e limite da pena, proporcional à extensão do injusto e da culpabilidade (PRADO, 2010, p. 504).

### 2.2.2 Teoria relativa ou preventiva da pena

Desenvolvida na Escola Positivista do Direito Penal, preocupou-se em encontrar no criminoso as causas do crime, partindo do pressuposto de que ne-

ningum homem pode ser considerado moralmente responsável por sua conduta, já que não possui livre-arbítrio (BOSCHI, 2004, p. 105-106). Encontra sua razão de existir na necessidade de conter a prática de futuro delito, pautando-se na utilidade social da pena (PRADO, 2010, p. 504).

Ponderam Tella e Tella (2008, p. 174, grifo do autor) que a segunda teoria justificadora da pena:

[...] é a doutrina de tipo consequencialista, que considera que o único aspecto relevante de uma ação são as boas ou más ações e as consequências que produz. O sofrimento deliberado em que consiste o castigo somente estaria justificado se fosse útil, ou seja, se com ele se evitasse e prevenisse um sofrimento futuro, *punitur ut ne peccetur*.

Depreendem-se da teoria da prevenção duas ramificações: a primeira, denominada doutrina da prevenção geral, procura a máxima utilidade possível aos não desviados; e a segunda, designada doutrina da prevenção especial, pondera o mínimo sofrimento necessário destinado aos desviados (TELLA; TELLA, 2008, p. 204).

A teoria da prevenção geral, por meio da advertência da pena, atua sobre o indivíduo como motivação na abstenção de cometer delitos. Baseia-se nas ideias de intimidação e racionalidade do homem (BITENCOURT, 2011, p. 108). A pena adquire a função de prevenir novos crimes, servindo-se, para tanto, do exemplo de seus semelhantes, que, direcionado à sociedade, tem o condão de educar e limitar os impulsos criminosos.

Contemplada na versão positiva, visa resguardar valores ético-sociais para integração do sistema normativo. Na concepção negativa, que introduz uma obediência à norma pelos cidadãos por meio da exemplificação, consiste na prevenção por intimidação.

A teoria da prevenção especial busca conter a prática do crime, voltando-se exclusivamente ao delincente, com o objetivo de que este não torne a delinquir (BITENCOURT, 2011, p. 110).

Concebida no sentido positivo, busca simplesmente que o delinquente, após contempladas as consequências do crime perpetrado, desista de cometer novas condutas delituosas; já no sentido negativo, prioriza a neutralização do agente delitivo retirando-o do convívio social (GRECO, 2011, p. 474).

Após observar as funções da pena sobre os prismas do bem jurídico-penal e da finalidade da pena, importante destacar a divisão existente no Direito Penal, que o fraciona em Direito Penal de Autor e Direito Penal do Fato, a fim de se compreenderem as diversas formas de analisar os elementos que compõem o crime e a pena.

### 2.3 DIREITO PENAL DE AUTOR

A legitimidade do poder de punir, quando vislumbrada por meio das funções da pena, adquire contorno pelas consequências que delas emanam: a função de defesa social, os parâmetros de quantificação da pena e a essência do delito. Quando pautada na essência do delito, revela a relação existente entre o crime e o autor da conduta. Para alguns autores, passa-se a evidenciar que o real desvalor está em uma característica do autor, consubstanciada em uma inferioridade moral, psicológica ou biológica, que explica a existência da pena e configura o chamado Direito Penal de Autor (ZAFFARONI et al., 2006, p. 131).

Em que pese não haver um consenso quanto à definição do que seja o Direito Penal de Autor, estabelecem Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 115, grifo do autor) que “[...] ao menos em sua manifestação externa, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma ‘forma de ser’ do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva.”

O ponto central de questionamento não se limitaria ao delito formalmente disposto na lei, mas ao desvio criminal seu caráter imoral e antissocial e à pessoa do delinquente, sendo o delito uma manifestação importante, suficiente, mas dispensável à justificação da punição (FERRAJOLI, 2014, p. 45).

O crime praticado revelaria o sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser reparada da mesma forma que se conserta uma máquina com mau funcionamento, deixando-se de lado o ato realizado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 115).

O que se vislumbra, em primeiro plano, para qualidade e quantidade da pena é a pessoa do delinquente, mais que o fato criminoso, que o pecado ou o sintoma. Ressoa na forma de julgamento que analisa a alma e a psicossomática do réu, em vez de individualizar sua conduta com o delito cometido (FERRAJOLI, 2014, p. 252).

## 2.4 DIREITO PENAL DO FATO

Compreende o delito como um conflito que causa uma lesão jurídica, realizado por um ato humano com autonomia de vontade, portanto responsável, que deve ser censurado, retribuindo-se o mal na medida de sua culpabilidade (ZAFFARONI et al., 2006, p. 133).

O julgamento não deve abordar a moralidade, o caráter ou a dimensão substancial da personalidade do réu, mas tão somente sobre os fatos tutelados penalmente e que lhe são imputados, pois estes são os únicos que podem ser provados pela acusação e negados pela defesa (FERRAJOLI, 2014).

Preconiza Ferrajoli (2014, p. 208, grifo do autor) que:

O Estado, além de não ter o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente, o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar etc. – a personalidade dos réus. O cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o *direito de ser* inteiramente ruim e de permanecer aquilo que é.

O juiz não deve questionar a alma do criminoso ou proferir juízos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individualizar o comportamento reprimido

pela lei penal, eis que se pune apenas aquilo que se fez, e não pelo que se é (FERRAJOLI, 2014, p. 208).

## 2.5 APLICAÇÃO DA PENA

A conduta delituosa que ofenda a um bem jurídico disciplinado como infração penal faz nascer no Estado o direito de punir o agente gerador da conduta perpetrada. Com a aplicação concreta do preceito sancionador, o Estado satisfaz o interesse social de reprimir e prevenir as infrações penais, alcançando as finalidades da pena.

A fim de orientar o magistrado no momento da aplicação da pena, desenvolveu a lei penal um conjunto de etapas que necessariamente deverão por ele ser observadas, sob pena de eivar de nulidade o ato praticado (GRECO, 2011, p. 549).

### 2.5.1 Método Trifásico

Estabelece o artigo 68, *caput*, do Código Penal (BRASIL, 1940) que, “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

Para atender à finalidade do presente trabalho, será aprofundada tão somente a primeira fase da dosimetria da pena, qual seja, a análise das circunstâncias judiciais.

As circunstâncias judiciais são elementos que circundam a realização da conduta criminosa, sem, no entanto, interferir na sua existência, mas servindo de suporte para fixação da pena, de acordo com as convicções do magistrado (NUCCI, 2011, p. 456).

Disponibilizam ao julgador os critérios necessários para determinação de uma pena-base estabelecida a partir dos limites abstratamente cominados no preceito secundário do tipo penal (MIRABETE, 2013, p. 285).

A pena-base diz respeito à pena em concreto, observados para sua fixação os limites anteriormente estabelecidos pelo legislador, no qual incidirão as atenuantes e agravantes, causas de diminuição e aumento (BOSCHI, 2004, p. 185-186).

Previstas no artigo 59 do Código Penal<sup>1</sup> (BRASIL, 1940) estão oito circunstâncias judiciais: a culpabilidade, que é entendida como o conjunto das demais, a soma dos antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima (NUCCI, 2011, p. 456).

Após evidenciar sucintamente as circunstâncias judiciais, passa-se ao estudo detalhado da circunstância judicial da personalidade.

### **3 A PERSONALIDADE HUMANA NA APLICAÇÃO DA PENA**

A definição de personalidade humana é empregada tanto na ciência jurídica quanto na ciência psicológica. No entanto, tal conceito interessa sobremaneira à Psicologia, tendo para o Direito um sentido meramente técnico, com peculiaridades restritas.

Parte-se inicialmente da definição afeita aos ramos do Direito.

#### **3.1 A PERSONALIDADE NA DOUTRINA PENAL**

Considera-se a personalidade um conjunto de impressões exclusivas de um indivíduo, podendo ser parcela adquirida e parcela herdada (NUCCI, 2011, p. 470). Refere-se ao caráter do agente como pessoa humana, expondo sua índole, bem como seu temperamento, entendidos como o controle emocional, a agressividade, a sensibilidade e o comportamento impetuoso (SCHMITT, 2007, p. 68).

---

<sup>1</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]

Na personalidade consignam-se as qualidades morais do criminoso e sua contradição com a ordem social inerente ao seu temperamento (MIRABETE, 2013, p. 287). “É o retrato psíquico do delinquente, incluindo a periculosidade.” (JESUS, 2011, p. 601).

Destaca Arbenz (apud NUCCI, 2011, p. 470) que:

A personalidade tem uma estrutura muito complexa. Na verdade é um conjunto somatopsíquico (ou psicossomático) no qual se integra um componente morfológico, estático, que é a conformação física; um componente dinâmico-humoral ou fisiológico, que é o temperamento; e o caráter, que é a expressão psicológica do temperamento [...] Na configuração da personalidade congregam-se elementos hereditários e socioambientais, o que vale dizer que as experiências da vida contribuem para a evolução.

No que se refere aos caracteres adquiridos pelo criminoso, torna-se indispensável analisar o meio e as condições em que o condenado cresceu e vive, visto que o cometimento de um crime pelo indivíduo em uma condição social elevada deve ser mais severamente apenado do que o desfavorecido que perpetrou o delito para assegurar sua sobrevivência (NUCCI, 2007, p. 188-189).

Encerrada a conceituação jurídico-penal, volta-se o olhar aos elementos psicológicos da personalidade humana.

### 3.2 A PERSONALIDADE NA PSICOLOGIA

A definição da personalidade somente é alcançada pela utilização de conceitos específicos abrangidos em uma dada teoria da personalidade, tidos como apropriados para descrição e compreensão da natureza humana (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 36).

Cada teórico estratificou e elucidou determinado aspecto do comportamento humano, adquirindo um entendimento profundo de uma porção do todo, sendo impossível atestar que uma teoria é essencialmente melhor que outra no campo em que se propôs a averiguar (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 17).

Logo, o modo pelo qual determinado indivíduo conceitua a personalidade resulta unicamente de sua escolha teórica, pois consentirá com a estrutura de referência teórica desenvolvida para análise da personalidade (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 33).

Feitas tais ponderações, passa-se ao exame individualizado das principais teorias da personalidade.

### 3.2.1 Teoria Psicanalítica de Sigmund Freud

O pensamento teórico de Sigmund Freud originou-se da comparação realizada por ele entre a mente humana e um *iceberg*, concluindo que a parte que se vislumbra na superfície da água corresponde à região da consciência, enquanto que o bloco abaixo da superfície equivale à região do inconsciente. É na imensidão do inconsciente que se localizam as forças vitais que comandam de modo imprescindível os pensamentos e as ações humanas, onde se encontram os motivos implícitos do comportamento (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 50).

No inconsciente acham-se os elementos instintivos que nunca se tornaram conscientes, ele possui material excluído, reprovado e refreado pela consciência, trata-se da reunião dos princípios determinantes da personalidade. O pré-consciente faz parte do inconsciente e pode converter-se facilmente em consciente, compreende a zona de lembranças que a consciência necessita para desenvolver suas funções. A consciência representa uma pequena parcela da mente, abrangendo o que se tem ciência em certo momento (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 7-8).

Freud ordenou a estrutura da personalidade em três sistemas básicos da psique: o *id*, o *ego* e o *superego*. Embora cada parte possua funções próprias, elas interagem tão intimamente que se torna impossível determinar os efeitos e a contribuição individual de cada componente ao comportamento humano (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 53, grifo nosso).

O objetivo final da psique é a obtenção de um equilíbrio razoável entre o prazer e o desprazer, que somente será alcançado com a interação de forças dos

três sistemas, atuando para a manutenção de uma personalidade aceitável (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 12).

“De maneira muito geral, o id pode ser pensado como o componente biológico da personalidade, o ego como o componente psicológico e o superego como o componente social.” (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 55).

O desenvolvimento da personalidade acompanha inevitavelmente as alterações do que é desejado e a forma como esses desejos são satisfeitos; estando atreladas a uma parte específica do corpo, estas modificações são compreendidas por Freud como as fases do desenvolvimento psicosssexual (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 12).

Desse modo, uma criança percorre diversos estágios evolutivos e dinâmicos ao longo dos cinco primeiros anos de vida, após, há uma estabilização desta evolução por aproximadamente seis anos, irrompendo com o surgimento da adolescência, que pausadamente se assenta com a chegada da idade adulta (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 65).

A complexidade da construção teórica desenvolvida por Sigmund Freud revela sua essência e validade ao considerar o ser humano real dividido entre o mundo concreto e o imaginário, afetado por conflitos e contradições internas, mas dotado de pensamentos e ações racionais, intercalando sentimentos opostos que resultam em um ser humano complexo (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 81).

### **3.2.2 Teoria Analítica de Carl Jung**

A personalidade total ou a psique analisada por Jung corresponde a diversos sistemas que se interagem mutuamente, são eles: o ego, o inconsciente pessoal, os complexos, o inconsciente coletivo, os arquétipos, a persona, a anima e o animus, e a sombra (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 88).

As atitudes ou orientações da personalidade desenvolvidas por Carl Jung demonstraram que o indivíduo pode ser orientado para o seu interior, em

atitudes de introversão, ou para o seu exterior, com atitudes de extroversão, cabendo ao indivíduo adaptar-se a determinada situação de modo flexível e apropriado (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 47).

O autor introduziu, posteriormente, quatro funções psicológicas pelas quais uma pessoa pode adquirir e processar informações: pensamento, sentimento, sensação e intuição. Cada uma das funções pode ser vivenciada de forma introvertida ou extrovertida, com diferentes graus de superioridade na influência exercida na consciência (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 93-94).

O pensamento liga-se aos julgamentos realizados com base em critérios impessoais e objetivos para alcançar a verdade. O sentimento compreende a tomada de decisões com suporte nos valores próprios, em observância às concepções emocionais experimentadas. Ambos correspondem a formas alternativas de efetuar julgamentos e tomar decisões (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 47-48).

Como meio de aprender informações, a sensação traz as experiências diretas dos detalhes e fatos concretos, e a intuição remete às experiências passadas e futuras, com comunicação de processos inconscientes (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 48).

Os sistemas, as atitudes e as funções psicológicas que compõem a personalidade total podem interagir para equilibrar falhas de outros sistemas, opor-se, ou conectar-se para realizar uma síntese (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 95).

Contemplando a natureza humana de modo otimista e menos definitivo, Jung compreendeu que a personalidade pode ser inata ou aprendida, reconheceu a relevância das experiências da infância, mas atribuiu grande importância às experiências de meia-idade e às esperanças para o futuro, destacando que o objetivo primordial da vida humana é a busca pela individuação (SCHULTZ; SCHULTZ, 2011, p. 108).

### **3.2.3 Teoria Psicológica Individual de Alfred Adler**

Alfred Adler teorizou um sistema que concebe a pessoa como uma totalidade incorporada em um meio social, a partir da observância do estilo de vida

do sujeito, do interesse social e do comportamento voltado a um objetivo. Atribuiu relevância à influência exercida pela sociedade na definição da personalidade, por meio da ponderação de fatores como o senso de comunidade, preocupação e cooperação com os demais indivíduos (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 72).

A personalidade seria delineada por circunstâncias sociais, afastando-se os fatores biológicos da formação e apontando a natureza social da pessoa humana (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 116).

O controle exercido sobre o meio ambiente para atender os objetivos de vida difere de pessoa para pessoa, pois considera os valores, as atitudes, as experiências pessoais e a personalidade, tendo sua formação na infância como meio de defesa para compensar a sensação de inferioridade da criança (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 76).

A forma como o indivíduo se relaciona com o mundo decorre do poder criativo do *self*, uma vez que responde ativamente e de forma criativa às influências que afetam a vida e moldam a personalidade. Dessa forma, a pessoa é dotada de singularidade, consciência e controle sobre seu destino, podendo dirigir a sua atuação no meio ambiente (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 77, grifo do autor).

Destacam Hall, Lindzey e Campbell (2000, p. 125, grifo do autor) que:

O *self* criativo é o fermento que age sobre os fatos do mundo e transforma esses fatos em uma personalidade subjetiva, dinâmica, unificada, pessoal e unicamente estilizada. O *self* criativo dá significado à vida; ele cria a meta, assim como os meios para a meta. O *self* criativo é o princípio ativo da vida humana, e não é muito diferente do conceito mais antigo de alma.

A evolução do sentido de dignidade aos seres humanos é a maior contribuição da psicologia humanista de Adler, visto que dotou os indivíduos de consciência, individualidade, criatividade, abnegação e humanitarismo (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 125).

### 3.2.4 Teoria do Corpo de Wilhelm Reich

Wilhelm Reich estabeleceu em sua teoria os alicerces da psicoterapia direcionada para o corpo humano, enaltecendo os aspectos físicos do caráter e as inibições dos instintos imposta pela sociedade ao indivíduo, com o conceito de caráter e couraça caracterológica (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 88).

O caráter passou a ser compreendido como o conjunto de atitudes de um indivíduo e o seu modelo consolidado de respostas para as situações experimentadas; são partes do conjunto: o estilo de comportamento, as atitudes físicas e as atitudes conscientes. Desenvolve-se o caráter como meio de resguardo contra a ansiedade originada pelos sentimentos sexuais da criança e a punição decorrente (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 92).

A couraça caracterológica consiste na mescla de todas as forças defensivas repressoras, ordenada de modo coerente dentro do ego. Assim, cada atitude de caráter ocasiona uma atitude física equivalente, como a perda da rigidez crônica dos músculos causa libertação das emoções, refletindo no corpo os traços de caráter do indivíduo (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 93-103).

O crescimento total do ser humano somente seria alcançado com a libertação de bloqueios desproporcionais e indevidos aos sentimentos, tendo o autocontrole e o comportamento direcionados a um objetivo, atuação essencial no equilíbrio da vida humana (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 103-104).

### 3.2.5 Teoria da Gestalt-Terapia de Frederick Salomon Perls

A psicologia da *gestalt* tem como significado a sistematização das partes que compõem um todo particular; a verificação de uma parte determinada não pode propiciar a compreensão do todo, pois o todo é constituído pela influência recíproca e pela correlação das partes (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 129, grifo no original).

A concepção do organismo como um todo pode ser evidenciada no funcionamento intraorgânico e na interação do organismo no meio em que atua, gerando um espaço singular de atividade (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 133).

O processo de crescimento está diretamente ligado ao conhecimento pelo indivíduo do comportamento e das ações por ele praticadas, alcançando o estágio de autoconsciência ou da conscientização. O núcleo da Gestalt-Terapia consiste na orientação humanitária para o crescimento e desenvolvimento do potencial humano (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 135-141).

### 3.3 A MENSURAÇÃO DA PERSONALIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

Após a análise pormenorizada dos conceitos envolvendo a personalidade humana, pode-se observar a abrangência e a profundidade dos elementos desenvolvidos sob a óptica da psicologia em comparação à abordagem técnica dos conceitos desenvolvidos pelos juristas, que apesar de trazerem pontuações semelhantes, restringem-se à verificação do caráter, do comportamento, da postura social e da periculosidade que cada indivíduo representa.

A dificuldade de se chegar a uma conceituação da personalidade no Direito reside principalmente na ausência de capacidade técnica dos operadores do Direito, que carecem de formação específica na área de psicologia e psiquiatria. Visto que a aferição do conteúdo da personalidade mostra-se de elevada complexidade para os profissionais da psicologia, campo do qual decorre o instituto, a sua mensuração por juristas reputa-se impraticável, podendo ocasionar insegurança jurídica na aplicação da pena.

A fragilidade dos elementos angariados nos processos judiciais também pode ser considerada como um fato que obstrui o emprego da circunstância judicial da personalidade. Em um sistema processual acusatório, todas as teses defendidas em juízo pelas partes e os fundamentos utilizados pelo magistrado na decisão prolatada devem ser passíveis de verificabilidade fática nos autos, sob

pena de impedir a antítese dos argumentos empregados e a nulidade da decisão por inexistência de fundamentação (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 54).

Este critério de mensuração da pena não precisa ser suprimido do ordenamento jurídico, necessita tão somente ser aperfeiçoado, devendo o julgador colher maiores elementos para chegar ao veredicto, solicitando a realização por profissionais habilitados de uma avaliação psicológica do acusado (NUCCI, 2007, p. 192-193).

O auxílio de profissionais da psicologia e da psiquiatria para confecção de um exame criminológico contribui para a concretização dos princípios basilares do Direito Penal, especialmente o princípio da individualização da pena, que afasta sua padronização e atribui singularidade ao indivíduo na condenação, chegando-se o mais próximo possível de uma pena justa que alcance a prevenção e a reprovação do crime.

Após contemplar as linhas conceituais da personalidade humana, cumpre verificar a sua aplicação pelos tribunais brasileiros.

#### **4 A PERSONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

A seleção dos acórdãos utilizados no presente trabalho foi extraída dos tribunais de justiça dos estados e do Superior Tribunal de Justiça. A aplicação da circunstância judicial da personalidade gravita entre quatro problemáticas comuns entre os julgados: a ausência de elementos concretos, a utilização das certidões de antecedentes criminais e a necessidade de estudo técnico adequado da pessoa do condenado para fundamentar a majoração, bem como a possibilidade de aplicação da circunstância judicial.

Em atenta leitura, revelam os acórdãos que a prolação das sentenças de primeiro grau considera elementos inidôneos para sopesar a circunstância judicial da personalidade, fundamentando-se, por vezes, em argumentos frágeis e indevidos.

Destacou o Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, na Apelação Criminal n. 2014.057672-2, julgada em 02 de dezembro de 2014 pelo TJ-SC: “No que se refere à personalidade, deve ser aferida com base em elementos que

apontem a condição psíquica do réu, bem como o seu temperamento ou agressividade. Inexistindo elementos indicadores a respeito não se pode valorá-la negativamente.” (SANTA CATARINA, 2014c).

Nota-se da decisão proferida pela Ministra relatora Laurita Vaz no *Habeas Corpus* n. 222-181-SP, julgado em 25 de junho de 2013 pelo STJ, que concluiu ser indevida valoração negativa da circunstância judicial da personalidade pautada no argumento de que o agente apresenta vontade voltada ao cometimento do crime, pois o *animus* se encontra atrelado ao tipo penal (BRASIL, 2013b).

A natureza do crime perpetrado pelo agente foi invocada como justificativa para majoração da reprimenda na decisão reformada pelo Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo na Apelação Criminal n. 2015.057298-5, julgada em 27 de outubro de 2015 pelo TJ-SC, que reputou imprópria a fundamentação empregada, pois o legislador já ponderou sobre a natureza da infração no momento em que elaborou o preceito secundário do tipo transgredido, não sendo possível caracterizar a personalidade do apenado como deformada e direcionada à prática constante de crime (SANTA CATARINA, 2015e).

O Desembargador Paulo Rossi, relator na Apelação Criminal n. 0006825-93.2014.8.26.0575, julgada em 27 de janeiro de 2016 pelo TJ-SP, entendeu como inadequada a majoração da circunstância com base no fundamento de que o apenado despreza as regras de convivência social, considerando-se a ausência de elementos concretos nos autos e de previsão na Constituição da República Federativa do Brasil da garantia da liberdade ao cidadão (SÃO PAULO, 2016a).

Nesta senda, na Apelação Criminal n. 70000907659, julgada pelo TJ-RS em 15 de junho de 2000, afirmou o Desembargador Relator Sylvio Baptista Neto que:

As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade

individual), só responderá por ele, se a sua conduta ('lato senso') for lícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o. (RIO GRANDE DO SUL, 2000).

A circunstância judicial da personalidade em diversas situações sofre grave restrição, sendo observada tão somente como conjunto de qualidades morais da pessoa, avaliada apenas pela relação de antecedentes que o réu apresenta.

O Desembargador Volnei Celso Tomazini, que julgou em 02 de março de 2016 a Apelação Criminal n. 0004658-88.2014.8.24.0113 do TJ-SC, deixou de considerar a majoração da personalidade por duas razões: a primeira por julgar que a circunstância diz respeito muito mais aos ramos da psicologia e das ciências correlatas do que à ciência do direito, sendo o julgador pessoa inabilitada para analisar a personalidade; e a segunda por compreender que o uso de inquéritos policiais ou ações penais em andamento não pode ser considerado para mensurar a personalidade do sentenciado, por atacar o princípio da presunção de inocência, não sendo suficientes, ainda, o exame da certidão de vida pregressa ou a prática de outras infrações (SANTA CATARINA, 2016b).

Da mesma forma, a Ministra Relatora Laurita Vaz, ao julgar o Habeas Corpus n. 176.321-RS, pelo STJ em 12 de abril de 2012, compreendeu que o trâmite de outra ação penal não justifica a exacerbação da pena, bem como a agressividade, descortesia e grosseria demonstrada para com o oficial de justiça não podem ser consideradas para caracterizar uma personalidade desajustada (BRASIL, 2012).

Na Apelação Criminal n. 1.453.711-4, julgada em 17 de março de 2016 pelo TJ-PR, o Relator Desembargador Marcus Vinícius de Lacerda Costa afastou a fundamentação que considerou a personalidade do acusado como propensa à prática de crimes, por estimular o cometimento de delitos pelos usuários de drogas de quem era fornecedor, explorar o vício e propagar o crime na região, eis que a fundamentação não encontra respaldo no conceito do instituto da personali-

de e não há nos autos elementos capazes de estimá-lo corretamente (PARANÁ, 2016a).

Na Apelação Criminal n. 0009368-42.2012.8.26.0445, julgada em 30 de setembro de 2015 pelo TJ-SP, sob a relatoria do Desembargador Paulo Rossi, contempla-se o afastamento da justificativa que majorou a circunstância judicial da personalidade:

Desse modo, a mera afirmação, genérica e abstrata, de que o “réu possui personalidade voltada ao crime” não justifica a valoração negativa da referida circunstância judicial, pois não evidencia, concretamente, qual o suposto desvio de personalidade que o leva a cometer a alegada diversidade de delitos.

Sabe-se que a personalidade é composta de um conjunto de fatores respectivos à índole e ao perfil psicológico do indivíduo, de tal maneira que sua aferição não pode ser extraída de simples análise superficial da certidão de antecedentes do sentenciado. (SÃO PAULO, 2015c, grifo do autor).

No *Habeas Corpus* n. 71.001-DF, julgado em 18 de junho de 2009 pelo STJ, sob a relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, foi reconhecida a existência de constrangimento ilegal na exasperação de personalidade do agente, pautada em condenação transitada em julgado por fato ocorrido posteriormente ao crime apurado na denúncia, não se podendo apontar que o acusado possui personalidade voltada à prática de crimes, pois colide com as diretrizes do Direito Penal do Fato de base democrática (BRASIL, 2009, p. 1).

De modo diverso, apresenta-se a Revisão Criminal n. 4000286-08.2016.8.24.0000 sob a relatoria da Desembargadora Marli Mosimann Vargas, julgada em 05 de abril de 2016 pelo TJ-SC, que reconheceu a personalidade do apenado como direcionada à prática de crimes, visto que a certidão de antecedentes criminais indica propensão à delinquência desde a adolescência, revelando-se justificado o aumento da pena-base (SANTA CATARINA, 2016d).

Na Apelação Criminal n. 2015.031100-2, julgada em 21 de julho de 2015 pelo TJ-SC, considerou o Desembargador Relator Carlos Alberto Civinski que:

O princípio da individualização da pena consagrado pelo art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, impõe que, ao agente que se mostra contumaz na prática de delitos, sem escrúpulos ou arrependimento na reiteração criminosa, deve ser aplicada sanção mais severa do que aquela fixada para o agente que manifesta pesar ou remorso posteriormente à sua ação.

No caso, o Juiz Presidente fundamentou a personalidade desvirtuada do recorrente pela reiterada prática de crimes dolosos (estelionato, estupro e roubo), os quais, embora ainda se tratavam de inquéritos policiais e processos em curso, transitaram em julgado durante o curso deste processo, o que pode e deve ser mantido por esta Corte.

Isso porque a certidão de antecedentes criminais de fls. 54/55 e 84-88 evidencia que os fatos narrados não são isolados na vida do recorrente.

[...]

Essas circunstâncias evidenciam que o apelante possui personalidade antagônica com o meio social, voltada para a prática de crimes.

Tratar o apelante do mesmo modo que um indivíduo que nunca teve contra si uma sentença penal desfavorável seria fazer tábula rasa do mandamento constitucional insculpido no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, e do postulado da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).

Não se desconhece a existência de repercussão geral sobre a possibilidade de considerar ações penais em curso como maus antecedentes – em contraposição ao verbete 444 da súmula de jurisprudência do STJ –, o que, por certo, também poderá ser aplicado à conduta social e à personalidade, conforme narrou o Ministro Ricardo Lewandowski. (SANTA CATARINA, 2015c).

No *Habeas corpus* n. 198.223-PE, julgado em 19 de fevereiro de 2013 pelo STJ, sob a relatoria do Ministro Jorge Mussi, considerou-se que apesar de os atos infracionais cometidos pelo apenado não poderem ser utilizados como maus antecedentes ou reincidência, são o bastante para evidenciar a personalidade do condenado como voltada para o mundo do crime, com manifesta inclinação à prática delitiva, justificando a elevação do vetor (BRASIL, 2013a).

Na Apelação Criminal n. 0011456-66.2007.8.26.0077 sob a relatoria do Desembargador Luiz Antonio Cardoso, julgada em 23 de setembro de 2011 pelo TJ-SP, este ponderou em seu voto:

Não se pode esquecer, o Brasil optou pelo direito penal do fato, preocupando-se, precipuamente, com as condutas criminosas. Entrementes, a pessoa do autor não foi completamente abandonada, sobrelevando sua análise em certos pontos específicos, como por exemplo, na apreciação da reincidência e da circunstância judicial da personalidade. Assim, não se pode desprezar a agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínsecos ao temperamento do Apelante que, nutrido de cólera, lançou sua ira contra funcionários que apenas exerciam suas funções, bradando ofensas contra todos aqueles que cruzavam o seu caminho. No mais, os autos trazem notícias de outras práticas criminosas pelo Apelante (fls. 04/16, 22/23, 29 e 30, dos autos principais e, apensos de folha de antecedentes) que, se não bastam para caracterizar maus antecedentes, inegavelmente são indicativas de personalidade voltada à quebra das regras vigentes, o que basta ao aumento da pena-base ao dobro do mínimo, aliás, operado na r. sentença. (SÃO PAULO, 2011).

A utilização de inquéritos em andamento ou ações penais em curso, sem o trânsito em julgado, ainda constitui uma prática recorrente, apesar da vedação estabelecida pelo Superior Tribunal Federal na Súmula 444 (BRASIL, 2010).

Há posicionamentos entre os acórdãos colacionados que entendem pela impossibilidade de considerar a circunstância judicial da personalidade na aplicação da pena sem um estudo técnico adequado da pessoa do criminoso.

A Desembargadora Salete Silva Sommariva, na Apelação Criminal n. 2010.026843-8, de sua relatoria, julgada em 19 de abril de 2011 pelo TJ-SC, assim considerou em seu voto:

A circunstância judicial da personalidade refere-se às características morais e psíquicas do acusado, sejam elas adquiridas ou hereditárias, consideradas a idiossincrasia do agente, de sorte que sua valoração deve se dar por meio de estudo técnico específico e por meio de elementos concretamente explicitados nos autos, sem os quais não se pode considerá-la negativamente.

Em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, bem como à súmula 444 do STJ, processos em andamento e inquéritos arquivados ou com indiciamento não devem pesar contra o agente quando da fixação da pena-base.

[...]

Diante disso, verifica-se que o entendimento do magistrado singular de que a personalidade da ré é voltada para a criminalidade [chefiava organização criminosa], padece de simplismo, porquanto não atenta para as suas qualidades morais e psíquicas. (SANTA CATARINA, 2011).

Nesse sentido, destaca-se a decisão proferida pelo Desembargador Sérgio Izidoro Heil, relator na Apelação Criminal n. 2011.070151-5, julgada em 07 de fevereiro de 2012 pelo TJ-SC, que desconsiderou o aumento do vetor na aplicação da pena fundada unicamente no registro de ações penais em andamento, por não existir nos autos dados técnicos consistentes, reveladores de uma personalidade desvirtuada (SANTA CATARINA, 2012).

A Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, na Apelação Criminal n. 2014.090219-2, julgada em 01 de outubro de 2015 pelo TJ-SC, relatou em seu voto que: “O entendimento desta Corte, bem como desta Colenda 4ª Câmara Criminal, é de que a personalidade do agente não é uma questão jurídica, mas sim, de cunho psicológico do ser humano, razão pela qual o julgador deve ter nos autos estudo realizado por técnico com conhecimento específico.” (SANTA CATARINA, 2015a).

Na Apelação Criminal n. 2014.036978-7 de relatoria do Desembargador Volnei Celso Tomazini, julgada em 21 de outubro de 2014 pelo TJ-SC, chegou-se ao entendimento de que a caracterização negativa da personalidade do agente na sentença de primeiro grau foi indevida, pela ausência de laudo psicológico ou psiquiátrico capaz de aferir a personalidade do apenado como desfavorável (SANTA CATARINA, 2014b).

O Desembargador Paulo Rossi, na Apelação Criminal n. 0105404-36.2013.8.26.0050, julgada em 09 de março de 2016 pelo TJ-SP, considerou insuficientes os elementos contidos nos autos para avaliar negativamente a personalidade do réu, pois em que pese se evidenciar uma inclinação para o cometimento de crimes, não houve estudo adequado para conhecer de modo congênito o acusado (SÃO PAULO, 2016c).

A Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer na Apelação Criminal n. 2015.046477-4, julgada em 26 de novembro de 2015 pelo TJ-SC, ratificou a decisão prolatada pelo Juiz de Direito (SANTA CATARINA, 2015d). Sustentou o juiz sentenciante, nos Autos n. 0007337-85.2014.8.24.0008, que:

A personalidade do agente é algo que diz respeito a ele. Não é função do Estado, mormente pela via do direito penal, julgar a personalidade das pessoas. O sujeito deve ser julgado pelo fato que praticou, não pelo seu perfil psicológico. Os princípios da legalidade e da lesividade impedem que uma pena seja aumentada por conta do juízo de valor sobre a personalidade do acusado. (SANTA CATARINA, 2015d).

Na Apelação Criminal n. 0000178-84.2011.8.26.0091, julgada em 03 de junho de 2015 pelo TJ-SP, o Relator Desembargador Paulo Rossi apontou a necessidade de manifestação de psicólogo ou psiquiatra para verificar a personalidade do agente, auxiliando o julgador a alcançar um entendimento satisfatório, visto que a circunstância judicial da personalidade diz respeito ao seu caráter do agente, não bastando a mera referência a práticas de crimes (SÃO PAULO, 2015b).

De forma contrária, posicionou-se a Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.301.226-PR, julgado em 11 de março de 2014 pelo STJ:

Necessário observar que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a valoração negativa da personalidade do agente exige a existência de elementos concretos e suficientes nos autos que demonstrem efetivamente, a maior periculosidade do réu aferível a partir de sua índole, atitudes, história pessoal e familiar, etapas de seu ciclo vital e social, etc, desde que todos esses elementos estejam devidamente presentes nos autos do processo. Assim, prescindível a existência de laudo técnico confeccionado por especialista nos ramos da psiquiatria e psicologia para análise quanto à personalidade do agente. (BRASIL, 2014, [n.p.]).

O Desembargador Sandoval Oliveira, relator na Apelação Criminal n. 0001535-68.2014.8.07.0012 julgada em 10 de março de 2016 pelo TJ-DF, conside-

rou possível a exacerbação da personalidade utilizando condenações transitadas em julgado em data anterior ao do fato delituoso apurado nos autos, isso porque demonstra a inclinação do acusado para o cometimento de crimes, sendo dispensável o laudo psicossocial, pela ausência de base legal, quando justificado com fundamento nos antecedentes (DISTRITO FEDERAL, 2016).

A utilização da circunstância judicial da personalidade para aplicação da pena sofreu questionamentos em algumas decisões, sob o argumento de que Direito brasileiro adotou o Direito Penal do Fato em detrimento do Direito Penal de Autor.

Na Apelação Criminal n. 0381467-64.2013.8.21.7000 sob a relatoria do Desembargador Francesco Conti, julgada em 29 de janeiro de 2014 pelo TJ-RS, este considerou que a personalidade do agente não pode ser valorada de forma negativa pela prática reiterada de crimes (RIO GRANDE DO SUL, 2014), e apontou que:

Registro, aliás, que esta circunstância judicial sequer pode ser valorada negativamente ao réu, a partir das constatações – tratando-se de direito penal garantista, que faz a leitura das normas penais à luz da Constituição – que estamos diante do Direito Penal do Fato e não do Direito Penal do Autor. Isso significa dizer que o que se pune é a conduta do agente e não a sua forma de ser. Tanto assim, que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, toma por invioláveis a intimidade e a vida privada do indivíduo, não podendo, em consequente, ao buscar-se a sanção mais apropriada à conduta do agente, ingressar na sua esfera moral ou de caráter, que regem sua personalidade. (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

De forma similar, o Desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro relator na Apelação Criminal n. 70049884760, julgada em 15 de agosto de 2012 pelo TJ-RS, compreendeu que o emprego da personalidade e da conduta social do acusado na aplicação da pena ofende o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que projeta o Direito Penal do Fato e não o Direito Penal de Autor (RIO GRANDE DO SUL, 2012). Sustentou em seu voto:

[...] a *personalidade* e a *conduta social* do agente não podem ser negativamente valoradas. Com efeito, a Carta Magna consagra como direito inviolável do cidadão sua intimidade

e vida privada (art. 5º, X, da Constituição Federal), de modo que não pode o magistrado adentrar na esfera de autonomia moral do acusado, mormente na aplicação de sanção restritiva da liberdade.

O Direito Penal do Estado Democrático de Direito, de modelo liberal garantista, está adstrito a reprimir condutas lesivas a bens jurídicos legalmente protegidos, de maneira que deve ter base axiológica e empírica – distinguindo direito de moral, como ensina Luigi Ferrajoli, em homenagem ao princípio da secularização. Assim, os agentes que incorrem em condutas tipificadas como crime respondem somente por estas (a ação), e não por características intrínsecas a sua pessoa – em suma, cuida-se de “Direito Penal do Fato” e não de “*Direito Penal do Autor*”. (RIO GRANDE DO SUL, 2012, grifo do autor).

Em contrapartida, a Desembargadora Laura Louzada Jaccottet, relatora na Apelação Criminal n. 70051270189, julgada em 18 de abril de 2013 pelo TJ-RS, considerou de extrema importância a valoração da circunstância subjetiva da pena-base:

Aliás, o dia em que se não mais precisar sopesar as condições subjetivas dos agentes de crimes, calcados num *direito penal do fato* da maneira deturpada e cega como vem sendo proposto por alguns, soterrado estará o Princípio da Individualização da Pena, elemento concreto de realização de justiça. (RIO GRANDE DO SUL, 2013, grifo do autor).

Após a exposição dos argumentos extraídos dos julgados, faz-se necessária sua análise.

#### 4.1 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS APONTADAS

Observa-se que as decisões judiciais, incluindo-se as sentenças de primeiro grau, baseiam seus fundamentos em elementos jurídicos que se distanciam do conceito de personalidade promovido pela doutrina legalista, ainda que mais restrito que o conceito apresentado pela Psicologia, pois não buscam demonstrar a natureza psíquica dos acusados.

As majorações indevidas refletem a imprecisão do que pode ser considerado para aferir a personalidade do agente, confundindo-se, por vezes, com elementos analisados pelo legislador para a criação dos tipos penais, como, por exemplo, a natureza do crime ou a vontade de cometer o delito, acarretando uma punição dupla e, por certo, injusta, ao réu.

O comportamento apresentado pelo acusado durante a instrução processual e as informações disponibilizadas nos autos, por mais desagradável ou repugnante que possa aparentar, sem bases concretas, impossibilita sopesar a circunstância de forma negativa. A habitualidade do comportamento não é suficiente para condensar as estruturas da personalidade e se chegar a um diagnóstico.

Ademais, a utilização do comportamento como único argumento confronta os princípios constitucionais da liberdade de atuação do ser humano, que deve se abster unicamente de cometer condutas vedadas por lei, não estando vinculado às regras de convivência ou trato social.

Restringir a avaliação da personalidade à certidão de antecedentes criminais do acusado é mensurar de modo superficial o instituto. Os antecedentes não são aptos a evidenciar qual desvio ou transtorno acomete o réu para caracterizar sua personalidade como voltada à prática de crimes, pois os atos infracionais são insuficientes para descrever como degenerada a personalidade, apesar da evolução na cadeia delitiva.

Neste viés destacam-se os ensinamentos de Nucci (2013, p. 434):

Personalidade voltada ao crime: trata-se de expressão utilizada com certa frequência, em decisões judiciais, embora não obedeça qualquer critério científico de análise e conceituação da personalidade. O modo de agir do ser humano, advindo do seu temperamento e do seu caráter, não se reduz a uma determinada prática, mas a uma qualidade ou defeito. Portanto, mencionar que o réu tem personalidade voltada ao crime equivale a declará-lo delinquente por natureza, algo mais afeito à teoria de Lombroso (o homem delinquente) do que, propriamente, à personalidade. Quem comete vários delitos, por certo, possui algum desvio de personalidade, restando ao julgador apontá-lo, conforme as provas colhidas. [...] Em suma, não há personalidade voltada à prática

de crimes, devendo-se cessar o uso de tal expressão, como fundamento de agravar a pena-base do acusado.

A utilização das condenações para exacerbar a pena-base pode trazer equívocos entre os institutos jurídicos da personalidade e da reincidência, o que acaba por gerar *bis in idem* na aplicação da pena.

A tese de que o emprego dos antecedentes criminais na personalidade é necessário para individualizar a pena e diferenciar um indivíduo que comete crimes de forma reiterada do agente primário não se sustenta, pois há momentos mais apropriados para isso na dosagem da pena sem deturpar o instituto da personalidade, como na circunstância judicial dos antecedentes na primeira fase e na reincidência, prevista na segunda fase da dosimetria.

No mais, apontam-se alguns entendimentos pela dispensabilidade da realização de estudo técnico adequado para se chegar ao diagnóstico da personalidade do condenado quando existirem elementos concretos nos autos. No entanto, os elementos angariados na instrução processual são inúmeras vezes rasos e dotados de uma simplicidade que não se deve valer o Direito Penal.

Em que pese o questionamento da utilização da personalidade como circunstância judicial, esta pode ser considerada apta a sopesar a pena e individualizar a sanção, desde que sua valoração negativa ocorra com base em elementos técnicos capazes de sustentar uma decisão judicial segura às partes.

## 5 CONCLUSÃO

A aplicação da pena encontra sua legitimidade na função social que o Direito Penal exerce para possibilitar a convivência em comunidade; sua justificação está condicionada à ocorrência de uma ofensa a bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Assim, o bem jurídico-penal se configura o centro de comando do ordenamento repressivo, delimitando sua atuação, interpretação e aplicação.

A finalidade da pena repousa na teoria de justificação que, contemplada na forma retributiva, busca limitar a pena estabelecendo uma proporcionalidade

entre a sanção aplicada e o delito perpetrado pelo acusado; quando observada na forma preventiva, procura evitar o cometimento de novos crimes por meio da utilidade social da pena, que consiste na contenção da atividade criminosa por meio do exemplo.

Os elementos que compõem o crime e a pena sofrem configuração diversa quando vislumbrados sob a ótica do Direito Penal do Fato ou de Autor. O julgamento pautado nos fatos tutelados penalmente, excluindo os aspectos morais do acusado, caracteriza o Direito Penal do Fato, enquanto a abordagem valorativa da forma de ser do acusado revela o Direito Penal de Autor, que encontra na circunstância judicial da personalidade do agente sua principal representação.

A personalidade do agente expressa para a ciência jurídica o retrato psíquico do criminoso, seus elementos enquanto pessoa humana, o caráter, a interação com a ordem social, o temperamento e os fatores hereditários, em suma, sua forma de ser e de agir na relação entre crime e conduta.

A utilização da circunstância judicial da personalidade, vetor do Direito Penal de Autor, deve ser observada na mensuração da dosimetria da pena. Em que pese o ordenamento jurídico pátrio estar pautado no Direito Penal do Fato, em resposta aos preceitos constitucionais da intimidade, da vida privada e da liberdade de atuação, a Constituição da República Federativa do Brasil também consagrou o princípio da individualização da pena para excluir qualquer possibilidade de padronização de penas.

Dessa forma, a circunstância da personalidade do agente espelha o instrumento apto a demonstrar a singularidade de cada acusado, promovendo os meios necessários e suficientes para reprovação e prevenção do crime, culminando em uma possível ressocialização do condenado.

A aplicação da personalidade do agente enfrenta uma dificuldade de delimitação dos parâmetros para sua mensuração, contando, por vezes, com elementos desordenados e frágeis, o que acarreta insegurança jurídica na valoração negativa do vetor.

A solução mais apropriada e que se encontra mais próxima de garantir segurança jurídica refere-se à análise da personalidade por meio de laudo pericial, uma prova técnica, cabal realizada por profissionais com conhecimento específico sobre o tema, evitando-se a ocorrência de injustiças e discricionariedade desregrada na dosimetria e promovendo a adequada individualização na aplicação da pena.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 872 p.

BOSCHI, José Antonio Paganella; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 jan. 1940.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp. n. 1.301.226-PR. Agravantes: Leandra Marino dos Santos e Jefferson Elifas da Silva Sanches. Agravado: Tribunal Ministério Público do Estado do Paraná. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Decisão em 11 mar. 2014. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 28 mar. 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1303289&num\\_registro=201200091067&data=20140328&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1303289&num_registro=201200091067&data=20140328&formato=PDF)>. Acesso em: 14 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 176.321-RS. Impetrante: Eduardo Tergolina Teixeira. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Decisão em 12 abr. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=176321&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 222.181-SP. Impetrante: Cristiano Cesar Lima Comim. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Decisão em 25 jun. 2013a. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 19 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=222181&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 198.223-PE. Impetrante: José Carlos da Silva Santos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Jorge Mussi. Decisão em 19 fev. 2013b. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 04 mar. 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1209660&num\\_registro=201100373444&data=20130304&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1209660&num_registro=201100373444&data=20130304&formato=PDF)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 71.001-DF. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Impetrado: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Paciente: Emmanoel Alves. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Decisão em 18 jun. 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 03 ago. 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=895601&num\\_registro=200602597807&data=20090803&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=895601&num_registro=200602597807&data=20090803&formato=PDF)>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula n. 444, de 28 de abr. de 2010. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 maio 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=444&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1#DOC1>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e Garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 177 p.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 144 p.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ap. Crim. 20140110733812APR. Apelante: Jamil Santana de Castro. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Des. Sandoval Oliveira. Decisão em 10 mar. 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*, Distrito Federal, DF, 14 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

FADIMAN, James; FRAGER, Robert. *Teorias da Personalidade*. São Paulo: Harbra, 1986. 393 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 925 p.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 775 p.

HALL, Calvin Springer; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B. *Teorias da personalidade*. 4. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000. 591 p.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 801 p.

KIST, Dario José. Bem Jurídico-Penal: Evolução histórica, conceituação e funções. *Direito e Democracia*, Canoas: Ulbra, v. 4, n. 1, p. 145-179, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1. 467 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1.664 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 398 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral, parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1.182 p.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça. Ap. Crim. 1.453.711-4. Apelante: S. L. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Marcus Vinícius de Lacerda Costa. Decisão em 17 mar. 2016a. *Diário de Justiça Eletrônico*, Curitiba, 01 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12120469/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1453711-4>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça. Revisão Criminal 1.280.248-9. Requerente: Erick Suliai Moura. Requerido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Luiz Taro Oyama. Decisão em 25 fev. 2016b. *Diário de Justiça Eletrônico*, Curitiba, 07 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12098959/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1280248-9#>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. 171 p.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 120 p.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 688 p.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 1059691-34.2011.8.19.0002*. Apelante: Geraldo de Lima Thomaz. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Des. Maria Sandra Kayat Direito. Decisão em 19 abr. 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FAA05F6E87387B7A5B-866C0ABD7FD5CEC50501262C18>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 2015.030589-6*. Apelante: Wagner Rodrigues Martins. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Sylvio Baptista Neto. Decisão em 15 jun. 2000. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A70000907659&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70000907659&as_q=#main_res_juris)>. Acesso em: 20 abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 0381467-64.2013.8.21.7000*. Apelantes: Marcos Pinto de Jesus e Adilson Miranda. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Francesco Conti. Decisão em 29 jan. 2014. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70056568405%26num\\_processo%3D70056568405%26codEmenta%3D5633496+%22direito+penal+do+fato%22++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70056568405&comarca=Comarca%20de%20Erechim&dtJulg=29/01/2014&relator=Francesco%20Conti&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70056568405%26num_processo%3D70056568405%26codEmenta%3D5633496+%22direito+penal+do+fato%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70056568405&comarca=Comarca%20de%20Erechim&dtJulg=29/01/2014&relator=Francesco%20Conti&aba=juris)>. Acesso em: 29 abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 70049884760*. Apelante: Bryan dos Santos Miguel. Apelados: Luiz Carlos Dos Santos Miguel e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Decisão em 15 ago. 2012. Disponível em: <[www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70049884760%26num\\_processo%3D70049884760%26codEmenta%3D4880215+%22direito+penal+do+fato%22++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&access=p&client=tjrs\\_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70049884760&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=15/08/2012&relator=Diogenes%20Vicente%20Hassan%20Ribeiro&aba=juris](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70049884760%26num_processo%3D70049884760%26codEmenta%3D4880215+%22direito+penal+do+fato%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70049884760&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=15/08/2012&relator=Diogenes%20Vicente%20Hassan%20Ribeiro&aba=juris)>. Acesso em: 29 abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 70051270189*. Apelante: Guilherme Rodrigo Buske. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Desa. Laura Louzada Jaccottet. Decisão em 18 abr. 2013, sem numeração de página. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70051270189%26num\\_processo%3D70051270189%26codEmenta%3D5254805+%22direito+penal+do+fato%22++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&access=p&client=tjrs\\_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70051270189&comarca=Comarca%20de%20Parob%C3%A9&dtJulg=18/04/2013&relator=Laura%20Louzada%20Jaccottet&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051270189%26num_processo%3D70051270189%26codEmenta%3D5254805+%22direito+penal+do+fato%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70051270189&comarca=Comarca%20de%20Parob%C3%A9&dtJulg=18/04/2013&relator=Laura%20Louzada%20Jaccottet&aba=juris)>. Acesso em: 29 abr. 2016.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. 65 p.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. xxviii, 230 p.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 0003236-96.2008.8.24.0078*. Apelante: Moacyr Paulo Búriço. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Carlos Alberto Civinski. Decisão em 31 mar. 2016a. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado\\_ancora](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado_ancora)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 0004658-88.2014.8.24.0113*. Apelante: Osmar Pereira dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Volnei Celso Tomazini. Decisão em 02 mar. 2016b. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado\\_ancora](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado_ancora)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 2010.026843-8*. Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva. Decisão em 19 abr. 2011. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAMw4AAA&categoria=acordao](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAMw4AAA&categoria=acordao)>. Acesso em: 13 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 2011.070151-5*. Apelante: Nelson Salvador. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. Decisão em 07 fev. 2012. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAERe0AAH&categoria=acordao](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAERe0AAH&categoria=acordao)>. Acesso em: 14 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim.* 2013.007718-0. Apelante: Joel de Liz Nogueira. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Rodrigo Collaço. Decisão em: 08 mai. 2014a. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAGixdAAG&categoria=acordao](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAGixdAAG&categoria=acordao)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim.* 2014.036978-7. Apelante: Nelson Kickhoeft. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Volnei Celso Tomazini. Decisão em 21 out. 2014b. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAlIi+AAG&categoria=acordao](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAlIi+AAG&categoria=acordao)>. Acesso em: 14 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim.* 2014.057672-2. Apelante: Orivaldo Rodrigues da Silva. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Proc. n. 0001096-37.2013.8.24.0071. Decisão em: 02 dez. 2014c. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado\\_ancora](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado_ancora)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim.* 2014.090219-2. Apelante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Apelado: Giliard Orlando dos Santos. Relatora: Des. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer. Decisão em 01 out. 2015a. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANpz7AAP&categoria=acordao](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANpz7AAP&categoria=acordao)>. Acesso em: 14 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim.* 2015.030589-6. Apelante: Felipe Paulo Elesbão. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Sérgio Rizelo. Decisão em 23 jun. 2015b. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALMiYAAY&categoria=acordao](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALMiYAAY&categoria=acordao)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim.* 2015.031100-2. Apelante: Varlei Vedoy Pinheiro. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Carlos Alberto Civinski. Decisão em 21 jul. 2015c. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANqjsAAW&categoria=acordao](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANqjsAAW&categoria=acordao)>. Acesso em: 16 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 2015.046477-4*. Apelante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Apelado: J.C. da S.. Relatora: Desa. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer. Decisão em 26 nov. 2015d. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANoVKAAG&categoria=acordao](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANoVKAAG&categoria=acordao)>. Acesso em: 14 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 2015.057298-5*. Apelante: Luiz Carlos Bueno dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Júlio César M. Ferreira de Mello. Decisão em 27 out. 2015e. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ta=&frase=&id=AAAbmQAACAANnwUAAP&categoria=acordao](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ta=&frase=&id=AAAbmQAACAANnwUAAP&categoria=acordao)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Revisão Criminal 0150800-75.2015.8.24.0000*. Requerente: Josias Ribeiro Lopes. Relator: Des. Carlos Alberto Civinski. Decisão em 01 abr. 2016c. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ta=&frase=&id=AABAg7AADA-ABLzIAAO&categoria=acordao\\_5](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ta=&frase=&id=AABAg7AADA-ABLzIAAO&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. *Revisão Criminal 4000286-08.2016.8.24.0000*. Requerente: Geovane Hamud. Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas. Decisão em 05 abr. 2016d. Disponível em: <[http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_a=&frase=&id=AABAg7AADA-AAclwAAC&categoria=acordao\\_5](http://www.busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_a=&frase=&id=AABAg7AADA-AAclwAAC&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 13 abr. 2016.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. 1ª Vara Criminal Comarca de Blumenau. *Ação penal – Crime de roubo circunstanciado*. Juiz de Direito: Juliana Rafael Bogo. Proc. n. 0007337-85.2014.8.24.0008. Blumenau, 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 0000178-84.2011.8.26.0091*. Apelante: Felipe dos Santos Souza. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Paulo Rossi. Decisão em 03 jun. 2015a. Disponível em: <<https://www.esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8521575&cdForo=0&v1Captcha=uytsc>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 0006825-93.2014.8.26.0575*. Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Apelado: Tiago Santos da Silva. Relator: Des. Paulo Rossi. Decisão em 27 jan. 2016a. Disponível em: <<https://www.esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9137900&cdForo=0&v1Captcha=ashwq>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 0009368-42.2012.8.26.0445*. Apelante: Fabio Henrique de Oliveira. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Des. Paulo Rossi. Decisão em 30 set. 2015b. Disponível em: <<https://www.esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=8933893&cdForo=0&v1Captcha=eirzj>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 0011456-66.2007.8.26.0077*. Apelante: Bruno Alexandre de Lima. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Luiz Antonio Cardoso. Decisão em 23 set. 2011. Disponível em: <<https://www.esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5421232&cdForo=0&v1Captcha=TYNMR>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 0014958-15.2014.8.26.0482*. Apelante: Willian Lins de Vasconcelos. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Bandeira Lins. Decisão em 04 abr. 2016b. Disponível em: <<https://www.esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=9367559&cdForo=0>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Ap. Crim. 0105404-36.2013.8.26.0050*. Apelante: Francisco dos Santos Baltazar. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Des. Paulo Rossi. Decisão em 29 mar. 2016c. Disponível em: <<https://www.esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=9268738&cdForo=0&v1Captcha=sawaz>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: aspectos práticos e teóricos à elaboração*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2007. 482 p.

SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. *Teorias da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011. 480 p.

TELLA, María José Falcón y; TELLA, Fernando Falcón y. *Fundamento e finalidade da sanção: Existe um direito de castigar?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 320 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 658 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004. 847 p.



# DIREITO (FUNDAMENTAL) À IDENTIDADE GENÉTICA VERSUS DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE: HARD CASE DIANTE DOS (D)EFEITOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Luana Mannes Spolti\*  
Cristhian Magnus De Marco\*\*

**Resumo:** Aliadas ao desenvolvimento biotecnológico sobrevieram as técnicas artificiais de reprodução humana, as quais trouxeram novos conceitos ao tradicional Direito de Família brasileiro, sobretudo no que se refere à filiação. Entre essas técnicas conceptivas, é necessário chamar atenção à reprodução assistida heteróloga, considerando o aparente conflito de direitos fundamentais civis por ela provocado. Isso porque na filiação proveniente dessa técnica somente existe vínculo de consanguinidade pela linha materna, em virtude da utilização de material genético de um doador, cuja identidade é anônima, por força dos princípios trazidos pela Resolução do Conselho Federal de Medicina de n. 2.121/2015. Tais princípios, aliás, vão ao encontro do direito fundamental à intimidade, previsto no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal. Por conta disso, o objetivo no presente estudo é justamente contrapor o direito ao conhecimento da origem genética do indivíduo fruto desse meio de reprodução com o direito à intimidade assegurado ao doador do sêmen fértil. Afinal de contas, considerando que os laços biológicos deixaram de ser o ponto caracterizador do estado de posse de filho, sendo, inclusive, proibidas pela Constituição Federal (artigo 227) e pelo Código Civil (artigos 1.593, 1.596 e 1.597) quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação natural e civil; e, de igual modo, considerando a presunção legal de filiação proveniente da reprodução assistida heteróloga, por força do artigo 1.597, inciso V, do Código Civil, questiona-se o porquê da utilização do princípio do anonimato na técnica dessa reprodução assistida, uma vez que, como visto, o conhecimento da identidade do doador não teria condão de afastar a filiação jurídica formada, em virtude da presunção de filiação já estabelecida em lei. Outrossim, não se pode perder de vista que o conhecimento da ascendência genética é forma de exteriorização dos direitos à vida e à identidade do indivíduo, sem

\* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; luanaspolti.adv@gmail.com

\*\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; pós-doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Unoesc; cristhian.demarco@unoesc.edu.br

contar que contribui diretamente para o desenvolvimento da personalidade dele, motivos pelos quais não há, *a priori*, justificativas sólidas para que o filho gerado por técnicas conceptivas artificiais seja privado dessas garantias, cruciais ao seu pleno crescimento. Nesse pensar, é de se reconhecer a necessidade de elaboração de legislação específica sobre o assunto, de modo que garanta ao indivíduo fruto do método conceptivo em comento exercer o direito ao conhecimento de sua ancestralidade biológica, se assim ele quiser, prevendo, desde já, a impossibilidade jurídica de ele, porventura, postular ao doador do sêmen quaisquer direitos advindos da paternidade, independente da situação em que se encontre. Quanto à metodologia empregada, a pesquisa desenvolveu-se por meio de análise de material bibliográfico e documental.

**Palavras-chave:** Reprodução assistida heteróloga. Filiação. Direito à intimidade. Direito à origem genética. Anonimato do doador. Socioafetividade.

## 1 INTRODUÇÃO

Considerando o contexto familiar atual, não é novidade registrar que a família deixou de ser um grupo de pessoas interligadas exclusivamente por laços sanguíneos, eis que seu principal valor jurídico deixou de ser a verdade biológica e passou a ser outro: o afeto! Contudo, é de se reconhecer que esse cenário não pode permitir que determinados direitos sejam atropelados, sobretudo aqueles que o constituinte originário considerou fundamentais, que possuem hierarquia axiológica sobre determinadas normas, como o direito ao conhecimento da identidade biológica.

A respeito da filiação, não se pode perder de vista que o avanço da ciência permitiu ser a fecundação realizada artificialmente, por meio da doação do sêmen de um terceiro, caracterizando a técnica como reprodução assistida heteróloga. Essa técnica encontra-se regulamentada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina de n. 2.121/2015, que prevê que a identidade do doador do sêmen não seja revelada, cuja premissa também possui amparo legal no direito à intimidade, expresso no texto do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal.

Em contrapartida, o sistema jurídico brasileiro também assenta o direito à origem genética, preconizando que o indivíduo poderá, a qualquer tempo

(imprescritível) e sem mencionar se esse ato fere a intimidade de alguém, propor a competente ação de investigação de paternidade, a fim de convalidar seu estado de filiação e, também, ter conhecimento de sua ancestralidade biológica.

Diante desse aparente conflito de direitos fundamentais, considerando, ainda, que o sistema legal brasileiro disciplina que não há desigualdade jurídica entre a paternidade socioafetiva e a biológica, assim como exalta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sem esquecer que o direito ao conhecimento à identidade biológica encontra-se estritamente ligado aos direitos à vida e à identidade, visto também como forma de exteriorização do direito à personalidade, é que surge a necessidade de interpretar os dispositivos legais ora trazidos à baila além do que foi escrito *ipsis litteris*, enxergando possíveis entendimentos estampados em suas entrelinhas, os quais se enquadram (ou se farão enquadrar), de alguma maneira, ao contexto familiar atual.

Por conta disso, no presente estudo se averigua a possibilidade de o filho gerado pela técnica de reprodução assistida heteróloga ter conhecimento da identidade de seu doador que, grosso modo, é seu genitor biológico, o que, inevitavelmente, esbarrará no direito fundamental à intimidade desse último, assim como afrontará, em determinados aspectos, o reconhecimento jurídico da figura paternal socioafetiva. Tal conclusão, no entanto, não pode ser feita antes de se explanar sobre direitos fundamentais, sobretudo a respeito dos mecanismos de solução dos conflitos de direitos desse patamar, os chamados *hard cases*.

Sem mais delongas, em face do exposto, mergulha-se no estudo desse *hard case* posto em evidência, que aborda todas as peculiaridades jurídicas ora expostas.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tratar de direitos fundamentais não é tarefa fácil.

Conceituá-los, em um primeiro momento, implica dizer que são os direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2012, p. 249).

Não basta, aliás, qualquer positivação. Positivar direitos fundamentais significa incorporar *direitos considerados naturais e inalienáveis ao indivíduo* na ordem jurídica de determinada nação, assinalando-se neles a dimensão de *Fundamental Rights* (CANOTILHO, 2003, p. 377, grifo nosso).

Nesse contexto, verifica-se que a previsão constitucional é norte para localizar os direitos considerados fundamentais, por ser a Magna Carta, suprema fonte do direito, o local mais seguro para garantir-lhes efetivação. Afinal de contas, “[...] os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculatória máxima.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 265).

No entanto, não apenas os direitos elencados na primeira parte da Constituição são intitulados fundamentais. Canotilho (2003, p. 404-405) preconiza que existem os chamados direitos fundamentais esparsos, ou melhor, os direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo, que se encontram disseminados no decorrer do texto da Magna Carta.

Diante disso, indaga-se: qual seria o mecanismo utilizado para identificar onde estão e quais são os direitos fundamentais?

Para responder, serão considerados, inicialmente, como critério geral, o *conteúdo e a importância* do dispositivo legal, de modo a equipará-lo aos direitos previstos no Título II da Constituição Federal. Afinal de contas, essa identificação não se limita, tão somente, aos direitos descritos no Texto Constitucional, porquanto permitido que preceitos infraconstitucionais também pertençam à classe de direitos fundamentais, desde que observados, é claro, os critérios de substância e relevância, cuja avaliação dependerá, inevitavelmente, da sensibilidade do intérprete (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2012, p. 280, grifo nosso).

Em contrapartida, não se pode olvidar o disposto no artigo 5º, § 2º, da Lei Maior, que permite que sejam admitidos no ordenamento jurídico brasileiro direitos e regras do direito internacional, identificados como direitos materialmente fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 403).

Nesse passo, nota-se que a República Federativa do Brasil adotou o sistema aberto de direitos fundamentais, uma vez que não é taxativa a enumeração das garantias fundamentais constantes no Título II da Lei Maior. Não é outra a interpretação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar, por exemplo, que o princípio da anterioridade constitui garantia fundamental (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 304).

Vê-se, portanto, que o direito é considerado fundamental em razão da *relevância do bem jurídico por ele tutelado*, na perspectiva das opções do Constituinte (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2012, p. 268, grifo nosso). A propósito, muito embora direitos fundamentais sejam, também, direitos humanos, já que seu titular sempre será um humano, ainda que representado por entes coletivos, como grupos, povos, nações ou o próprio Estado, convém lembrar que a terminologia direitos fundamentais não se confunde com direitos humanos (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2012, p. 249, grifo nosso).

Isso porque a expressão direitos humanos, conforme lições de Sarlet (2012, p. 249), “[...] guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.”

Nesse pensar, ao passo que os direitos humanos são utilizados como pretensão de validade universal, os direitos fundamentais são aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional, entre os quais se destacam os direitos humanos (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2012, p. 251).

De mais a mais, considerando a subjetividade do assunto, sobretudo considerando que o rol de direitos fundamentais não é taxativo, cuja caracterização também depende muito da sensibilidade daquele que os interpretam, indaga-se a providência a ser tomada em caso de oposição de direitos desse patamar.

Para tanto, abriu-se uma nova seção para a discussão aqui instigada.

## 2.1 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ocorre colisão de direitos fundamentais quando a proteção de um direito fundamental é afetada, diretamente, pelo âmbito de outro direito fundamental. De primeira vista, constata-se que se houvesse, ou fosse estabelecida, hierarquia entre esse rol de direitos, ter-se-ia, de plano, a solução dos conflitos em tela (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 375).

Entretanto, não se pode perder de vista que o estabelecimento de hierarquia no Texto Constitucional brasileiro destruiria a *natureza unitária harmônica da Magna Carta*. E, pior que isso, “[...] a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por *desnaturá-los* por completo.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 377-378, grifo nosso).

Em que pese a Constituição Federal não tenha estabelecido supremacia de algum direito sobre outro, é de se reconhecer que possuem peculiar relevância os valores e as garantias vinculados ao princípio da dignidade humana, *ex vi* inciso III do art. 1º da Constituição Federal. Dessa forma, na realização de eventual juízo de ponderação de direitos, dever-se-ia sublinhar, primeiramente, os valores que constituem inequívoca expressão do princípio em tela, como, por exemplo, a inviolabilidade e o respeito à integridade física e moral da pessoa humana, aliados à inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade desta (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 381).

Todavia, muito embora manifesta a importância do princípio da dignidade humana nos casos em que direitos fundamentais são contrapostos, infelizmente tal premissa não traz sólida solução aos conflitos de direitos fundamentais ora em comento. Isso porque a dignidade humana está diretamente atrelada a outros direitos, como, por exemplo, os direitos de liberdade e igualdade, os quais também são garantidos constitucionalmente. Ilustrando, destaca-se o enunciado do artigo 1º da Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU): “[...] todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.” (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2012, p. 529).

Nesse pensar, não é necessário muito esforço para constatar que considerar o princípio da dignidade humana para solucionar o conflito de direitos de caráter fundamental não é medida absolutamente eficaz, porquanto levaria à divergência de direitos no próprio mecanismo utilizado para resolver os conflitos de tais, o que, longe de ser adequado, também não seria o ideal pretendido *in casu*.

Não desistindo da solução do conflito em tela, é de todo oportuno anotar a ideia de sopesamento de direitos trazida por Alexy e Silva (2011, p. 163-164), segundo a qual *valores e princípios ficam sujeitos ao arbítrio daqueles que os sopesam*, abrindo espaço, evidentemente, ao subjetivismo e ao decisionismo dos juízes (ALEXY; SILVA, 2011, p. 169, grifo nosso).

Nesse contexto, os moldes da regra de sopesamento basear-se-iam “[...] nos graus de importância da satisfação de um princípio e de satisfação/não satisfação (não afetação/afetação) do outro.” (ALEXY; SILVA, 2011, p. 171).

Com efeito, dar-se-ia espaço, inevitavelmente, à dúvida quanto à racionalidade e à segurança jurídica das decisões laboradas por meio do sopesamento, considerando as concepções subjetivas utilizadas para tanto.

De qualquer modo, não se pode perder de vista que todo veredito, melhor dizendo, decisão judicial deverá ser devidamente fundamentada. Logo, considerando que um *sopesamento somente é racional quando conduz a um enunciado de preferência que também deverá ser fundamentado de forma racional*, cuja fundamentação pode ocorrer, por exemplo, considerando as vontades do poder constituinte, as consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, os consensos dogmáticos e as decisões já laboradas sobre o assunto (ALEXY; SILVA, 2011, p. 165-166, grifo nosso), a utilização desse mecanismo, a fim de deixar a decisão mais próxima do senso de justiça, torna-se medida imperiosa.

Logo, conclui-se que, muito embora não seja a forma de resolução mais fácil, a utilização de sopesamento, a princípio, é o melhor mecanismo para solucionar conflito de direitos, sobretudo quando se trata de direitos fundamentais.

## 2.2 *HARD CASE* NAS LIÇÕES DE DWORKIN

Entende-se por *hard case* quando *determinada demanda judicial não pode ser submetida a uma regra de direito cristalina*, preestabelecida em alguma instituição, o que faz com que o Juiz tenha o poder discricionário de decidir o caso de uma maneira ou outra. Nesses casos, o Magistrado acaba legislando novos direitos jurídicos, os chamados *new legal rights*, aplicando-os retroativamente sob o caso em análise (DWORKIN, 2007, p. 127, grifo nosso).

De toda forma, em que pese não haja nenhuma norma clara apta a regulamentar determinado caso difícil, não se pode olvidar que o Juiz continua tendo o dever de descobrir quais são os direitos das partes (DWORKIN, 2007, p. 127).

Nesse trilhar, é de se reconhecer que a possibilidade de o Magistrado falhar diante da solução de *hard cases* não é remota, motivo pelo qual devem ser considerados os direitos fundamentais envolvidos, fazendo as devidas ponderações e os sopesamentos, a fim de verificar qual a linha de entendimento deve prevalecer.

Mais uma vez, o critério de decisão será subjetivo, o que, evidentemente, esbarra nas possíveis divergências de entendimentos entre os operadores do Direito sobre determinado assunto. Arrisca-se a dizer que “[...] juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos.” (DWORKIN, 2007, p. 127).

Portanto, a dificuldade de julgamento em determinados casos, notadamente nos *hard cases*, deve servir, a qualquer julgador, “[...] como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade.” (DWORKIN, 2007, p. 203).

## 2.3 DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE: CONCEITO, PREVISÃO LEGAL E MECANISMOS DE TUTELA

O direito à intimidade é um direito fundamental (inciso X do art. 5º da Constituição Federal).

No entanto, não se pode perder de vista a tamanha dificuldade de conceituar o que é, bem como o que pertence à esfera íntima do indivíduo. Vieira (2008, p. 83, grifo nosso) se arrisca a defini-la sob a seguinte ótica: “A intimidade é um conjunto íntegro espiritual, um espaço físico e anímico *regido pela vontade do indivíduo.*”

Por sua vez, Silva (2003, p. 41) a encara como um fenômeno, de cunho tanto social quanto psíquico, em que um indivíduo sente a necessidade de resguardar certos aspectos de sua vida privada de terceiros, em razão de valores que diretamente influenciam sua vida naquela determinada época.

A Constituição Federal, aliás, não se restringe a um reconhecimento genérico do direito à vida privada. A Lei Maior trouxe, de igual modo e como bens autônomos, a proteção do direito à privacidade e, paralelamente, ao direito à intimidade (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2012, p. 391). O que se entende é que o direito à privacidade abrange o direito à intimidade. Melhor dizendo, ao passo que a privacidade, decorrente de inter-relação social, torna-se indisponível em certo grau, a intimidade, de diverso modo, é indisponível em sua totalidade (VIEIRA, 2008, p. 84).

A dificuldade de definir o direito em tela, aliás, não ocorre somente em solo brasileiro, porquanto nos Estados Unidos indicam-na sob o nome de *right of privacy* ou *right to be let alone*. Na França, como *droit a la vie privée* ou *droit a l'intimité*. Na Itália é feita a distinção entre *diritto alla riservatezza* e *diritto alla segretezza* ou *al rispetto dela vita privata*. Por sua vez, na Espanha, fala-se em *derecho a la intimidad* e *derecho a la vida privada* (SILVA, 2003, p. 43, grifo do autor).

A esse propósito, Sarlet, Mitidiero e Marinoni (2012, p. 392) trazem à baila a teoria das esferas consolidada na jurisprudência e na doutrina alemã, dividindo o direito à privacidade em três esferas: íntima, privada e social. A primeira, nada mais é do que o núcleo essencial e intangível relacionado à privacidade do indivíduo, aliada à sua intimidade. A segunda teoria, por sua vez, diz respeito aos aspectos da vida privada que possibilitam uma ponderação quando relacionado a

outros bens jurídicos. Por derradeiro e não menos importante, na esfera social é que são encontrados os direitos atinentes à palavra e à imagem.

A forma de proteção do direito à intimidade, pertencente ao direito à privacidade, cujo mecanismo de tutela e reparação é trazido no artigo 5º, inciso X, da Magna Carta, consiste na indenização do dano tanto de caráter material quanto moral. Também é feita a tutela na legislação infraconstitucional, notadamente no artigo 21 do Código Civil brasileiro, segundo o qual “[...] a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” (BRASIL, 2002).

Nota-se que esse comando legal trata o direito à privacidade e à intimidade como um direito subjetivo. Dessa forma, antes de se conectar ao disposto na legislação constitucional, o artigo 21 do Código Civil vem para estruturar as relações entre privados e tutelar a esfera privada de cada um (indivíduo *versus* indivíduo), objetivando garantir à pessoa igual tratamento jurídico de proteção assegurado nas relações de Estado *versus* Cidadão (CHACHAPUZ, 2006, p. 213-214).

De toda sorte, vendo que a intimidade do indivíduo deve ser preservada, bem como que existem mecanismos constitucionais e infraconstitucionais que a protegem, de modo que tanto pode ser pleiteada indenização por danos morais e materiais (inciso X do artigo 5º da Constituição Federal) quanto o juiz adotar quaisquer providências que julgue necessárias para garantir-lhe a proteção (artigo 21 do Código Civil), indaga-se a possibilidade de esse direito (intimidade) ser quebrado em virtude da supremacia de outro direito, que é a discussão pretendida neste artigo. Melhor dizendo, questiona-se a possibilidade de o filho gerado por reprodução assistida heteróloga conhecer a identidade do doador do material genético, cuja intenção, evidentemente, atingiria o direito à intimidade desse último.

No escopo de resolver a problemática vertente, demonstrados conceito, previsão legal e mecanismos de tutela do direito à intimidade, passa-se ao estudo do direito de identificação da ancestralidade biológica para, posteriormente, aplicá-lo ao sujeito de direitos fruto desse fenômeno da ciência chamado reprodução assistida heteróloga.

## 2.4 IDENTIDADE GENÉTICA: DIREITO FUNDAMENTAL?

Aos indivíduos que não possuem em seu registro dados quanto à filiação paterna ou, ainda, aos indivíduos que não são reconhecidos, de forma voluntária, pelos seus respectivos genitores, reserva a legislação brasileira o caminho da ação investigatória de paternidade (RIZZARDO, 2011, p. 381).

Com enfoque a figura do filho, a Magna Carta, em vigor desde o ano 1988, por intermédio do § 6º do seu artigo 227, institui o princípio de filiação, cujo teor segue *ad litteram*: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 1988).

Decorrente desse princípio vem o direito à paternidade, o qual poderá ser pleiteado a qualquer tempo, independente de estado civil da mãe do figurante do polo ativo da ação. Isso demonstra que apesar de ainda haver a presunção *pater is est*, a filiação deixou de ser vinculada ao casamento, sendo encarada de forma individual (PEREIRA; PEREIRA, 2006, p. 349, grifo do autor).

Não é à toa que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 149, que assim dispõe: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.” (BRASIL, 1963). Nessa linha, é o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.” (BRASIL, 1990).

Em que pese o artigo 1.605 do Código Civil exija começo de prova ou veementes presunções para o ingresso da ação investigatória de paternidade, atualmente entende-se que se a pessoa ingressa com determinada demanda, é porque possui razões convictas para tanto. Incoerente, aliás, seria condicionar a aludida ação aos requisitos preceituados no dispositivo legal citado, até porque a prova será buscada durante a instrução processual por qualquer meio em direito admis-

sível, culminando, na maioria das vezes, na realização do exame de DNA ou outro meio técnico congênere (RIZZARDO, 2011, p. 384).

Nesse contexto, considerando a imprescritibilidade, aliada à flexibilização processual em determinados aspectos da aludida ação investigatória, como o fato de que a ausência de provas prévias que constituam o direito do autor não possui condão de intervir no impulso do feito, bem como considerando o fato de que os direitos fundamentais brasileiros não são descritos taxativamente, não seria o direito à origem genética um direito fundamental?

Sem sombra de dúvidas, é!

O desconhecimento da origem genética pode atingir a esfera emocional do infante, adolescente, jovem ou adulto. O direito ao conhecimento da carga genética serve, bem na verdade, *para atender a uma necessidade psicológica de quem quer conhecer seus ancestrais*, restringindo-se aos efeitos psicológicos, eugênicos e de preservação da vida e da saúde, sem qualquer ingerência ou modificação dos vínculos de parentesco já estabelecidos por adoção ou por vínculos de afeição (MADALENO, 2008, p. 379, grifo nosso).

Em que pese seja manifesto o amparo legal do procedimento investigativo da paternidade, nota-se que esse direito possui eficácia plena apenas nos casos em que não há o registro do pai no documento hábil de identificação do indivíduo. Por conta disso, indaga-se: Não seria um direito fundamental de todos, indistintamente, ter conhecimento da sua origem genética, incluindo nessa reflexão o indivíduo fruto da reprodução assistida heteróloga?

A resposta se encontra nas próximas seções.

### **3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A filiação proveniente da reprodução assistida é amparada pelo sistema jurídico brasileiro por meio do disposto no artigo 1.597 do Código Civil, notadamente em seus incisos III, IV e V, que tratam da presunção dos filhos havidos por

fecundação ou concepção artificial homóloga, assim como os havidos por inseminação artificial heteróloga, essa última que é objeto do presente estudo.

Nota-se, assim, que a evolução ocorrida na biotecnologia trouxe reflexos, inclusive revolucionários, nas estruturas das atuais famílias brasileiras, sobretudo referente ao surgimento de novas formas de filiação (DIAS, 2010, p. 361), cuja mudança, diga-se de passagem, era extremamente necessária.

Isso porque, em virtude da presença de obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como, por exemplo, a esterilidade, a deficiência na ejaculação e escassez de espermatozoides, o casal encontrava-se impedido de procriar (DINIZ, 2002, p. 478). No entanto, hoje, com as técnicas de reprodução, especificadamente por meio da reprodução artificial heteróloga ora em comento, tornou-se possível fecundar a mulher independentemente de cópula, transferindo, mecanicamente, os espermatozoides que foram colhidos artificialmente do homem para o interior da genitália da mulher (ROBERTI, 2007, p. 40).

Esse meio de reprodução permite a fecundação, mediante união do espermatozoide e do óvulo, sem que haja o ato sexual (MADALENO, 2008, p. 385).

A legislação brasileira, aliás, não exige expressamente a esterilidade do marido para que seja realizada a técnica de reprodução heteróloga, requerendo-se, apenas, a prévia autorização dele para que seja utilizado sêmen estranho ao seu, consoante inteligência do inciso V do artigo 1.597 do Código Civil. Outrossim, interpretando esse texto legal, depreende-se que a referida autorização não necessita ser escrita, dando margem, inclusive, à interpretação de que esta possa ser verbal, desde que prévia (FARIAS, 2004, p. 326).

Diniz (2002, p. 476, grifo nosso) aponta que *as técnicas de reprodução assistida facilitam o processo de procriação, simbolizando e devolvendo o direito à descendência ao homem e à mulher*, considerando a ineficácia das outras terapêuticas utilizadas para tanto. Até porque “[...] o desejo de filiação é inato à natureza humana, sendo certo que a transformação de um casal em pai e mãe faz com que o homem e a mulher se sintam adultos como seus pais, situação esta inédita para ambos.” (FERNANDES, 2000, p. 22).

Não seria por outro motivo que o desejo de gerar um filho é consagrado pela Constituição Federal, por meio do § 7º do seu artigo 226, ao dispor que “[...] o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.” (BRASIL, 1988).

No entanto, em que pesem os inúmeros benefícios trazidos pela técnica reprodutiva em tela que, além de ir ao encontro do direito constitucional ao planejamento familiar, representa uma esperança para os casais que enfrentam a barreira da infertilidade, o tema, infelizmente, ainda apresenta várias nuances. Não há um consenso ou entendimento consolidado sobre assunto. Pode-se dizer que ele se encontra em plena ebulição no sistema jurídico brasileiro, principalmente em razão dos aspectos religiosos envolvidos.

Detendo-se aos benefícios trazidos por esse meio, não se pode perder de vista que, ao utilizar a referida técnica para reprodução, *haverá o vínculo sanguíneo pela linha materna, porquanto o parentesco que se estabelecerá entre a criança e a mulher que recebeu o material é natural*, fundado da consanguinidade (GAMA, 2003a, p. 736, grifo nosso). Não seria por outro motivo que a procriação artificial vem ganhando maior espaço, principalmente em contraposição à adoção, por exemplo.

Todavia, ainda que haja presunção legal de filiação por meio da reprodução em tela, pode-se observar que *o Código Civil brasileiro não está apto para responder indagações mais complexas* (MADALENO, 2008, p. 386, grifo nosso), eis que apenas traz considerações superficiais acerca do tema. Corroborando o exposto, transcreve-se alguns dados que demonstram como ocorre o amparo legal dessa reprodução assistida em outros países, os quais demonstram quanto a legislação brasileira precisa evoluir em relação à regulamentação desses meios reprodutórios.

### 3.1 DIREITO COMPARADO: BREVES APONTAMENTOS

Iniciando pela Alemanha, em qualquer hipótese de reprodução artificial humana, lá é necessário o expreso consentimento do respectivo marido. A partir dos 16 anos é assegurada ao indivíduo a possibilidade de conhecer sua

origem genética, com base nas informações armazenadas nos competentes órgãos (BRAUNER; FACHIN; BARRETTO, 2003, p. 97-98). Ressalta-se, outrossim, que muito embora haja a possibilidade de conhecimento da origem genética, não é admitido estabelecer qualquer vínculo familiar entre a criança concebida e o doador (GAMA, 2003a, p. 266).

No direito alemão também não se admite qualquer remuneração em favor do doador do material genético, considerando o princípio da gratuidade no fornecimento do material fecundante fortemente adotado por aquele país. Mulheres solteiras, na Alemanha, não podem se utilizar da técnica de reprodução assistida.

Ao contrário da Alemanha, na Espanha, por meio da Lei n. 35/1988, que disciplinou sobre as técnicas de reprodução assistida, permitiu-se à mulher solteira o acesso à reprodução assistida, admitindo-se, então, a monoparentalidade. Essa legislação, ainda, prevê a impossibilidade de o marido impugnar a filiação matrimonial, bem como de constar qualquer referência no registro da criança sobre a técnica utilizada para sua concepção (GAMA, 2003a, p. 273-274).

No que se refere à identidade do doador, ela, segundo o direito espanhol, deverá ser mantida sob sigilo. A quebra do referido sigilo, aliás, somente ocorrerá em circunstâncias extraordinárias, previamente listadas na legislação específica daquele país. Ademais, a doação do referido material também deverá ser gratuita, não se admitindo-se remuneração (BRAUNER; FACHIN; BARRETTO, 2003, p. 100-101).

A legislação francesa, por sua vez, trouxe algumas exigências para a realização da reprodução em comento. A primeira delas consiste na necessidade de concordância do Centro de Estudos e de Conservação de sêmen, haja vista a proibição de ser utilizado material recém-extraído. Ainda, há a vedação quanto à doação onerosa do referido material, representando esse fato, inclusive, prática criminosa. Por outro lado, também é necessário consentimento escrito tanto por parte do doador quanto por parte do cônjuge. De igual modo, deve ser formalizada a intenção do casal em socorrer-se à referida técnica (GAMA, 2003a, p. 252-253).

A esse respeito, é de todo oportuno anotar que, na França, além do consentimento do casal, eles também devem estar casados ou, pelo menos, esta-

rem vivendo em união estável pelo período mínimo de dois anos (BRAUNER; FACHIN; BARRETO, 2003, p. 105). Outrossim, também há a exigência de o doador já ter procriado anteriormente e, curiosamente, de não ter gerado por meio dessa técnica mais de cinco crianças. O doador, inclusive, deverá ser submetido a exames para averiguação de que ele não transmitirá doenças geneticamente. Nesse ponto, impende destacar que é vedada a escolha do doador pelo casal, considerando o princípio do anonimato também adotado pelo país. Com efeito, é considerado irrevogável o vínculo de filiação gerado a partir da reprodução assistida heteróloga, não se admitindo investigação da paternidade ou, até mesmo, reconhecimento voluntário por parte do doador (GAMA, 2003a, p. 253).

Por derradeiro, destaca-se o entendimento adotado pelos Estados Unidos, principalmente no que se refere à filiação fruto da técnica em tela, por meio do *Uniform Parantage Act* dos anos 1973 e 1987. O referido documento expõe que, devidamente autorizada por escrito a inseminação artificial por meio heterólogo (autorização do marido e da mulher), o marido é considerado genitor da criança que nascerá, surtindo a ele todos os efeitos legais, como se pai biológico fosse. Não há margens a qualquer possibilidade de, em algum momento, ele impugnar a aludida paternidade (FARIAS, 2004, p. 327, grifo do autor).

À guisa do expendido, passa-se ao estudo das normativas brasileiras correspondentes ao método reprodutivo em tela.

### 3.2 EFEITOS (OU DEFEITOS?) JURÍDICOS DA TÉCNICA: PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE POR MEIO DO ANONIMATO DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO

Cotejando as leis pertencentes ao sistema jurídico brasileiro, notou-se que, infelizmente, muito embora amparada pelo artigo 1.597 do Código Civil, ainda torna-se necessária legislação específica sobre a filiação proveniente de reprodução assistida. Isso porque, esse Diploma Legal abordou o tema de forma tímida, rasa, tratando apenas da questão da paternidade. Exemplo disso mencio-

na-se que o texto legal sequer deixa clara a forma que deve ocorrer a autorização para a reprodução assistida heteróloga (VILAS-BÔAS, 2011, p. 129).

Diante dos poucos elementos trazidos pela legislação, a própria doutrina ainda discute a admissibilidade da reprodução assistida. Leite (1995, p. 139, grifo nosso), por exemplo, posiciona-se favoravelmente, afirmando *que ter um filho próprio é direito absoluto, não podendo a legislação se arriscar a negar esse direito a alguém*. Por outro lado, há quem defenda que a referida técnica somente pode ser utilizada como forma terapêutica, impedindo, assim, que mulheres solteiras ou sozinhas usufruam desse método (GAMA, 2003b, p. 999-1000).

Buscando nortear o entendimento sobre a reprodução em tela, a I Jornada de Direito Civil trouxe o Enunciado de n. 104, que dessa forma orienta:

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, *o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade* (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) *juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida*, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento. (VILAS-BÔAS, 2011, p. 135, grifo nosso).

Bem na verdade, atualmente, a única regulamentação que a técnica de reprodução assistida heteróloga recebe é advinda da recente Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.121/2015, que trouxe pequenas alterações em detrimento à antiga resolução que tratava do tema, a de n. 2013/2013.

Depreende-se dessa Resolução CFM n. 2.121/2015 premissas similares às apontadas nas normatizações de outros países. Exemplo disso tem-se a necessidade de consentimento do paciente e dos doadores, assim como a gratuidade da doação, sem olvidar do ponto mais polêmico, ora em estudo: o anonimato do doador e dos receptores do referido material.

Em relação à impossibilidade de a doação do sêmen ter caráter lucrativo, é de se reconhecer que essa premissa é advinda da disposição brasileira quanto

à gratuidade da disposição sobre órgãos, tecidos e substâncias humanas, o que, *a priori*, já impediria a edição de qualquer normativa que estabelecesse, de alguma forma, ainda que indireta, remuneração sobre disposições do próprio corpo (GAMA, 2003a, p. 796). Isso porque os materiais genéticos extraídos do corpo humano a fim de possibilitar a reprodução humana fazem parte do substrato físico do indivíduo. Diante disso, muito embora não haja previsão expressa sobre a venda de sêmen na Lei n. 9.434/1997, que versa sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, presume-se a impossibilidade de venda, bem como de qualquer negócio com fins lucrativos, que tenham por objeto o referido material (RIZZARDO, 2011, p. 448-449).

Nada obstante, ao prever a impossibilidade de realização do procedimento de reprodução assistida quando houver grave risco de saúde à paciente, nota-se que a Resolução n. 2.121/2015 se encontra em conformidade com o Código Civil brasileiro, especificamente com o teor do seu art. 15.

Por outro lado, no que diz respeito ao princípio do anonimato, objeto de estudo, verifica-se que ele é abordado em dois itens da Resolução CFM n. 2.121/2015, que são encontrados no bloco IV atinente à *doação de gametas ou embriões*. No item 2, especificamente, deixa-se claro que “[...] os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.” Na sequência, no item 4, reforça-se a ideia do sigilo das informações.

Diante desse quadro, infere-se que o direito ao anonimato do doador nada mais é do que uma forma de ele proteger seu direito fundamental à intimidade, garantido pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Até porque, muito embora exista uma possibilidade de quebra do sigilo, conforme previsto na parte final da disposição normativa, nota-se que essa quebra é resguardada apenas entre os próprios médicos. Ou seja, se não bastasse a previsão constitucional acerca da intimidade, a referida normativa não abriu margens a qualquer hipótese de acesso dessas informações pelos receptores do material.

Quem é favorável ao direito ao anonimato do doador argumenta que o desconhecimento da origem genética visa permitir a integração da criança con-

cebada em sua família jurídica (paz familiar), tendo por base jurídica, para tanto, o princípio do melhor interesse da criança. Nada obstante, expõe-se, ainda, que a identidade anônima pode ser encarada como uma forma de tutela do doador, no sentido de impedir qualquer futura tentativa de pesquisa do filho quanto aos laços biológicos (GAMA, 2003b, p. 805).

Nesse sentido, pode-se verificar o enunciado n. 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, não são poucas as razões que vão de encontro ao anonimato do doador do material fertilizante. Dentre elas, a possibilidade de incesto e degeneração humana, o que implicaria dizer que a reprodução assistida, em que pese tenha “solucionado” a esterilidade do casal, trouxe, por outro vértice, graves problemas jurídicos, éticos, sociais, religiosos, psicológicos, médicos e bioéticos (DINIZ, 2002, p. 477).

Nessa linha de entendimento, não se pode perder de vista que a regra do anonimato colide com o direito de conhecimento à ascendência genética, podendo tal feito resultar, inclusive, no desconhecimento de eventual doença genética (GROENINGA; PEREIRA, 2003, p. 283).

A esse respeito, impende que, *dentre os direitos à personalidade, encontram-se os direitos à vida, à liberdade e à identidade*. Nota-se, assim, que o próprio *direito fundamental à vida já engloba o direito à identidade, que abarca o direito à historicidade e o respectivo conhecimento da própria origem genética*. Com efeito, por englobar todos os elementos que se consideram fundamentais (campo pessoal, familiar, social e comunitário), o direito à identidade está longe de ser restrito apenas ao direito ao nome (GAMA, 2003a, p. 904-905, grifo nosso), e, por esse motivo, o conhecimento do doador do material genético, responsável pela formação de suas características físicas, também estaria abarcado nesse direito.

Se não fosse suficiente, é de se reconhecer que o conhecimento à ascendência também está intimamente atrelado ao princípio da dignidade humana, que, consoante abordado na seção inaugural, deve prevalecer.

De mais a mais, não se pode perder de vista que, da mesma forma que os pais tiveram como garantia o planejamento familiar, *deverá ser garantido à criança advinda da técnica de reprodução assistida o direito de saber sua origem biológica* (CARVALHO, 2014, p. 133), o que, inclusive, vai ao encontro do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, disciplinado pelo *caput* do artigo 227 da Constituição Federal, assim como pelos artigos 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual, tais indivíduos, por estarem em condição peculiar de desenvolvimento, devem ter prioridade pelo Estado, sociedade e família, inclusive quanto à elaboração e à aplicação de direitos que lhe dizem respeito (LÔBO, 2009, p. 53).

Nesse sentido, considerando a ausência de legislação sobre o assunto em tela, aliado ao disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que prevê que o Magistrado decidirá o caso com base nos princípios gerais de direito quando omissa for a lei sobre o ponto discutido, não deveria, com base no princípio da dignidade humana e melhor interesse da criança e do adolescente, prevalecer o direito à origem genética?

Afinal de contas, “[...] *não há como reconhecer que o anonimato do doador possa prevalecer perante a eminente lesão à vida ou à higidez físico-corporal da pessoa que foi gerada com material fecundante do primeiro*”, pois, ainda que seja fundamentado no seu direito à intimidade, “[...] tal direito fundamental deverá ceder quando colocado em confronto à vida e, nele inserido, o direito à vida de outra pessoa.” (GAMA, 2003a, p. 906, grifo nosso).

Além do mais, de todo oportuno lembrar do mecanismo de *habeas data* que assegura ao indivíduo o conhecimento de informações relativas a ele próprio, ainda que sejam de caráter sigiloso, por força do inciso LXXII do artigo 5º da Lei Maior. Logo, cabível seria esse remédio constitucional contra a clínica que detém as informações da identidade do doador, a fim de assegurar ao indivíduo fruto de reprodução assistida heteróloga o conhecimento da sua ascendência genética (GAMA, 2003a. p. 206).

Ante todo o apresentado, considerando, sobretudo, o direito ao conhecimento da origem genética, visando ao direito à vida e ao direito à identidade, sem contar que se trata de ponto necessário ao desenvolvimento da personalidade, o posicionamento aqui adotado é de forma contrária ao princípio do anonimato trazido pela Resolução CFM n. 2.121/2015.

Ora, considerando os inúmeros direitos fundamentais em detrimento, é de se reconhecer que o direito fundamental à intimidade do doador, em relação ao direito à identidade, terá que ceder. E, nesse rumo, sendo possibilitado legalmente o reconhecimento da identidade do doador do sêmen, impossível seria qualquer pleito indenizatório, assim como o requerimento de qualquer outra medida judicial, em razão da suposta afronta a esse direito à intimidade, pois, como visto, em razão da supremacia axiológica desses outros direitos, sobretudo o da identidade, não há solidez no argumento de que o direito à intimidade do doador teria sido violado.

Dessa forma, a possibilidade de o filho oriundo da reprodução assistida heteróloga ter o direito de, querendo, conhecer a identidade do doador, torna-se medida acertada. Aliás, a fim de evitar eventuais problemas, sugere-se que a legislação estabeleça uma idade para ser feita a referida solicitação, assim como deixe clara a impossibilidade de tal feito gerar qualquer efeito registral, sobretudo no que se refere ao futuro reconhecimento de paternidade.

Nesse caminho, a prevalência do direito à intimidade do doador em face do direito à origem genética não é posicionamento correto a ser adotado.

### 3.3 ESTADO DE FILIAÇÃO *VERSUS* DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Antes da atual redação da Constituição Federal e do Código Civil, a posse de estado de filho apenas era admitida quando constituída em casamento, não havendo vazão, por exemplo, ao reconhecimento de uma filiação advinda de

uma união estável, que dirá a uma filiação fruto de família monoparental. Tal fato era impossível (FARIAS, 2004, p. 328).

Hoje, à luz da legislação vigente, o estado de filiação é constituído por força de lei (*ope legis*) e, também, em razão da posse de estado de filho, considerando-se a convivência familiar, confirmada pela afetividade contínua verificada naquele seio. Resume-se em assumir o papel de filho diante àquele que assume seu papel de pai, inobstante possa inexistir vínculo biológico entre eles. Basta a “aparência social” dos papéis de pais e filhos desenvolvidos por eles, de forma que seja possível confirmá-los por meio de provas por escrito, bem como a partir de veementes presunções (FARIAS, 2004, p. 325, 327-328).

A esse respeito, não se pode perder de vista que a Magna Carta assentou a igualdade entre filhos biológicos e socioafetivos, por meio do seu artigo 227, § 6º, que dispõe da seguinte forma: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 1988). A redação desse comando legal foi, aliás, confirmada pelo artigo 1.596 do Código Civil.

Diante disso, nota-se que, pela atual interpretação do sistema jurídico brasileiro, o estado de filiação não se resume aos laços biológicos, dando lugar, também, aos laços socioafetivos, cujo seio familiar transcende os mares do sangue, sendo edificado pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção (WELTER, 2003, p. 169). Trata-se, portanto, de uma posse de estado de filho, ensinada por Boeira (1999, p. 54) como uma “[...] paternidade que existe, não pelo simples fator biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, fruto de uma convivência afetiva.”

Nesse pensar, considerando que o estado de filiação advindo da família socioafetiva encontra-se perfeitamente amparado na legislação, assim como que, pela inteligência do inciso V do artigo 1.597 do Código Civil, estabelece-se a presunção *pater est*, qual o motivo de privar o indivíduo fruto da reprodução assistida heteróloga do conhecimento de sua ascendência genética?

Não se pode olvidar que “[...] a formação de um ser humano envolve, antes de tudo, um fator de ordem biológica, porque sua ontologia inicia-se em uma mistura de características de seus ascendentes!” (FARIAS, 2004, p. 278).

Ora, sabido que a procriação biológica eterniza no ser características tanto físicas quanto psíquicas de uma determinada genealogia, concebendo um indivíduo que, ao mesmo tempo, é genérico e singular: genérico por possuir características comuns de todos os seres humanos e, por sua vez, *singular, diante do infinito conjunto único de particularidades genéticas e temperamentais* (FARIAS, 2004, p. 277, grifo nosso). Portanto, cercear o direito de conhecimento da origem genética não significaria violação do princípio da dignidade humana?

Ilustrando o cenário ora exposto, colacionam-se nas linhas a seguir trechos emocionantes da reportagem *Filho gerado por inseminação tem dia dos pais “estranho*, publicada no jornal Folha de São Paulo, a qual é trazida na obra de Groeninga e Pereira (2003, p. 282, grifo nosso). *Ad litteram*:

O Dia dos Pais é uma data esquisita para a estudante canadense Olívia Pratten. Embora dê presentes, ela se sente um quebra-cabeça desconjuntado. Filha legítima de um casal em que o marido era estéril, Olívia foi gerada com sêmen de um doador anônimo. Do pai biológico, tem identificações superficiais, como “cabelos loiros”, “olhos azuis” e “tipo sanguíneo A positivo”. “O pouco que sei sobre ele lembra a ficha policial de um criminoso”. Embora “diferente”, sua concepção surgiu de um gesto positivo, uma boa ação. *Mas a angústia pelo “elo perdido” persiste. “Meu pai já me perguntou: não está contente comigo? Por que ficar obcecada atrás de outro pai, diz Olívia. “Só quero juntar as peças do meu quebra-cabeças”, explica ao “pai de direito”, Allan Partten.*

Ainda nessa reportagem, tem-se a história da australiana Geraldine Hewitt, que também causa comoção:

A australiana Geraldine Hewitt, vive em uma autêntica “família do sêmen”: ela e os irmãos Kieron e Genevia foram gerados dessa forma, cada um de um doador diferente. “Três homens ajudaram a formar nossa família, e nosso pai é um quarto homem, muito amoroso”, conta a estudante. Ela sabe a verdade desde os cinco anos – o próprio pai lhe contou seu

problema de infertilidade, enquanto a mãe falava da longa lista de espera para adotar uma criança na Austrália dos anos 80. “Na época existia um consenso de que os pais não deveriam contar aos filhos sobre a inseminação, mas é claro que é melhor saber. Segredos destroem a família”. No ano passado, Geraldine começou a procurar seu pai biológico, mas o hospital se recusou a fornecer dados. “*Fico arrasada quando penso que nunca saberei quem ele é, a não ser que ele procure o banco e diga que tem interesse em conhecer seus descendentes*”. Os médicos, entretanto, lhe disseram que ela tem outros meio-irmãos da parte desse sujeito desconhecido. Aliviada, ela conta: “são apenas três. Conheço gente que tem mais de 40”, explica. *A proliferação multiplica as incertezas: “Às vezes estou no trem e olho para um rapaz. Será que é meu irmão? Olho as mãos de um homem mais velho e, se lembram as minhas, penso: Será que é meu pai? Uma tia me disse: Eu te vi no mercado. Eu respondi que não, nunca fui a esse mercado. Então penso: será que era uma irmã minha?”* (GROENINGA; PEREIRA, 2003, p. 282-283, grifo nosso).

Ante essas histórias que, sem sombra de dúvidas, ilustram a realidade de muitos brasileiros que vivem aflitos por serem impedidos pela lei de terem conhecimento de sua identidade genética, é de se registrar que muito embora exista a figura paternal socioafetiva na vida desses indivíduos, a identidade genética ainda representa “[...] posição-chave para a criação da individualidade, do auto-entendimento, propiciando o livre desenvolvimento da personalidade.” (GROENINGA; PEREIRA, 2003, p. 283).

Outrossim, destaca-se, novamente, a importância de se ter conhecimento acerca da identidade do doador, pois, além de tal informação estar atrelada ao princípio da dignidade humana, assim como ser essencial à formação da personalidade, impediria que o filho concebido, por exemplo, constitua matrimônio com filhos do doador ou, até mesmo, com ele próprio. Ainda nessa linha, destaca a importância de ter conhecimento quanto ao histórico de saúde de seus parentes próximos, como uma forma de prevenção da própria vida (LÔBO, 2004, p. 525). Não é outro o entendimento de Krell (2011, p. 74, grifo nosso) ao dizer que se trata de *um direito que envolve historicidade pessoal, garantindo que, ao conhecer*

*a identidade civil dos genitores, bem como o seu primogênito genético prevenir-se-á e, até mesmo, curar-se-á eventual doença hereditária.*

De mais a mais, é de todo oportuno anotar que a identificação da ascendência genética no caso de reprodução assistida heteróloga nada tem a haver com o direito de reivindicar alimentos e direitos sucessórios com a família natural. O que se pretende é apenas garantir um direito que é inerente e imanente à personalidade humana (GROENINGA; PEREIRA, 2003, p. 283). Afinal de contas, “[...] tendo havida a prévia autorização, também se estabelece a presunção *pater est*, ou seja, como o cônjuge concordou de modo expresso com o uso da inseminação artificial, assume a condição de pai do filho que venha a nascer.” (DIAS, 2010, p. 215).

Não obstante, além de já haver a presunção de paternidade advinda do casamento, conforme artigo 1.597 do Código Civil, não estaria a paternidade socioafetiva ameaçada pelo descobrimento da origem genética, considerando que, nesse caso, *o ato biológico da cópula é substituído pela vontade de ser pai, ilustrada pelo seu consentimento quanto à técnica aderida, o que chama-se de “vontade de procriacional”* (RIZZARDO, 2011, p. 440-442, grifo nosso).

Nessa linha de raciocínio, devidamente demonstrado que o estado de filiação constituído não sofrerá prejuízo com o conhecimento da origem genética, aliado ao fato de que é direito do indivíduo conhecer sua ancestralidade, ainda que presente a figura paternal socioafetiva no seu seio familiar, nota-se que a melhor solução a ser dada ao *hard case* em evidência é atribuir supremacia ao direito à origem genética sobre o direito à intimidade, no que se refere ao indivíduo concebido por meio da reprodução assistida heteróloga.

#### 4 CONCLUSÃO

Nota-se que os *hard cases* – casos em que não há uma regra clara preestabelecida – estão cada vez mais próximos da realidade jurídica brasileira, principalmente em relação às questões atreladas ao Biodireito.

O desenvolvimento biotecnológico permitiu que a procriação deixasse de ser um fato natural e ficasse a critério da vontade humana. A ciência avançou. O ordenamento jurídico não. Em que pese cientificamente exitosos os novos métodos reprodutivos, os quais são capazes de garantir uma concepção que, se dependesse da natureza humana, não ocorreria, o sistema jurídico brasileiro ainda clama por uma lei específica sobre o assunto.

Isso porque dentre os meios de concepção artificial tem-se a reprodução assistida heteróloga. Nessa técnica, o material genético colhido é de uma terceira pessoa estranha ao casal, ou seja, um doador fértil, cujo anonimato de sua identidade é garantido pela Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.121/2015. No entanto, considerando que são direitos fundamentais aqueles considerados naturais e inalienáveis ao indivíduo, cuja aplicação assume lugar supremo nas fontes do Direito, bem como que eles não estão descritos taxativamente na Constituição Federal, podendo, inclusive, serem encontrados esparsos no texto constitucional e também na legislação infraconstitucional, é de se reconhecer que, sobretudo em razão da tutela jurisdicional prestada e de seu caráter imprescritível, o conhecimento da ascendência genética é um direito fundamental e, portanto, inconstitucional seria esse princípio do anonimato trazido pela Resolução.

Nesse sentido, considerando o direito fundamental à intimidade (artigo 5º, inciso X, Constituição Federal), utilizado, nesse caso, como fundamento ao aludido anonimato da identidade do doador do material genético, tem-se o mais claro exemplo de conflito de direitos fundamentais, cuja solução, inclusive, não vem preestabelecida no ordenamento jurídico brasileiro. Perfeito *hard case*, portanto.

Assim, considerando a lei de sopesamento trazida por Alexy, apontada como mecanismo ideal à solução de conflitos de direitos desse patamar, porquanto possui como pilar a análise da importância da satisfação ou da não satisfação de determinada garantia, entende-se que, no caso em apreço, o direito à identidade biológica prevalece em detrimento ao direito à intimidade do doador.

Ora, não se pode olvidar do reflexo negativo que o desconhecimento da origem genética causa ao indivíduo, interferindo na sua esfera emocional e,

principalmente, na formação de sua personalidade, eis que o ser humano possui a necessidade de conhecer seus traços ancestrais.

Trata-se de tutelar o direito fundamental à vida, uma vez que o desconhecimento da identidade do doador pode resultar no inconveniente de o filho gerado possuir uma doença hereditária e não ter tido a oportunidade de tratá-la adequadamente ou, até mesmo, de preveni-la, tudo em virtude da identificação omissa de seu gerador.

Outrossim, considerando-se o princípio do melhor interesse, esse último que coloca a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e não como meros telespectadores das decisões tomadas pelos seus pais, assim como ponderando o direito à intimidade *versus* o direito à origem genética, não esquecendo que os impactos causados pela não satisfação do direito fundamental à origem genética são danosos e irreversíveis ao indivíduo, conclui-se que, muito embora se trate de decisão contrária ao que atualmente prevê a normativa brasileira, o fornecimento da identidade do doador do material é providência imperiosa.

Se o direito de planejamento familiar e procriação foram garantidos aos pais da criança, porque privar o filho de seu direito fundamental à vida e à identidade?

É claro que tal imposição jamais possuirá condão de abalar a filiação socioafetiva advinda da linha paterna, tampouco de alterar o registro de filiação já feito, até porque esse último somente seria possível se presente uma causa de anulabilidade, nulidade ou ineficácia do ato.

A intenção dessa medida nada mais é do que garantir que o indivíduo cresça e desenvolva sua personalidade de forma adequada, ou melhor, formule sua identidade perante a sociedade longe de quaisquer omissão e mentira, as quais, em um simples exame de sangue, poderão ser desmascaradas.

À guisa do expendido, manifesta é a necessidade de criação de uma legislação específica sobre a reprodução assistida heteróloga, de modo que permita o conhecimento da identidade do doador do sêmen e, por outro lado, já afaste qualquer possibilidade de propositura de ação investigatória de paternidade pela

criança concebida, assim como de pedido de verba alimentar, reconhecimento de direitos sucessórios, sem esquecer da solicitação de retificação de registro por conta do conhecimento dessa informação, cuja conduta, além de não prejudicar o âmbito familiar já formado, garantiria ao indivíduo o livre exercício do seu direito fundamental à identidade biológica até então cerceado.

É o que se concluiu.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. Código Civil. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 09 ago. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 ago. 2014.

BRASIL. Lei 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 13 maio 2015.

BRASIL. Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 dez. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8560.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm)>. Acesso em: 21 maio 2015.

BRASIL. Resolução Conselho Federal de Medicina n. 2.121, de 24 de setembro de 2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM n. 2.013/13, publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 2014. Disponível em: <[http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 149, de 13 de dezembro de 1963. É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=149.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 21 maio 2015.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; FACHIN, Luiz Edson; BARRETTO, Vicente de Paulo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CARVALHO, Rogério J. Britto de. *Inseminação artificial: reprodução assistida – aspectos polêmicos e legislação constitucional e infraconstitucional*. Porto Alegre: Revista Síntese Direito de Família, 2014.

CHACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, R. M. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de direito e processo de família: primeira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito, aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A reprodução assistida heteróloga*. São Paulo: Atlas, 2003b.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e a filiação civil*. Curitiba: Juruá, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROBERTI, Maura. *Biodireito: novos desafios: com análise penal da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 e atualizado de acordo com a emenda constitucional nº 45 de 2004*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

VIEIRA, José Ribas. *Direitos à intimidade e à vida privada*: laboratório de análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2008.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Inseminação artificial no ordenamento jurídico brasileiro*: a omissão presente no código civil e a busca por uma legislação específica. Porto Alegre: Revista Síntese Direito de Família, 2011.

WELTER, Belmiro P. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



# A APLICABILIDADE DO DEPOIMENTO SEM DANO NO ESTADO DE SANTA CATARINA: NOVO MÉTODO DE INQUIRIÇÃO A MENORES TESTEMUNHAS OU VÍTIMAS DE CRIMES SEXUAIS

Marina Schena Lanhi\*  
Carolina de Figueiredo Furtado\*\*

**Resumo:** Este trabalho esclarece os pressupostos, os fundamentos e a efetividade do depoimento sem dano, realizando uma comparação com os métodos de inquirição aplicados usualmente, bem como discute o conflito gerado acerca da finalidade do método e dos profissionais envolvidos. Trata-se de prova imprescindível para a efetivação da pretensão punitiva do Estado diante do cometimento de crimes sexuais. O depoimento da vítima ou testemunha deve ter sua aplicabilidade em observância às garantias fundamentais dos indivíduos, elencadas na Constituição da República Federativa do Brasil. Desse modo, os profissionais que devem, em conjunto, aplicar o depoimento sem dano percebem o prejuízo da técnica atual diante de sua morosidade e falta de efetividade. O método sugerido busca realizar uma modificação no procedimento em busca da diminuição do trauma e aperfeiçoamento probatório para que o processo penal seja célere e válido. Para tanto, se utilizará de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais e entrevistas com profissionais experientes nos casos específicos, nas quais serão expostas suas opiniões.

**Palavras-chave:** Depoimento sem dano. Inquirição. Crimes sexuais.

## 1 INTRODUÇÃO

Apesar da evolução da organização humana, a violência contra menores se perpetua na sociedade e é, por vezes, camuflada pelo desenvolvimento de informações e tecnologias. Embora os direitos fundamentais sejam constantemente

---

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

\*\* Especialista em Direito Processual Civil e Internacional pela Universidade do Vale do Itajaí; Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí; Professora no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; carolina.furtado@unoesc.edu.br

discutidos nos cenários nacional e internacional, o tema da violência sexual permanece sendo um tópico delicado, e sua erradicação é uma meta longínqua.

Acerca desta problemática é necessário perfazer uma análise à atual audiência de instrução realizada nos processos penais, especialmente de crimes sexuais cometidos contra menores ou nos quais o menor fora testemunha do fato típico.

A referida audiência é ato indispensável para concluir o procedimento judicial de forma satisfatória, seja pela condenação ou absolvição do acusado, e atualmente, o menor, que deveria ser protegido pelo Estado, é levado a uma sala de audiência, na qual deve reviver seu trauma, encarando o seu opressor e na presença de diversos adultos “engravatados” e formais que buscam resolver mais um processo da maneira mais célere e econômica possível.

Como método alternativo, será apresentado no presente trabalho o depoimento sem dano, realizando uma explanação acerca da importância da prova testemunhal e do depoimento da vítima, bem como o procedimento que envolve a coleta desses instrumentos probatórios.

Na prática, a conversa entre o menor e o inquiridor seria gravada e transmitida em tempo real à sala em que se encontra Juiz, acusado, Advogado e Promotor. A sala da gravação seria adequada à imaturidade do menor, possuindo objetos acolhedores e afetos à sua realidade. A forma e linguagem da tratativa devem ser realizadas buscando a amenização do trauma.

Vislumbra-se que o trauma psicológico sofrido pelo menor se reitera e é revivenciado em cada depoimento, sendo este obrigado a encarar o seu opressor com a separação de uma mesa de audiência. Nesse ínterim, é correto afirmar o benefício fornecido ao menor e à Justiça com a aplicação deste novo método de inquirição, que busca a amenização do dano e a potencialização da responsabilização do acusado de crimes sexuais.

Assim, a inobservância da teoria da proteção integral ao menor na aplicação do processo penal em casos de abuso sexual deixaria de violar os preceitos constitucionais e ofereceria sentido à finalidade da lei penal que, além da reali-

zação da justiça, ocupa-se da proteção dos direitos e garantias fundamentais da pessoa perante o poder punitivo do Estado.

Um tópico importante será a explanação sobre a necessidade de uma equipe multidisciplinar, atuando o magistrado em conjunto com um psicólogo ou assistente social na busca pelo acolhimento do menor.

Neste trabalho serão apresentados os benefícios e prejuízos do método e uma análise da aplicação efetiva deste em busca da verdade real no processo e diminuição do trauma infantil, e com estas informações será realizada uma conclusão avaliativa acerca do tema principal: depoimento sem dano.

## **2 O DEPOIMENTO NO PROCESSO PENAL**

A observância dos direitos fundamentais do menor estabelece limites à atuação estatal, assim, ao realizar a inquirição da testemunha ou vítima, tais garantias devem ser respeitadas. Diante da fase probatória do processo nos casos de crimes sexuais, em que é fundamental a coleta do depoimento ou testemunho, é possível perceber a reafirmação do trauma sofrido pela violência em virtude de diversos fatores, inclusive do procedimento adotado.

Gonçalves (2011, p. 284) aborda o tema de forma instigante:

Na sociedade contemporânea, a vivência da violência é tão usual e cotidiana, anunciada e discutida com tanta frequência, que somos levados a crer que sabemos muito sobre ela. É tão comum que a experimentemos, na condição de vítimas diretas ou de ouvintes de um outro mais ou menos íntimo, que um impulso de sobrevivência ou autopreservação nos leva a buscar algum mínimo de informação que nos permita entender a sua lógica, aquilatar sua extensão e avaliar o perigo que ela representa, reunindo recursos para dela nos protegermos.

É notória a necessidade de evoluir no método da inquirição de menores, sejam testemunhas sejam vítimas de crimes sexuais, pois este ato auxiliaria na

efetividade comprobatória do depoimento e no tratamento da vítima de forma imediata.

É essencial realizar uma análise de dados informativos acerca da violência contra menores:

A agressão sexual afeta 15% dos 65 milhões de menores de 18 anos no Brasil. Dois terços das agressões são contra meninas. Cerca de 300 mil meninas são vítimas de incesto pai-filha todos os anos. Mais de 10 mil delas tentam suicídio em decorrência deste ato. Há ainda a informação de 100 crianças morrem por dia no Brasil, vítimas de maus-tratos. (LACRI, 1998 apud ARAÚJO, 2010, p. 3).

Ainda, os dados apresentados pela Organização Brasileira Childhood (NÚMEROS..., 2016) a respeito da execução de crimes sexuais são alarmantes; na última pesquisa realizada em 2014 nos dados apresentados pelo Disque Denúncia é possível verificar que em 65% dos casos de violência sexual o agressor faz parte do grupo familiar do menor, reafirmando que, geralmente, a criança ou adolescente tem contato próximo com o acusado e até mesmo confiança para com ele. Também é apresentado o dado de que 72% dos crimes denunciados ocorrem na casa do menor ou do agressor, corroborando o acesso fácil que este possui na entidade familiar do menor ou a capacidade e confiança de conduzi-lo à sua residência.

Explorado o histórico de violência contra menores e da falta de eficácia no julgamento de seus opressores, principalmente no que se refere à deficiência da prova coletada de forma precária e em situações traumatizantes para o menor, a temática da presente pesquisa é referente a um novo método aplicado na fase probatória do processo.

Está sendo disseminado pelo Brasil o denominado Depoimento Sem Dano, ou Depoimento Especial, que apresenta uma metodologia menos traumática para o menor quando este é ouvido na fase probatória do processo.

Tratando-se de prova imprescindível para a efetivação da pretensão punitiva do Estado diante do cometimento de crimes sexuais, o depoimento da

vítima ou testemunha deve ter sua aplicabilidade em observância às garantias fundamentais dos indivíduos, elencadas na Constituição Federal.

Nesse mesmo sentido, o doutrinador Nucci (2012, p. 27) destaca a definição do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil:

No enfoque subjetivo, abarca o sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, destacando-se como indivíduo, desde o nascimento e relaciona-se em comunidade, merecendo particular consideração do Estado. Cuida-se de princípio regente, do qual não se pode esquivar para a fiel interpretação dos demais princípios constitucionais, bem como dos direitos e garantias. (BRASIL, 1988).

No entanto, conforme será explanado nas próximas páginas, ocorre um conflito entre os profissionais que deveriam, em conjunto, aplicar o depoimento sem dano, o que prejudica a celeridade e efetividade processual, principalmente ao menor envolvido, que é submetido ao método de inquirição ultrapassado e revitimizante.

A presente pesquisa inicia com a explanação acerca dos tipos, classificações e importância das provas, seguindo com um relato detalhado da proposta realizada pelo novo projeto de Lei, bem como seus benefícios e dificuldades.

## 2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA

O termo prova origina-se do latim *probatio*, expressão que provém do verbo *probare*, com o significado de demonstrar, reconhecer, persuadir todo elemento que possa levar ao conhecimento de algum fato ou alguém (CAPEZ, 2011, p. 344).

Com efeito, o conceito fundamental de prova é a união dos atos realizados pelas partes, terceiros ou, em alguns casos, até mesmo pelo juiz, na busca pela verdade material em prol de comprovar a verdade real relatada pelos fatos.

No que tange à importância da prova no andamento processual, Tourinho Filho (2013, p. 563, grifo do autor) alega que “O objeto da prova é o conven-

cimento do Juiz e objeto de prova, repita-se, é o *thema probandum*. É o fato a ser provado.”

Acentua Lopes Júnior (2013, p. 535) que prova representa “[...] os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime).” Assim, possui o significado de demonstração realizada por meio de instrumentos legais, da existência ou veracidade de determinada situação de fato ou de ato jurídico.

A prova é a demonstração da realidade, feita mediante os instrumentos previstos na legislação processual penal, objetivando gerar no julgador a certeza dos fatos alegados. Os sujeitos processuais utilizam-se das provas para confirmar suas alegações que ensejam fundamentar o exercício da tutela jurisdicional (BONFIM, 2011, p. 347).

Quanto à importância do instrumento processual prova, este é considerado essencial no convencimento do magistrado, sendo apresentado para demonstrar a ocorrência ou não de algo em discussão no curso do processo.

Vislumbra-se que a prova é o elemento que norteia a convicção do magistrado, relacionando os fatos da causa com a verdade real, decorrendo disso a sua relevância no âmbito do direito processual. A prova no processo penal tem sua previsão legal no Código de Processo Penal, no Título VII, que trata das disposições gerais e das variadas espécies de prova admitidas na legislação.

Destaca-se, por oportuno, o entendimento de Capez (2011, p. 344), para o qual a prova é o tema mais importante de toda a ciência processual, haja vista que as provas instruem o processo fornecendo o alicerce que sustenta toda a dialética processual.

Uma das classificações doutrinárias é em razão do valor ou efeito da prova, dividindo-se em prova plena e não plena. No que se refere à prova plena, trata-se da prova convincente ou necessária para a formação da convicção do julgador. Por sua vez, a prova não plena, também chamada de indiciária, é aquela que contém um juízo de probabilidade, com presença nas fases processuais, em que é desnecessário um juízo de certeza, como no caso da sentença de pronúncia, no qual vigora o princípio do *in dubio pro societate*. Observa-se, porém, que para haver condenação é necessária a prova plena, eis que esta transmite um juízo de credibilidade ou probabilidade (FEITOZA, 2008, p. 606).

Vislumbra-se, também, a classificação quanto ao sujeito ou causa que se configura como aquela que afirma ou atesta a existência do fato *probando*. Nesta classificação há divisão entre prova real e pessoal. Tourinho Filho (2013, p. 565, grifo do autor) esclarece:

A prova pode ser pessoal ou real. A primeira é toda afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmado, p. ex., o testemunho, o interrogatório, a declaração da vítima. Diz-se real quando a prova emerge do próprio fato: a mutilação de um membro, a exibição de uma arma ou fotografia. Quanto à forma a prova pode ser pessoal, significando a afirmação feita por uma pessoa: testemunho, interrogatório, declaração; documental, que é a afirmação feita por escrito; e material, consciente em qualquer materialidade que sirva de prova ao fato probando: o instrumento do crime, os *producta sceleris*, as coisas apreendidas, os exames periciais.

Finalizando, as provas se classificam quanto à forma ou aparência, sendo testemunhal, documental e material. A prova testemunhal é aquela resultante do depoimento prestado por sujeito estranho ao processo sobre fatos relacionados ao litígio. A prova documental é produzida por meio de documentos. Já a prova material é a obtida por meio químico, físico ou biológico, como no caso dos exames, vistorias e corpo delito (CAPEZ, 2011, p. 378).

Por fim, é possível afirmar que a busca pela prova pessoal plena, emanada do depoimento da vítima ou de testemunhas oculares do fato, justifica a presente pesquisa acerca do depoimento sem dano que potencializa o alcance da verdade real no processo penal.

## 2.2 FINALIDADE DA PROVA

Partindo do conceito definido de prova e da breve explanação sobre as suas classificações, essencial discorrer sobre sua finalidade junto ao processo penal.

A finalidade da prova, conforme visualizado anteriormente, é o convencimento do juiz, seu destinatário, a fim de que a causa discutida seja julgada considerando-se os fatos ou atos provados.

Tourinho Filho (2011, p. 234) apresenta a finalidade da prova:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar esse fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela maneira.

Segundo Capez (2006, p. 282), “[...] O tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual.”

A finalidade da prova é tida como o convencimento do juiz, ou como a formação da convicção da entidade decisória sobre a existência ou não de um fato. O destinatário da prova, por sua vez, é órgão jurisdicional (juiz ou tribunal) (FEITOZA, 2008, p. 605).

Afirma-se que no âmbito processual a prova não tem um fim em si, mas uma finalidade prática, qual seja, o convencimento do magistrado, seu destinatário (GRECO FILHO, 2010, p. 186).

O juiz, ao exercer sua função de julgador nas lides penais, tem nas provas seu principal instrumento para formação de convicção. Desta feita, as provas colhidas na instrução processual devem produzir o convencimento do magistrado ao defrontar-se com o caso concreto, para que assim, este forme um juízo da verdade real e material referente aos fatos alegados nos autos, garantindo maior segurança ao ser prolatada decisão em determinada lide.

Por sua vez, quanto ao objeto da prova, este se trata de toda circunstância, fato ou alegação que tenha relação com o processo, sobre o qual parem dúvi-

das e incertezas, e que pode influir para a decisão da causa, precisando, portanto, ser demonstrado (CAPEZ, 2011, p. 344).

Entretanto, consoante ideia apresentada, nem todos os fatos devem ser provados, somente aqueles que tenham pertinência e relevância no processo, com poder de influência na decisão do juiz, devendo ser descartados os fatos que não tenham relação com a causa (GRECO FILHO, 2010, p. 187).

O objeto da prova diz respeito aos fatos relevantes para a decisão da causa, devendo ser dispensados aqueles que não possuem relação com o que está em discussão e, portanto, não trarão influência para a causa em questão (CAPEZ, 2006, p. 282).

Determinados fatos, por sua natureza, por lógica ou, ainda, por determinação legal, não constituem objeto de prova, posto que independem de prova de sua existência. Nesse contexto, têm-se os fatos notórios, ou seja, aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura da sociedade, que são de conhecimento comum do homem (TOURINHO FILHO, 2010, p. 554).

Quanto à evidência e à notoriedade, Tourinho Filho (2011, p. 235) afirma que “[...] tanto a evidência como a notoriedade não podem ser postas em dúvida. Ambas produzem no Juiz o sentimento da certeza em torno da existência do fato.”

O Direito e seus preceitos legais também não terão necessidade de ser objeto de prova, haja vista que se presume o conhecimento do magistrado. Essa questão não foi regulamentada pelo Código de Processo Penal, devendo ser aplicada subsidiariamente a regra do artigo 376 do Novo Código de Processo Civil, que possibilita ao magistrado exigir da parte prova quanto à existência e ao conteúdo de norma internacional, estadual ou municipal (nos dois últimos casos quando se tratar de unidade de Federação diversa daquela da competência do Juízo) (ESTEFAM, 2008, p. 16).

Por fim, resta esclarecida e ilustrada a necessidade de análise das provas a serem utilizadas no caso concreto, sendo que, em prol da celeridade processual, diversas classificações foram realizadas e devem ser utilizadas para alcançar o

processo modelo, com o devido cumprimento de prazos e o alcance da verdade real de forma menos traumática possível.

## 2.3 DAS PROVAS EM ESPÉCIE

Após realizar uma ampla explanação acerca das classificações e finalidades da prova, é válido abordar, mesmo que sucintamente, os tipos de prova e suas individualidades.

O Código de Processo Penal, em seu texto legal, prevê a produção de algumas espécies de prova: inquirição do ofendido, prova testemunhal, prova pericial, interrogatório do acusado, confissão, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, prova documental, prova indiciária e busca e apreensão.

Haja vista que a inquirição do ofendido e a prova testemunhal serão analisadas em outra seção, inicia-se com a prova pericial.

### 2.3.1 Da prova pericial

A perícia se justifica quando é necessária uma opinião especializada, com conhecimento técnico, sobre determinado assunto ou fato (ARANHA, 1996, p. 157-158).

É necessário ressaltar a obrigatoriedade do exame de corpo delicto, um dos tipos de prova pericial, quando a infração deixa vestígios, com o intuito de comprovar os elementos objetivos do tipo em relação ao evento produzido pelo delito (TOURINHO FILHO, 2011, p. 277).

Por fim, embora o julgador não esteja vinculado ao laudo pericial, podendo ser contrário às suas conclusões desde que fundamentadamente, a apreciação do perito constitui um dos alicerces utilizados pelo juiz quando da prolação da sentença.

### 2.3.2 Do interrogatório

Interrogatório é o ato judicial pelo qual o acusado fornece ao julgador a sua versão dos fatos sobre a imputação que lhe foi atribuída (CAPEZ, 2011, p. 397).

Observa Tourinho Filho (2011, p. 297) que o interrogatório se trata de um dos atos processuais mais importantes da lei processual penal, em virtude da oportunidade oferecida ao acusado de apontar a sua versão dos fatos, podendo ser considerado um meio de autodefesa.

Como uma das características principais do interrogatório pode-se apontar o fato de ser um ato processual personalíssimo, eis que somente o réu pode ser interrogado, com a presença obrigatória de um defensor sob pena de nulidade. Trata-se de ato privativo do juiz, cabendo somente a ele interrogar o acusado, sendo vedada ao defensor e ao Ministério Público interferência no ato quando o magistrado estiver presente. Além disso, tem como característica a oralidade e a preclusividade do ato, que pode ser realizado a qualquer momento do processo em razão da sua natureza defensiva (CAPEZ, 2011, p. 401-403).

### 2.3.3 Da confissão

A confissão no processo penal é a admissão da prática de fato criminoso, efetuada pela pessoa sobre a qual recai suspeita ou acusação de autoria do delito. Trata-se de ato pessoal e voluntário, além da necessidade de ser realizado de maneira expressa e diante da autoridade competente (NUCCI, 2009, p. 82).

Nesse sentido, Capez (2011, p. 415) ensina que confissão é “[...] a aceitação pelo réu da acusação que lhe é dirigida em um processo penal. É a declaração voluntária, feita por um imputável, a respeito de fato pessoal e próprio, desfavorável e suscetível de renúncia.”

Por oportuno, transcreve-se a lição de Capez (2011, p. 416, grifo do autor), o qual afirma que a confissão “[...] hoje não é mais a ‘rainha das provas’, visto a própria exposição de motivos do Código aduzir que a *confissão* do acusado não constitui, obrigatoriamente, uma *prova plena* de sua culpabilidade.”

Importante mencionar que a confissão ficta ou presumida presente no processo civil inexistente no processo penal, portanto, o silêncio ou a revelia não

podem ser considerados confissão dos fatos atribuídos ao acusado (GRECO FILHO, 2010, p. 219).

#### **2.3.4 Do reconhecimento de pessoas e coisas**

O reconhecimento de pessoas e coisas é o meio de prova pelo qual uma pessoa afirma reconhecer a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa (NUCCI, 2009, p. 116).

Nesse sentido, é válido afirmar que se trata do ato processual, formal, no qual alguém deve verificar e confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa que viu no passado (CAPEZ, 2011, p. 434).

O procedimento para a realização do reconhecimento de pessoas e coisas encontra-se definido na legislação processual penal.

#### **2.3.5 Da acareação**

A acareação, segundo Feitoza (2008, p. 660), é definida como o “[...] ato de natureza probatória, no qual duas ou mais pessoas são colocadas frente a frente, para elucidarem pontos controvertidos de suas declarações, quanto a fatos ou circunstâncias relevantes para a solução da causa.”

O objetivo da acareação é que ao colocar frente a frente duas ou mais pessoas que fizeram afirmações distintas em seus depoimentos, referente ao mesmo fato, seja oferecido ao juiz o convencimento sobre a verdade fática, na busca da verdade real, sendo que este ato deve ser reduzido a termo (CAPEZ, 2011, p. 437).

#### **2.3.6 Da prova documental**

Documento resta definido, em sentido amplo, como todo objeto material que contém manifestação de pensamento ou um fato que está sendo reproduzido em juízo (BONFIM, 2011, p. 419).

O documento é conceituado por Nucci (2011, p. 501) como “[...] toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para demonstrar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante.”

Embora o Código de Processo Penal apresente um conceito expresso de documento, como escritos, instrumentos e papéis, a doutrina majoritária amplia este entendimento a qualquer manifestação de vontade comprovada materialmente<sup>1</sup> (BONFIM, 2011, p. 419).

No entanto, com a evolução tecnológica e a substituição estrutural do papel por outros materiais que têm a mesma função original, ampliou-se o conceito de documento, passando-se a considerar como documento os escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CDs, entre outros (NUCCI, 2011, p. 501).

Por fim, para que o documento seja considerado um meio de prova, ele deverá ser juntado aos autos sem fragmentações que possam confundir o seu conteúdo.

### 2.3.7 Da prova indiciária

Segundo o conceito de Aranha (1996, p. 182, grifo do autor), “A palavra indício tem a sua origem etimológica no termo latino *indicium*, que significava o que é apontado, o que é indicado, isto é, aquele que, pelos elementos colhidos, pelas circunstâncias fáticas assinaladas, é o provável autor do fato.”

Trata-se de prova indireta, eis que sendo a única prova nos autos, não tem força probante de fundamentar uma condenação, pois não prescinde de segurança, considera-se somente a indicação de algo (NUCCI, 2011, p. 508).

Quanto ao valor probatório da prova indiciária, conclui-se que este resultará da análise das demais provas existentes no processo juntamente com os indícios. Assim, conforme o princípio da livre convicção do juiz, adotado pelo

---

<sup>1</sup> O Código de Processo Penal em seu artigo 232 determina que “Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.”

Código de Processo Penal, a prova indiciária tem tanto valor quanto as diretas, desde que seja fundada e séria.

### **2.3.8 Da busca e apreensão**

A doutrina diverge quanto ao instituto de busca e apreensão no que se refere à sua classificação como meio de prova ou medida cautelar. Há entendimentos no sentido de que a medida não deveria estar constante no capítulo das provas, pois diversas vezes não objetiva a apreensão de um elemento probatório, mas, sim, é tida como medida cautelar. Contudo, não poderia o referido instituto ser inserido no capítulo das medidas assecuratórias, pois, na maioria das vezes, a busca visa apreender objeto de valor probatório (TOURINHO FILHO, 2010, p. 624).

Assim, tratando-se de medida de natureza cautelar, a realização da busca e apreensão está sujeita aos requisitos de necessidade e plausibilidade da medida, ou seja, que seja utilizada a fim de evitar delitos ou capturar objetos relacionados à determinada infração penal e que haja razões concretas para sua realização (ESTEFAM, 2008, p. 65).

Diante do explanado, afirma-se que a busca e apreensão possui ambas as finalidades, a de evitar o perecimento de coisas ou pessoas e a de prender criminosos ou apreender armas, do que se extrai sua natureza jurídica de medida cautelar de produção de provas, possuindo também, em alguns casos, características de meio de prova.

### **2.3.9 Do depoimento do ofendido**

O ofendido é a vítima, o sujeito passivo da infração penal. A vítima não é equiparada às testemunhas na legislação. Por se tratar do sujeito prejudicado de forma imediata da infração penal, tem interesse pessoal na condenação do réu, e, em razão disso, suas declarações devem ser analisadas com cautela (BONFIM, 2011, p. 402).

Referente à possibilidade do não arrolamento do ofendido pelas partes no processo, Nucci (2011, p. 455) ensina que:

Assim, caso as partes não arrolem a parte ofendida, deve o magistrado determinar, de ofício, a sua inquirição, sob pena de se enfraquecer a colheita da prova. É evidente, no entanto, que, deixando de fazê-lo, não se trata de nulidade absoluta, mas relativa, podendo uma das partes apontar o prejuízo sofrido e invocar a anulação do feito.

À margem, é dever do magistrado realizar a oitiva completa, inclusive do ofendido, quando possível. Contudo, o relato do ofendido será analisado em conjunto com demais provas materiais e pessoais, e a sentença nunca poderá ser proferida justificando-se somente com a palavra do ofendido (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 655).

Acerca do valor a ser aplicado ao depoimento do ofendido, Lopes Júnior (2013, p. 655, grifo do autor) declara que:

O ponto mais problemático é, sem dúvida, o valor probatório da palavra da vítima. Deve-se considerar, inicialmente, que a vítima está contaminada pelo “caso penal”, pois dele faz parte. Isso acarreta interesses (diretos) nos mais diversos sentidos, tanto para beneficiar o acusado (por medo, por exemplo) como também para prejudicar um inocente (vingança, pelos mais diferentes motivos). Para além desse comprometimento material, em termos processuais, a vítima não presta compromisso de dizer a verdade (abrindo-se a porta para que minta impunemente).

É cristalina a justificativa da cautela na análise do depoimento do ofendido, pois, por ele ser diretamente prejudicado pelo fato típico, é evidente que seu interesse pessoal poderá alterar a percepção dos fatos e, conseqüentemente, prejudicar a descrição dos acontecimentos.

Destarte, da eficácia da inquirição depende a possibilidade de condenação do acusado, sobretudo quando, conforme especificado no presente trabalho, a vítima se tratar de menor de idade. Em razão de diversos fatores externos, veri-

fica-se no cotidiano processual a falha na oitiva do ofendido, quiçá pelo modo da abordagem realizada pelo magistrado.

Finalizando, deve-se ressaltar a importância de um depoimento realizado de forma satisfatória para que o processo seja julgado da maneira mais justa possível, destacando-se o papel fundamental do magistrado e a amplitude da maneira como o menor é abordado, para que a inquirição ocorra da forma menos traumática possível.

### 2.3.10 Da prova testemunhal

O termo testemunhar vem do latim *testari*, que significa mostrar, asseverar, manifestar, testificar, confirmar, etc. (ARANHA, 1996, p. 126).

A prova testemunhal é muito relevante no processo penal, visto que a testemunha comparece aos autos apresentando uma versão da narrativa dos fatos a serem analisados pelo magistrado de forma conclusiva. Desse modo, a verificação da autoria depende também do depoimento das testemunhas para que as provas sejam interligadas (FERNANDES, 2012, p. 83).

Nesse ínterim, as características concernentes à prova testemunhal apontadas pela doutrina são: oralidade, com depoimento prestado de forma oral, devendo a testemunha reconstruir a narrativa dos fatos perante o Magistrado; objetividade, a testemunha deve ser clara e não pode fornecer opinião sobre os fatos; e individualidade, ou seja, as testemunhas devem ser inquiridas separadamente e mantidas incomunicáveis quando da audiência (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 668-669).

Ainda, deve-se ressaltar a peculiaridade do depoimento a ser tomado dos menores, sendo aceito como prova; porém, os menores de 14 anos de idade não prestam o compromisso de falar a verdade, sendo meros informantes. Esta diferenciação ocorre em razão da imaturidade moral e psicológica da criança (CAPEZ, 2006, p. 342).

Acerca da validade probatória do testemunho de crianças, Tourinho (2013, p. 609-610) explana que:

O certo é que o depoimento de uma criança não pode ter total desvalia, dependendo o seu valor probatório, sempre e sempre, da coerência que ele tiver com o tema objeto da prova. Já se disse que cada idade tem os seus prazeres, seus costumes, seus hábitos. Não se pode exigir de uma criança a maturidade de um adulto. Pode inventar, pode criar, pode querer transformar-se no centro das atenções, pode fantasiar. Se mentir, não o faz por perversidade, por maldade. Aí, das duas uma: ou foi instruída por alguém ou, então, seu depoimento, se não coincidir com as demais provas colhidas, pode ser fruto da sua imaginação ou do seu total desinteresse por fatos que não integram seu pequeno-grande mundo.

Ainda, é importante ressaltar a diferença entre o método de inquirição atual e o proposto na presente pesquisa. Conforme relatado anteriormente, é grande a probabilidade de a criança cometer equívocos, não de forma consciente ou por maldade, mas, sim, pela pouca experiência de vida ou influência de fatores externos, assim, a presença de um profissional treinado e com conhecimento necessário para analisar a linguagem corporal auxiliaria na distinção da verdade e da fantasia.

Além do objetivo processual da aplicação do depoimento sem dano, por alcançar uma verdade real de forma mais eficaz e justa, também é possível verificar a diminuição do dano sofrido pelo menor, visto que o modo de realização da inquirição abrandaria o trauma pelo envolvimento em tal situação.

Apresenta-se, adiante, a definição do projeto Depoimento sem dano, explanando suas particularidades e benefícios. Ainda, será elaborada uma análise da aplicação concreta deste projeto, por meio de experiências de profissionais que convivem com as dificuldades expostas, objetivando compreender qual é a melhor forma de aprimorar a inquirição atual.

### **3 O DEPOIMENTO SEM DANO**

O crime sexual praticado contra menores, ou que os tenha como testemunha, fere a integridade e a dignidade daquele ser em desenvolvimento. No entanto, é notória a informação de que este tipo de abuso diversas vezes é causado por um familiar ou pessoa na qual a criança tenha confiança.

A Organização Childood informa que, no ano 2014, 25% das denúncias realizadas pelo Disque Denúncia oficial para casos da infância e juventude se tratavam de violência sexual, ficando no quarto lugar do *ranking* geral de denúncias. Em 2015, novamente este gênero de violência ficou em quarta posição, com a porcentagem em 21% das denúncias; esse dado é informado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos (NÚMEROS..., 2016).

O Estatuto da Criança e do Adolescente busca a proteção do menor de forma ampla e eficiente; em seu artigo 4º, responsabiliza não somente a família, mas também a sociedade de modo universal para a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes. Este mesmo compromisso é respaldado pela redação do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Esta proteção é devida pela sociedade para que o ciclo continue, pois a criança de hoje será o adulto de amanhã, e quanto melhores forem sua educação e seu desenvolvimento, mais benéfico será o retorno tido pela sociedade. Nesse sentido, defende Trindade (2014, p. 422) que a natureza dos menores é boa, mas pode ser corrompida pelos atos dos adultos, visto que encontram como solução para o dilema psicológico a reiteração do gesto na sua vida adulta, gerando relacionamentos violentos e a continuação do círculo de comportamento.

Este gênero de violência é algo que acompanha o menor para a vida, e se não for apurado de forma eficaz, o trauma pode ser permanente, alterando todo o futuro daquele ser em desenvolvimento. O Depoimento sem dano busca não somente a efetivação da punibilidade, mas também o tratamento psicológico e a amenização do trauma.

### 3.1 A DESCRIÇÃO DO DEPOIMENTO SEM DANO

O Projeto de Lei n. 4.126, de 2004, de autoria da Deputada Maria do Rosário, do Rio Grande do Sul, busca realizar alterações no Código de Processo Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. O idealizador desta mudança foi

o Magistrado Antônio Daltoé Cezar, e ela possui o intuito de modificar a forma de inquirição dos menores (SOUZA, 2012).

O Rio Grande do Sul foi o primeiro Estado do Brasil a utilizar o método, no ano 2003. Em 2010 a Comissão de Constituição e Justiça aprovou o projeto de lei que segue em análise no Senado Federal (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004).

Ainda, de acordo o Instituto Innovare, este método recebeu a menção honrosa na 3ª edição do Prêmio Innovare, em 2006, o qual destaca projetos e iniciativas que se tornam pioneiras na prática judiciária (INSTITUTO INNOVARE, 2006).

Por intermédio do depoimento sem dano, a escuta do menor seria realizada uma única vez na fase processual e seria gravada para que fosse utilizada quando necessário. Portanto, é cristalino o benefício da utilização do depoimento sem dano, não somente pela amenização do trauma, mas também pela forma de realização deste procedimento, de forma mais célere e primando pela economia processual.

Atualmente, nos métodos aplicados, o menor é chamado para depor diversas vezes, podendo alterar a sua fala conforme se desenvolve e passa a compreender certos conceitos e ações. Esta modificação no entendimento do menor geralmente é prejudicial ao andamento do processo, pois assim como a compreensão do fato típico aumenta o entendimento de ser algo errado e condenado perante a sociedade, também é vivenciada pelo menor, retraindo sua fala ou modificando-a.

Nesta perspectiva, Trindade (2014, p. 427) também explana esta situação:

Outro ponto que dificulta a elucidação do abuso sexual infantil é a mudança nos relatos e nas atitudes da criança. A criança abusada parece ter dois compartimentos mentais: uma espécie de dissociação promove uma divisão entre uma parte que sabe da agressão, que se reconhece como vítima e odeia seu agressor, e outra que tenta negar a realidade para poder sobreviver ao abuso. Isso vulnerabiliza o relato do abuso, pois, em alguns momentos, a criança pode sentir-se segura para confiar e revelar os fatos tal como aconteceram, mas, em outros, ela regride à culpa e sucumbe à insegurança e ao medo de não ser compreendida.

Como solução para esta situação, Nucci apresenta (2012, p. 104):

Em relação a isso, aponta-se, como solução, o denominado depoimento sem dano (DSD), que seria colhido em sala especial, por psicólogo ou assistente social, acompanhado por vídeo, em tempo real, pelo magistrado e pelas partes. As perguntas à criança (ou adolescente) seriam feitas por intermédio de outro profissional, poupando a vítima de exposição pública ou, pelo menos, de estar diante do ambiente austero da sala de audiências.

Além da ausência de repetição dos depoimentos, no método do depoimento sem dano o local da inquirição seria uma sala equipada com sistema audiovisual e preparada para receber menores, com objetos e brinquedos lúdicos, para que a criança ou o adolescente se sintam acolhidos e em segurança.

Outro fator determinante para a eficácia do método é o profissional atuante, visto que o projeto original prevê o acompanhamento do assistente social ou psicólogo; desse modo, os profissionais do direito, bem como as demais partes envolvidas no caso concreto, seriam mantidos em outra sala, sem que o menor tivesse contato ou sequer visse as demais pessoas.

Estas modificações no método, evidentemente, causariam melhoras na produção de prova, não somente no objetivo principal de amenizar o trauma psicológico, mas também para consolidar a prova e, assim, possibilitar a melhor análise do caso, buscando a verdade real para o julgamento do processo.

Em defesa deste novo método, Nucci (2012, p. 105) ainda afirma que “Pode ser um método criativo de contornar o problema, evitando que a criança (ou adolescente) sofra a pressão natural do depoimento formal, em ato processual solene.”

Na prática, a conversa entre o menor e o inquiridor seria gravada e transmitida em tempo real à sala em que se encontram Juiz, acusado, Advogado e Promotor. A sala da gravação, conforme já relatado, seria adequada à imaturidade do menor, possuindo objetos acolhedores e afetos à sua realidade. A forma e a linguagem da tratativa devem ser realizadas buscando a amenização do trauma.

Cezar (2007, p. 61) explana o procedimento a ser adotado com o novo método:

Trata-se de, na ocasião dos depoimentos das crianças e dos adolescentes vítimas de abuso sexual, retirá-las do ambiente formal da sala de audiências e transferi-las para sala especialmente projetada para tal fim, devendo esta estar devidamente ligada, por vídeo e áudio, ao local onde se encontram o Magistrado, Promotor de Justiça, Advogado, réu e serventários da justiça, os quais também podem interagir durante o depoimento.

Não obstante os benefícios já explanados, com o depoimento sem dano a vítima seria acompanhada de forma próxima por profissionais da saúde em busca do tratamento do trauma mesmo após a ocorrência da audiência. Cesar (2007, p. 76) também ilustra o início deste tratamento: “[...] nessa fase, que dura em média trinta minutos, permanece o técnico, após o final da audiência, com a criança/adolescente e sua família e com o sistema de gravação desligado, realizando as devoluções do depoimento.”

Constata-se a eficácia do depoimento sem dano se aplicado conforme define o projeto de lei, pois além da diminuição do trauma ele possibilita maior efetividade na execução penal.

### 3.2 A FINALIDADE DO DEPOIMENTO SEM DANO

As situações abordadas no presente trabalho demonstram a ocorrência de violência física, sexual, verbal e psicológica para com menores que são vítimas ou testemunhas de crimes sexuais. Conforme explanado anteriormente, é possível verificar que a existência de confiança e proximidade entre vítima e agressor é deveras comum, sendo, inclusive, um fator significativo na realização da investigação e encerramento do processo, pois as condições familiares influenciam diretamente nas reações dos inquiridos.

Peres (2009, p. 1) aborda o assunto trauma psicológico com assaz precisão:

O trauma psicológico é resultante de uma situação experimentada, testemunhada ou confrontada pelo indivíduo, na qual houve ameaça à vida ou à integridade física e/ou psicológica de si próprio ou de pessoas a ele ligadas. Assaltos, sequestros, estupros, acidentes naturais, confrontos de guerra, acidentes automobilísticos e perdas de entes queridos são considerados, entre outros, eventos potencialmente traumáticos.

O psicólogo e autor Trindade (2014, p. 424) relata que o trauma advém de um evento violento, podendo ser expresso de diversas formas e sintomas. Ainda, assevera que o tratamento e forma de abordagem poderão influenciar na capacidade de recuperação da vítima, observando-se que o acolhimento da família e de pessoas próximas é responsável pela eficácia em minimizar as consequências do evento traumático.

Trindade (2014, p. 427) ainda apresenta o seu entendimento da audiência de inquirição atual:

A modalidade processual e judiciária, a atmosfera acusatória, formal e persecutória, pode prejudicar a verbalização da criança. Profissionais imponentes frente à realidade ou sedentos de “justiça” também podem influenciar a conduta da criança. Uma ótica setorial e alarmista conduz a resultados poucos confiáveis.

É possível verificar uma análise acerca da efetividade da audiência realizada no método atual, sendo que os diversos fatos já explanados, como atmosfera imprópria, pressão familiar, proximidade com o agressor, influência da idade, medo de se expressar, vergonha do ocorrido e muitos outros afetam a confirmação da violência, bem como dos detalhes, fatores primordiais para haver a condenação dos culpados e absolvição dos inocentes.

No entanto, os profissionais da área da saúde alegam que a realização da inquirição fere a ética profissional a eles atribuída, pois o objetivo principal da audiência é esclarecer o fato para poder concluir sobre a ocorrência ou não do crime.

O Conselho Federal de Psicologia, no ano 2010, publicou a Resolução n. 010, que apresenta em seu item III, inciso 9, a vedação aos psicólogos de realizarem o papel de inquiridor de menores em situação de violência. Após a divulgação da Resolução, também foi publicada uma nota pelo Conselho Federal de Psicologia, que trata sobre o dispositivo do depoimento sem dano e explana a preocupação dos psicólogos no sentido de faltar com a ética ao realizar a inquirição dos menores sem efetivamente atendê-los em busca de um tratamento.

Como segunda hipótese para as Comarcas menores, que não possuem o cargo de psicólogo judicial, é apresentada no Projeto de Lei a possibilidade de a inquirição ser realizada pelo Assistente Social, no entanto, o Conselho Federal de Serviço Social (2009) também se opõe à prática por meio da Resolução n. 554/2009, alegando que o Assistente Social não possui competência profissional suficiente para aplicação do dispositivo, citando a Lei n. 8.662/93, que dispõe sobre a Assistência Social. É válido ressaltar que as referidas Resoluções estão temporariamente suspensas em virtude de decisão judicial.

Ao realizar a separação dos atos em audiência, preservando a proteção ao menor, diversos fatores negativos são anulados e ainda ocorre um início de compreensão e confiança para com o profissional que será responsável pelo acompanhamento e tratamento do menor. Não obstante, o depoimento da vítima ou testemunha é deveras validado, pois ocorre em consonância com o procedimento das provas, sendo gravado em sistema audiovisual e evitando a repetição do encontro em busca de maiores informações.

Nesse sentido, o autor Cesar (2007, p. 62) analisa que a aplicação do depoimento sem dano é suficiente para legitimar os três objetivos principais do Projeto de Lei, sendo eles: a redução do dano, fator que fora taxativamente comprovado; a garantia dos direitos do menor, não somente mantendo sua proteção à saúde psicológica, mas também o valorizando como pessoa e validando o seu depoimento; e a melhoria na produção da prova, que garante a possibilidade de punibilidade ao agressor.

A busca pela amenização do trauma justifica o ingresso do assistente social ou psicólogo no ambiente judicial, pois em prol da saúde do menor o

magistrado é despedido do direito de inquirição, e este é outorgado ao profissional especializado no contato com crianças e adolescentes. É incontestável que a intenção do magistrado na realização da audiência com o método atual não é de comover ou abalar a vítima ou testemunha, no entanto, a falta de conhecimento e experiência pode provocar situações conflitantes e que corroboram o trauma já vivenciado.

Destarte, também a análise dos sinais emitidos pelo menor é mais absoluta se realizada por profissionais com conhecimento suficiente para compreendê-los, pois o silêncio ou mesmo a negação podem ser indícios de outras formas de violência, como a psicológica. Em virtude dos vários fatores já relacionados é possível que o depoimento aplicado com o método atual não possua resultados satisfatórios, produzindo provas contrárias à existência do crime ou insuficientes para a condenação.

Trindade (2014, p. 246) faz um relato sobre este tema.

Para os profissionais do direito, que têm a missão de julgar, pode ficar a dúvida na interpretação dos sinais percebidos – as provas – e se eles são realmente indicadores de abuso. A questão, de fato, é complexa e envolve segredos e violações. Na produção de prova, que dificilmente é material, torna-se claro que o recurso ao uso da avaliação psicológica é fundamental, pois ela viabiliza um conhecimento mais abrangente da violência e de suas repercussões na criança.

Como melhoria da utilização da avaliação psicológica, sugere-se a aplicação do depoimento sem dano, que une dois atos necessários ao processo e violadores ao menor, pois em ambos sua presença é essencial. A realização da avaliação psicológica em audiência economiza um ato processual e permite a diminuição do trauma.

Por fim, vislumbra-se que o trauma psicológico sofrido pelo menor, após ser vítima ou presenciar o abuso sexual, reitera-se e é vivenciado novamente em cada depoimento, sendo obrigado ao menor a encarar o seu opressor com a separação de uma mesa de audiência. Busca-se, principalmente, o direito à dig-

nidade, que é garantido constitucionalmente a todos no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Já foram amplamente demonstradas as vantagens do depoimento sem dano em detrimento do método de inquirição atual, no entanto é necessária uma modificação radical no sistema judiciário e público para que tais atitudes possuam efetivo resultado.

É fundamental que ambas as categorias profissionais se conciliem em busca da efetivação de um método que objetiva o melhor tratamento e atendimento dos menores do Brasil. Para que o projeto se concretize, é necessário um desprendimento de diversos órgãos públicos e da organização dos profissionais que hoje atuam nessas situações, com o objetivo de aprendizado e aquisição de experiência.

### 3.3 A APLICAÇÃO DO DEPOIMENTO SEM DANO

É necessário encarar o menor como vítima e não somente como um detentor de informação. Nesse sentido, o Projeto de Lei direciona a realização da inquirição para profissionais especializados no trato com menores, ou seja, psicólogos ou assistentes sociais, os quais, com toda a orientação do Magistrado, realizariam as perguntas necessárias, de forma amena, em busca da verdade real no processo.

O Magistrado Cezar (2007, p. 67-68) explana a importância da multidisciplinaridade no processo:

Para que os objetivos do projeto sejam alcançados com maior facilidade, importante é que o técnico entrevistador – assistente social ou psicólogo – facilite o depoimento da criança. Para isso, é desejável que possua habilidade em ouvir, demonstre paciência, empatia, disposição para o acolhimento, assim como capacidade de deixar o depoente à vontade durante a audiência. Importante ainda que, para que o depoimento seja realizado com sucesso, tanto para o bem-estar do depoente como para a qualidade de prova produzida, o técnico possua conhecimento teórico relativo à dinâmica do abuso, preferencialmente com experiência em perícias, assim como possua um pensamento hábil e articulado que permita a fácil compreensão e interação de todos que estão a participar do ato judicial.

No entanto, o que ocorre na prática é uma negativa de ambos os profissionais, magistrados e psicólogos ou assistentes sociais, em realizar este método, com diversas justificativas. Desse modo, o principal prejudicado na manutenção do método atual de inquirição é o menor, que além de sofrer a retraumatização com a sua oitiva, não recebe o devido tratamento psicológico.

### 3.3.1 Análise de entrevista

Atualmente existem poucas salas de depoimento sem dano no País, e na subseção seguinte serão apresentados decisões e julgados que tratam deste assunto. No entanto, em busca de experiência local foi realizada entrevista oficial com o Dr. Rubens Ribeiro da Silva Neto, que, na data da realização da entrevista, atuava como Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Capinzal, SC, e possui experiência com a realização das audiências que versam sobre crimes sexuais.

Realizando-se uma análise das respostas efetuadas pelo magistrado, é possível verificar que ele busca, da melhor forma possível, amenizar o trauma infantil com a realização da audiência de inquirição, no entanto, por não possuir conhecimento técnico de análise infantil, não pôde afirmar se ocorre a retraumatização ou não.

Fora explanado pelo Magistrado que o procedimento atual diverge do descrito em lei, pois a busca de tornar a audiência casual ocorre para que o menor não se sinta tão constrangido em tais situações. Ainda, o que seria exceção do dispositivo legal, como a retirada do Réu da sala de audiência, torna-se a regra nestes casos.

Além disso, fora relatado que geralmente ocorre o acompanhamento do ato por uma funcionária do fórum, principalmente quando as vítimas são muito jovens ou o agressor é parente direto da vítima, pois nestes casos a presença do representante legal, que seria também um parente próximo, poderia inibir o menor em seu depoimento.

No entanto, este assistente não possui responsabilidade ou função direta na audiência, ele é chamado principalmente para tranquilizar o menor e garantir a assistência de um adulto, pois, por vezes, a família precisa ser impedida de se fazer presente pelo motivo já explanado.

Ademais, o Dr. Rubens também relatou que realiza um atendimento prévio com o menor, em busca de proximidade e empatia, para que a audiência decorra de forma menos perturbada e que o menor sinta confiança na justiça.

Também fora relatada a percepção do Magistrado acerca das audiências que são infrutíferas em razão de o menor não conseguir realizar o depoimento de forma satisfatória, pois ele afirma que não é o local de inquirição que o prejudica, mas os fatores externos ligados à vivência da criança, ou mesmo o próprio crime cometido.

De modo a esclarecer, o Magistrado também explanou que o laudo psicológico apresentado pelo assistente técnico também é de suma importância no julgamento final, e deixou claro que mesmo o depoimento sendo realizado na sua presença, como ocorre hoje, nenhuma prova pode ser analisada de forma absoluta para que se decida em desconformidade com as outras produções comprobatórias e o relato fático. Ou seja, o depoimento sem dano, da mesma forma que o laudo e o depoimento de hoje, não poderia ser embasamento único para condenação ou absolvição, mas com certeza agregaria valor ao convencimento.

Como observações finais, o Magistrado acentua que de sua parte, hoje, não abre mão de ter contato direto com o menor, pois pensa ser necessário, para que o processo seja julgado de forma mais humana, o contato pessoal com as provas e partes envolvidas. No entanto, assume que seria interessante haver maior exploração da multidisciplinaridade no procedimento, pois é inexequível obrigar todos os magistrados que atuam nesta área a ter o conhecimento necessário para fazer análises psicológicas do comportamento do menor.

Ainda, explana que o juiz deve obrigatoriamente ser imparcial em seu julgamento e nunca esquecer de que do mesmo modo que há uma criança, possível vítima ou testemunha de crime sexual, sentada no banco para ser ouvida, do outro lado tem um cidadão que deve ser julgado da forma mais célere e justa possível, e é responsabilidade do Magistrado atribuir culpa ou absolvição ao réu.

Como comprometimento com a justiça e a verdade, o Dr. Rubens concorda que a técnica atual deve ser melhorada de forma a evitar os conflitos vivenciados atualmente, no entanto não teve contato com o depoimento sem dano para

divulgar opinião sobre ele. O Magistrado acredita que com mais conhecimento e tolerância por parte da equipe técnica do poder judiciário é possível realizar uma evolução na prática a fim de facilitar a busca pela verdade real e de diminuir o trauma sofrido pelo menor.

### 3.3.2 Análise jurisprudencial

Com o intuito de demonstrar a aplicação do depoimento sem dano, objetiva-se nesta subseção realizar um acervo de decisões que autorizam, ou utilizam como base para o julgamento, audiências realizadas por meio do método do depoimento sem dano.

Neste íterim, na data de 04 de novembro de 2014, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal corroborou a utilização do depoimento sem dano ao receber e prover o Recurso Ordinário de Habeas Corpus, n. 121494, com origem no Estado do Rio Grande do Sul, que objetivava a produção antecipada de prova com a inquirição de duas vítimas, crianças de 08 e 10 anos, mediante o método explanado no presente trabalho (BRASIL, 2014).

Apesar de o assunto principal do referido Habeas Corpus ser a possibilidade ou não da realização da prova de forma antecipada, a importância do depoimento sem dano é evidenciada na declaração do Ministro Celso de Mello: “[...] a técnica do depoimento sem dano tem um propósito único: evitar a revitimização da criança e do adolescente.” (BRASIL, 2014).

Esse entendimento também pode ser verificado no acórdão do Agravo de Instrumento n. 70064082704, prolatado pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com o relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, conforme segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO CONJUNTO COM O AI Nº. 70064082704. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. RESTRIÇÃO DAS VISITAS EM FACE DA SUPOSTA OCORRÊNCIA DE ABUSO SEXUAL PRATICADO CONTRA O INFANTE NO PERÍODO DE VISITAÇÃO. REALIZAÇÃO DE

DEPOIMENTO SEM DANO. APURAÇÃO DE QUE O INFANTE NÃO APRESENTA RESISTÊNCIA PESSOAL EM RELAÇÃO AO CONVÍVIO COM O GENITOR. PRETENSÃO DO GENITOR DE AMPLIAÇÃO DAS VISITAS. CABIMENTO, EM MENOR EXTENSÃO DO QUE A POSTULADA. REALIZAÇÃO DE ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO PELO INFANTE E PELA GENTORA. TEMÁTICA NÃO EXAMINADA NA ORIGEM [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Ainda, outros Tribunais exaltam tal prática como modo de amenização do trauma, conforme é possível averiguar no Recurso Ordinário de Habeas Corpus n. 45589 MT 2014/0041101-2, prolatado pela Quinta Turma do Estado do Mato Grosso, com o relator Gurgel de Faria, conforme segue:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. *OITIVA DA VÍTIMA MEDIANTE “DEPOIMENTO SEM DANO”*. CONCORDÂNCIA DA DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. [...] 5. No caso, além do depoimento da vítima, o magistrado sentenciante, no decreto condenatório, considerou o teor dos testemunhos colhidos em juízo e o relatório de avaliação da menor realizado pelo Conselho Municipal para formar seu convencimento. 6. Recurso ordinário desprovido. (MATO GROSSO, 2015, grifo nosso).

Verifica-se no trecho do julgado que se elenca a seguir, Correição Parcial n. 70039902689, prolatado na Sexta Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com o Desembargador João Batista Marques como relator, a aplicação do mesmo entendimento:

CORREIÇÃO PARCIAL. PROCEDIMENTO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. DECISÃO EXTINTIVA. *MEDIDA QUE SE REVELA URGENTE E RELEVANTE. NECESSIDADE DA OITIVA ATRAVÉS DO MÉTODO DE DEPOIMENTO SEM DANO. DIREITO DE PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE QUE DEVE SER ASSEGURADO*. Correição parcial deferida, por maioria. (RIO GRANDE DO SUL, 2011, grifo nosso).

No entanto, apesar de tal técnica estar sendo aplicada em diversas Comarcas do Brasil, no Estado de Santa Catarina a prática ainda não fora utilizada, onde a atividade mais similar ao depoimento sem dano é realizada em delegacias com atendimento especializado às mulheres e aos menores.

Assim, é possível verificar este tópico na Apelação Criminal n. 0809129-48.2014.8.24.0038, analisada em Joinville, com o relator Volnei Celso Tomazini, conforme segue:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL COMETIDO NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO PELO TIO (ART. 217-A C/C ART. 226, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. MÉRITO. RÉU QUE TERIA PRATICADO ATOS LIBIDINOSOS COM A SOBRINHA. *EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÕES NOS DEPOIMENTOS PRESTADOS*. LAUDO PERICIAL COMPROVANDO A AUSÊNCIA DE RUPTURA HIMENAL E AUSÊNCIA DE LESÕES NO CORPO DA MENOR. PROVA PRODUZIDA NA ESFERA POLICIAL NÃO CORROBORADA EM JUÍZO (ART. 155 DO CPP). *ELEMENTOS PROBATÓRIOS INSUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO*. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (SANTA CATARINA, 2016, grifo nosso).

Constata-se que a motivação da absolvição fora a divergência dos diversos depoimentos que são realizados pelo menor em investigações desse gênero. É possível verificar por meio das datas que o processo demorou anos para ser concluído, o que pressupõe o aumento da idade do menor e as modificações que ele sofreu naturalmente física e psicologicamente.

Ainda, a ausência de provas leva à absolvição in dubio pro reo, fato que poderia ser evitado com a coleta do depoimento inicial por intermédio do método proposto, pois ele seria realizado uma vez e mantido arquivado para que fosse consultado ao longo do processo, evitando novas audiências com o menor. A sentença, sendo condenatória ou absolutória, seria melhor embasada e estaria

mais próxima da verdade real que é buscada pelo magistrado nas resoluções dos casos concretos.

Como exemplo da aplicação deste procedimento cita-se a iniciativa da Delegacia de Polícia Civil da Comarca de Herval d'Oeste, Santa Catarina, ao implementar uma sala especial para o atendimento psicológico de menores utilizada para sua oitiva realizada durante o inquérito policial. Tal informação fora veiculada pela mídia local, sendo relevante asseverar que o primeiro atendimento nos casos de denúncia dos crimes sexuais é crucial para a realização do tratamento e amenização do trauma (LUIZ, 2016).

A sala fora completamente reformada e mobiliada de acordo o método, buscando atender à necessidade dos menores de estarem em um local divertido e alegre. Ela é utilizada pela psicóloga da delegacia para atendimentos de casos de violência infantil e doméstica e demonstra o início da conscientização sobre a importância do tratamento fornecido às vítimas e do atendimento eficaz e correto nesses casos específicos.

### **3.3.3 Apreciação das informações em prol de uma aplicação concreta**

Com os vários julgados e doutrinas expostos e completados pela entrevista realizada com o Juiz de Direito Dr. Rubens Ribeiro da Silva Neto a respeito do tema do presente trabalho, foi possível verificar os diversos pontos negativos da coleta probatória realizada atualmente.

Múltiplas são as influências sofridas pelo menor até que o processo se finde com a decisão absolutória ou condenatória. Com a atual prática o menor tem de reiterar o seu depoimento em muitas etapas e para pessoas diferentes em cada uma delas. Inicialmente realizado na delegacia após a comunicação do crime, o depoimento deve ser repetido para o Ministério Público e, então, ao Magistrado, ocasião que também pode ser repetida até que o entendimento do juiz seja pleno para julgamento.

Além da alteração da idade, a vítima ou testemunha também sofre pressão familiar, conforme já comprovado no decorrer do trabalho, visto que na maio-

ria dos casos de violência sexual contra menores o agressor possui contato direto com a família, podendo, inclusive, integrar o núcleo familiar. Desse modo, os entes mais próximos do menor o aconselham a mentir em depoimento para que o crime seja desqualificado e o acusado seja absolvido. As influências externas são deveras prejudiciais durante o depoimento, pois o menor está acompanhado do representante legal que, por vezes, tem a função de inibidor da verdade.

É necessário mencionar que o projeto em questão não busca somente benefícios para as vítimas, relembrando sempre a existência de um ser humano como outra parte do processo e que a função do magistrado é colacionar as provas em busca da verdade real, seja ela em prol do menor ou do acusado, sem que este seja absolvido por falta de provas.

Concluindo, é importante destacar que, apesar da proposta desse novo método com adaptações dos procedimentos realizados atualmente, é necessário que os profissionais envolvidos realizem uma reflexão para que, mesmo que mantenham a inquirição do modo atual, mesclem ideias e atuem nas audiências de inquirição de forma mais flexível e menos direta, em busca de um melhor tratamento ao menor e de uma evolução adequada do ato processual, afinal, o ciclo precisa ser quebrado e o Poder Judiciário brasileiro necessita que o direito processual penal avance em suas técnicas.

#### **4 CONCLUSÃO**

No presente trabalho acadêmico abordou-se como tema principal a aplicabilidade do depoimento sem dano no Estado de Santa Catarina.

Estudou-se o conceito de prova no processo penal brasileiro, que se trata do conjunto de atos realizados pelas partes, terceiros e, em alguns casos, pelo juiz, na busca da verdade material acerca da existência ou inexistência de um fato e da falsidade ou veracidade de uma afirmação.

Também foi analisado o método inovador denominado depoimento sem dano, realizando uma explanação específica do seu procedimento e das principais diferenças para com a prática utilizada atualmente, visto que, em resumo, a

nova aplicação sugere um espaço físico específico para que o menor seja acolhido, equipado com sistema audiovisual, para que a prova seja validada, e com objetos infantis, buscando a proximidade com a vítima/testemunha.

Além disso, foi tratado a respeito da finalidade do depoimento sem dano, a qual é confundida e utilizada como escusa para sua não utilização, pois a finalidade da concretização da prova em prol do aprimoramento da culpabilidade se confunde com o objetivo de diminuição do trauma infantil e tratamento do menor envolvido no caso real.

De forma a explicar todas as problemáticas deste tema também foram apresentadas as decisões dos Conselhos Nacionais de Psicologia e de Assistência Social, que são expressamente contra a participação desses profissionais no depoimento sem dano, alegando que a falta de tratamento e o objetivo de inquirir ferem a ética de suas profissões.

Este é o principal ponto conflitante que impede a execução do projeto, pois o depoimento sem dano seria pleno com o apoio da equipe multidisciplinar. Atualmente os fóruns estão equipados com sistema audiovisual, e a atualização do processo físico para digital facilita a realização da nova prática; no entanto, além da tecnologia, a preparação dos responsáveis por executarem tal método é de suma importância, pois ele também se utiliza de ferramentas que analisam o comportamento humano em busca da definição da verdade.

Diante de todo o exposto, em que pese a não aplicação do método e a negativa de alguns profissionais a participarem dessa prática, são perceptíveis os benefícios dessa modificação, pois, além de acolher e compreender o menor neste momento traumático, traria celeridade ao processo e avanço na culpabilidade do acusado em virtude da verdade real corroborada pela verdade material obtida com os depoimentos.

É necessário esclarecer aos profissionais envolvidos que apesar de se tratar de um ato inquisitorial, o auxílio do especialista no comportamento humano seria de grande valia, principalmente para o início de um tratamento e em prol da saúde psicológica do menor, rememorando que na própria audiência é possível

iniciar um atendimento clínico, tendo previsão inclusive no procedimento do método, em que, após o encerramento do ato processual o profissional especializado, realiza um aconselhamento com a vítima e sua família.

No entanto, para que o método fosse elaborado conforme seu lúdico projeto, todo fórum deveria ter à disposição um profissional da saúde que possa, além de participar dessas audiências, continuar com os atendimentos clínicos desses menores e também dos acusados, pois somente dessa forma o ciclo gerado pela violência seria finalmente combatido.

Atualmente, os menores que participam de tais audiências não deixam de ser números e instrumentos probatórios, e realmente a justiça possui seu foco principal em encerrar o processo, e não em realizar tratamento eficaz com nenhuma das partes envolvidas, mantendo, desse modo, os índices de violência infantil imutáveis. A realização de campanhas em prol da denúncia é anulada pela falta de zelo que os menores sofrem com os procedimentos judiciais aplicados no Brasil.

Por fim, entende-se, ainda, que a possibilidade de evoluir exista e é palpável, no entanto o comodismo faz com que a sociedade ignore os fatos e mantenha os mesmos modos e objetivos. É óbvia a necessidade de mudança quanto à garantia dos direitos fundamentais ao menor e do aprimoramento do processo penal, para tanto, o conflito de profissões deve ter um fim, e então o foco será de fato o caso concreto e a solução dos problemas sociais que atualmente assolam o judiciário brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da prova no processo penal*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAÚJO, Cláudia. O Sistema único de saúde e o enfrentamento ao abuso e violência sexual cometidos contra crianças e adolescentes. *Rede Mobilizadores*, 13 out. 2010. Disponível em: <<http://www.mobilizadores.org.br/textos/o-sistema-unico-de-saude-e-o-enfrentamento-ao-abuso-e-violencia-sexual-cometidos-contra-criancas-e-adolescentes/?eixo=>>. Acesso em: 02 maio 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 02 maio 2016.

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/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

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/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 10 maio 2016.

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, 16 de jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 05 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.662, de 07 de julho de 1993. Dispõe sobre a profissão de Assistente Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 de jun. de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8662.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8662.htm)>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria especial de Direitos Humanos. *DISQUE 100*: Quatro mil denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes foram registradas no primeiro trimestre de 2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2015/maio/disque-100-quatro-mil-denuncias-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-foram-registradas-no-primeiro-trimestre-de-2015>>. Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. Habeas Corpus n. 121494. Impetrante: Samuel Santos Maria. Impetrado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 04 nov. 2014. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28121494%2E%2E+OU+121494%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zh5c5uk>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 4126/2004*. Acrescenta o art. 161-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - para prever regras especiais quanto à realização de laudo pericial e psicossocial nos crimes contra a liberdade sexual de criança ou adolescente. 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26429>>. Acesso em: 13 out. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento sem Dano: Uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. CFP se posiciona em relação ao dispositivo denominado “Depoimento Sem Dano”. *Psicologia e comunicação online*, 05 nov. 2010. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/cfp-se-posiciona-em-relao-ao-dispositivo-denominado-depoimento-sem-dano/>>. Acesso em: 14 set. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. *Resolução n. 554*, de 15 de outubro de 2009. Dispõe sobre o não reconhecimento da inquirição das vítimas crianças e adolescentes no processo judicial, sob a Metodologia do Depoimento Sem Dano/DSD, como sendo atribuição ou competência do profissional assistente social. 2009. Disponível em: <[http://www.cfess.org.br/js/library/pdfjs/web/viewer.html?pdf=/arquivos/Resolucao\\_CFESS\\_554-2009.pdf](http://www.cfess.org.br/js/library/pdfjs/web/viewer.html?pdf=/arquivos/Resolucao_CFESS_554-2009.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Resolução n. 010/2010*. Institui a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção. Brasília, DF, 29 jun. 2010. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/legislacao/resolucoes-do-cfp/?palavra=&ano=2010&numero=&categoria=>>>. Acesso em: 14 set. 2016.

ESTEFAM, André. *Provas e Procedimentos no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2008.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Hebe Signorini. *Psicologia Jurídica no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

INSTITUTO INNOVARE. *Projeto Depoimento sem Dano – Atualização do 1º Prêmio*. 2006. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/projeto-depoimento-sem-dano-atualizacao-do-1o-premio-2069>>. Acesso em: 14 set. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LUIZ, Éder. Delegacia de Herval d'Oeste já conta com sala para atendimentos psicológicos. *EderLuiz.com.vc*, 03 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.ederluiz.com.vc/delegacia-de-herval-doeste-ja-conta-com-sala-para-atendimentos-psicologicos/>>. Acesso em: 19 set. 2016.

MATO GROSSO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. RHC: 45589 MT 2014/0041101-2. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Julgamento em 24 fev. 2015. Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma. *Diário de Justiça eletrônico*, 03 mar. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NÚMEROS da causa. *Childhood, pela proteção da criança*. Disponível em: <<http://www.childhood.org.br/numeros-da-causa>>. Acesso em: 13 out. 2016.

PERES, Julio. *O Que a Psicologia, a Neurociência e a Espiritualidade Ensinam*. São Paulo: Roca, 2009.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. AI: 70063981500 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgamento em 07 maio 2015. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. *Diário Oficial de Justiça*, 13 maio 2015.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Correição Parcial n. 70039902689. Relator: João Batista Marques Tovo. Órgão Julgador: Sexta Câmara Criminal. *Diário da Justiça*, 14 jan. 2011.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação n. 0809129-48.2014.8.24.0038. Julgamento em 30 ago. 2016. Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini. *Diário de Justiça*, 31 ago. 2016.

SOUZA, Meirelene Martins Araújo de. A importância do “depoimento sem dano” na produção de provas nos crimes praticados contra crianças e adolescentes. *Web artigos*, 11 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-importancia-do-depoimento-sem-dano-na-producao-de-provas-nos-crimes-praticados-contra-criancas-e-adolescentes/92325/>>. Acesso em: 14 set. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TRINDADE, Jorge. *Processo Penal*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

# A ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO EMPRESARIAL

Sarah Christina Brugger\*  
Magda Cristiane Detsch da Silva\*\*

**Resumo:** No presente trabalho se propôs estudar a arbitragem como uma forma eficaz de solução de conflitos em âmbito empresarial. Apresentam-se as disposições acerca da conceitualização do referido instituto, bem como seus objetivos, como um introito ao assunto, bem como discorre-se sobre a convenção de arbitragem no direito brasileiro. E também as vantagens de sua aplicação, tanto nas sociedades limitadas como nas sociedades de capital aberto. Destaca-se da mesma forma, o papel do advogado nas relações arbitrais empresariais. Por fim, busca-se, de forma objetiva, demonstrar a aplicabilidade da arbitragem como uma forma de resolver os conflitos existentes no ramo empresarial, a fim de manter as relações negociais existentes e minimizando a litigiosidade das relações.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Método de solução de conflitos. Empresarial.

## 1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é instituto alternativo de solução de conflitos que existe desde os primórdios da humanidade, com as suas primeiras organizações sociais. O juízo arbitral é quase tão antigo quanto os primeiros conflitos sociais, surgindo e se desenvolvendo mesmo antes da criação de ordenamentos jurídicos.

Ela tem como objetivo o descongestionamento do Poder Judiciário, que atualmente se encontra moroso, acarretando altos gastos e prejuízos à população.

Para que se possa submeter um litígio ao juízo arbitral, é necessário que, por conviência de ambas as partes, se estabeleça um compromisso arbitral, no caso do conflito já instaurado, ou ainda a previsão de uma cláusula arbitral em um contrato, para que as futuras discussões sejam decididas por meio da arbitragem.

---

\* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; sarahbrugger@outlook.com

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

Nesse sentido, objetiva-se averiguar se a arbitragem pode ser utilizada como uma alternativa à solução de conflitos empresariais. Diante disso, se discorrerá sobre a aplicação da arbitragem no direito empresarial interno, destacando sua utilização nas relações comerciais empresariais internacionais, bem como em outros âmbitos que envolvem as pessoas jurídicas, principalmente em razão das aceleradas trocas comerciais e da globalização.

Observar-se-á que todas as características da arbitragem se revelam benéficas para as empresas, podendo até mesmo haver cláusulas compromissórias nos próprios contratos ou estatutos, tanto para sociedades empresárias quando para sociedades anônimas, inclusive com previsão legal acerca do tema. Nessas relações surge o papel do advogado, que pode atuar tanto para as partes quanto para o órgão arbitral ou, ainda, figurar como árbitro, possuindo função primordial para a garantia da segurança jurídica das decisões de arbitragem.

## **2 A ARBITRAGEM COMO UM MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Nesta oportunidade busca-se abordar o conceito e os objetivos do instituto da arbitragem no direito brasileiro. Tais questões mostram-se de suma importância para elucidação do tema aplicado ao direito empresarial e a solução de controvérsias neste ramo jurídico.

Destaca-se que tais questões não serão discutidas a ponto de esgotar suas abordagens, busca-se uma avaliação em linhas gerais da matéria para uma maior elucidação da arbitragem no direito brasileiro, principalmente para uma posterior análise focada ao ramo empresarial.

### **2.1 DO CONCEITO DE ARBITRAGEM**

A arbitragem pode ser definida como uma técnica extrajudicial de solução de conflitos tanto de pessoas físicas quanto jurídicas e de direitos disponíveis, feita por um ou mais árbitros (GARCEZ, 2004, p. 71).

A arbitragem pode ser considerada um equivalente jurisdicional, reconhecendo-se aos árbitros semelhança na forma de julgamento do método estatal de composição de lides, haja vista que, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, somente o Estado pode exercer a função jurisdicional (CARMELUTTI, 1989 apud CARMONA, 2006, p. 52).

A arbitragem caracteriza-se por um meio heterocompositivo de solução das controvérsias, pois há a imposição de uma decisão arbitral por intermédio de terceiro, que torna esta solução privada um meio alternativo, tendo-se por base o processo estatal. Ao contrário da conciliação e da mediação, meios estes autocompositivos, em que não há decisão imposta pelo terceiro, o qual somente intermedia a solução do conflito limitando-se a meras sugestões (CARMONA, 2006, p. 51-52).

Sobre a intervenção do Poder Judiciário na arbitragem, Carmona (2006, p. 53) coloca que este somente intervém na arbitragem quando houver o descumprimento de alguma decisão dada pelo árbitro.

Diante de tais considerações, pode-se verificar que a arbitragem é um meio alternativo ao estatal na solução de conflitos entre pessoas físicas ou jurídicas, em que há a solução privada de tais questões, mediante um terceiro estranho à lide, o árbitro, que é nomeado pelas partes.

## 2.2 DO OBJETIVO DA ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

Atualmente, verifica-se de forma cediça a crise existente no sistema judiciário brasileiro, com o notável aumento de demanda de lides judiciais e a redução de seu percentual de soluções. Sobre tal questão, Cahali (2013, p. 23) assevera: “É sabida, por experiência ou conhecimento, a crise em nosso sistema judiciário, decorrente, em boa parte, da morosidade com que tramitam os processos, mesmo constatado o seu elevado custo.”

Conforme dados atualizados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, entre 01 de janeiro e 15 de agosto de 2015 foram ajuizadas 591.354 novas ações,

enquanto, neste mesmo período, foram julgados 499.724 processos, contabilizando as duas instâncias do Poder Judiciário Catarinense (PODER JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA, 2015).

Verifica-se que além da grande demanda, também há de se destacar os custos que geram a tramitação dos processos para a máquina pública.

No que se refere ao congestionamento e aos gastos do Poder Judiciário, Cahali (2013, p. 23) informa:

Pesquisas recentes promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram, por exemplo, uma “Taxa de Congestionamento” de 71%<sup>1</sup> ainda, registram a estimativa do valor médio de cada processo na Justiça Comum é de R\$ 1.848,00 por processo julgado, mas pode chegar a R\$ 6.839,00 (no Amapá e em São Paulo o custo médio é R\$ 1.126,00).

Assim, o impacto desse congestionamento do sistema estatal de solução de conflitos é sentido por toda a sociedade (CAHALI, 2013, p. 23).

Diante de tais situações, a arbitragem é um método alternativo de resolução de controvérsias, conforme já explanado, que tem como principal objetivo o desafogamento do Poder Judiciário brasileiro, principalmente por suas características de celeridade, economia, maior conhecimento de questões técnicas e segurança.

No que tange ao objetivo da arbitragem, Carmona (2006, p. 53) leciona que “[...] o objetivo da primeira é a obtenção de uma solução imposta por um terceiro imparcial [...]” Este terceiro não se encontra vinculado ao Estado, conforme Cahali (2013, p. 27), “[...] a arbitragem se mostra como instrumento extremamente pragmático, no sentido de realizar o Direito para a solução das controvérsias de forma célere, eficaz, reservada e, porque não dizer, extremamente técnica e até com custos finais atraentes.”

Assim, objetiva a arbitragem ser uma solução alternativa de conflitos, tendo como parâmetro a jurisdição estatal, aplicando-se o direito material e pro-

---

<sup>1</sup> “De cada grupo de 100 processos em tramitação, 71 terminaram o ano de 2009 sem solução, conforme demonstrado no relatório ‘Justiça em Números’ de setembro de 2010 [...]” (CAHALI, 2013, p. 23).

cessual, bem como os princípios gerais da Constituição Federal, mostrando-se como uma alternativa à justiça estatal (CAHALI, 2013, p. 85) como forma de descongestionamento do Poder Judiciário brasileiro, tornando a solução de conflitos privados e de questões patrimoniais mais célere, econômica, técnica, especializada e segura.

### 2.3 DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

A arbitragem tem como sua matriz a convenção arbitral, um método utilizado pelas partes para manifestar sua vontade na escolha da jurisdição arbitral (CAHALI, 2013, p. 119).

No direito brasileiro, verifica-se que a convenção de arbitragem representa o gênero do qual há duas espécies, como relata Cahali (2013, p. 119): “Em nossa legislação há expressa referência à convenção como o gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (art. 3.º da Lei 9.307/1996).”

Tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral têm caráter de afastar a jurisdição estatal e atrair a arbitragem como método de solução do conflito. Nesse sentido, Cahali (2013, p. 119-120) relata acerca do conceito da cláusula compromissória e do compromisso arbitral:

A cláusula compromissória é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela arbitragem. Tem caráter preventivo, na medida em que as partes estão na expectativa de contratar e honrar seus compromissos contratuais, porém desde então deixam previsto que eventual conflito decorrente do contrato deverá ser resolvido por arbitragem, não pelo Judiciário. [...] Já o compromisso arbitral é o instrumento firmado pelas partes por meio do qual diante de um conflito manifesto, já deflagrado entre os envolvidos, faz-se a opção por direcionar ao juízo arbitral a jurisdição para solucionar a questão.

Sobre as diferenças entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, Cahali (2013, p. 120, grifo nosso) narra:

São, pois, dois momentos distintos, com circunstâncias e características próprias. Enquanto a *previsão da cláusula compromissória se faz em contrato*, ou em documento próprio a ele reportado, cujo cumprimento se espera das partes, *no compromisso o litígio já está presente*, e diante dele as partes resolvem buscar a solução arbitral para preservar os direitos que entender lesados. *A cláusula pressupõe o vínculo contratual. Já o compromisso pode referir-se à relação conflituosa com origem em negócio ou em fato jurídico, sem ter sido necessariamente cogitada a arbitragem previamente ao nascimento do conflito.*

Nesse sentido, resta claro que apesar de o legislador prever a cláusula e o compromisso em um mesmo momento na legislação, estes se tratam de institutos diferenciados e aplicados em situações e momentos distintos.

Assim, não há dúvidas de que a existência de convenção de arbitragem, seja uma cláusula compromissória seja um compromisso arbitral, afasta a jurisdição estatal para julgamento do mérito da controvérsia.

Atinente aos efeitos que a previsão contratual de uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral possui, informa Carmona (2006, p. 89, grifo nosso):

É preciso reconhecer, de qualquer modo, que a cláusula compromissória não pode mais ser qualificada como mero pré-contrato, na medida em que ela não consubstancia mais uma promessa de celebrar compromisso, mas sim uma promessa de instituir juízo arbitral. E o compromisso também tem esta característica – qual seja, promessa de instituir juízo arbitral – pois somente com a aceitação do árbitro é que se tem por instaurada a instância arbitral. Uma e outra, portanto, *produzem o mesmo efeito de retirar do juiz estatal a competência para conhecer de um determinado litígio, dando margem à solução arbitral do litígio.*

Cumprido destacar que, para a convenção arbitral ter validade e, por conseguinte atrair o juízo de arbitragem para a solução do litígio, é necessário o preenchimento de certos requisitos, assim como expõe Muniz (2006, p. 86):

Sua validade, por sua natureza contratual, depende do preenchimento dos requisitos essenciais aos contratos, res-

peitadas as especificidades relativas a ela, tais como a capacidade das partes, livre manifestação de vontade que, na arbitragem, deve ser expressa, objeto lícito (necessariamente o objeto do litígio deve ser direito disponível e transacionável) e forma não defesa ou prescrita em lei a qual exige seja firmada a convenção por escrito.

Diante do exposto, verifica-se que a convenção de arbitragem possui caráter duplo, por meio de acordo de vontades das partes, vinculando estas no que se refere a litígios atuais e futuros, obrigando-se a submeter-se ao juízo da arbitragem, bem como de pacto processual, buscando afastar a jurisdição estatal de apreciação da lide. Assim, basta a existência de convenção de arbitragem, sendo cláusula ou compromisso, para afastar a competência do juízo com magistrado togado e, assim, instituir a competência para a arbitragem (CARMONA, 2006, p. 89).

### **3 A ARBITRAGEM NO DIREITO EMPRESARIAL**

Nesta seção será abordado acerca da aplicação e utilização da arbitragem no que tange aos litígios empresariais, desde os limites da sua aplicação, no cerce dos direitos patrimoniais disponíveis, até as vantagens que a arbitragem possui nestas situações.

Ainda se destacarão os principais campos de aplicação da arbitragem no ramo empresarial, principalmente acerca da recuperação de empresa, do direito falimentar e da aplicação nos litígios trabalhistas.

Também será abordada a arbitragem nas sociedades empresarias e nas sociedades anônimas, em um panorama geral de sua atuação. Por fim, destacar-se-á a importância e o principal papel do advogado na arbitragem, mencionando suas principais funções.

#### **3.1 DOS LIMITES DA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM**

A arbitragem é um instituto que busca resolver os conflitos, sendo uma forma alternativa ao Poder Judiciário; contudo, verifica-se que nem todos

os litígios que surgirem no mundo dos fatos poderão ser dirimidos no âmbito arbitral. Neste sentido, a Cartilha de Mediação e Arbitragem esclarece: “Poderão ser submetidas à arbitragem *questões patrimoniais de natureza disponível*, ou seja, que possam ser avaliadas e quantificadas economicamente. Em linhas gerais, são direitos em que as partes podem livremente transigir, dispor, desistir, abrir mão ou contratar [...]” (COMISSÃO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA OAB/GUARUJÁ; SANTOS-ARBITRAL CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO & ARBITRAGEM, 2010, p. 21, grifo nosso).

Dessa forma, verifica-se que a arbitragem terá jurisdição de atuar e solucionar conflitos nos quais estiverem em questão direitos patrimoniais que possuam natureza disponível, os quais se pode livremente dispor, alienar, contratar ou desistir. Neste parâmetro observa-se que o instituto em questão é adequado na solução de litígios que envolvam interesses de empresa, pois, na maioria das vezes, os direitos que estão em discussão são oriundos de trocas comerciais, assim, patrimônio disponível.

Nesse mesmo sentido dispõe-se o artigo 852 do Código Civil,<sup>2</sup> que evidencia ser vedada a confecção de compromisso ou convenção arbitral que envolva questões de estado, de direito pessoal de família ou, ainda, todas as demais que não possuam caráter estritamente patrimonial (BRASIL, 2002).

Do mesmo modo Carmona (2006, p. 33) dispõe: “[...] é possível fiar-se em árbitros desde que os contratantes tenham capacidade de contatar (art. 851)<sup>3</sup> e desde que o litígio não diga respeito a questões de estado, de direito pessoal de família e de outras questões ‘que não tenha caráter estritamente patrimonial’ (art. 852).”

Por esse motivo, não basta ter capacidade para submeter os litígios aos árbitros, mas também é primordial que a questão diga respeito ao direito patrimonial disponível (CARMONA, 2006, p. 55).

---

<sup>2</sup> “Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.” (BRASIL, 2002).

<sup>3</sup> “Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.” (BRASIL, 2002).

Atinente aos direitos patrimoniais disponíveis, Carmona (2006, p. 56) conceitua:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

Diante do exposto, os litígios acerca de direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto de solução por meio do instituto da arbitragem, tratando-se, estes, daqueles que se pode livremente dispor e alienar.

### 3.2 A ARBITRAGEM COMO UMA VANTAGEM NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

Atualmente as relações negociais estão cada vez mais intensificadas, o que se deve ao fenômeno da globalização; nesse propósito, Brasilino e Mangonaro (2007, p. 51) relatam:

A globalização faz com que as barreiras sejam quebradas, as negociações empresárias são mais céleres, por isso exige-se rapidez nas soluções dos litígios como mecanismo de minimizar os custos envolvidos em tais relações. A jurisdição estatal, muitas vezes, não consegue acompanhar o ritmo das relações empresárias, demorando nas soluções dos litígios, o que se torna desinteressante e desestimulador para os contratos empresariais, pois cada vez mais se exige soluções rápidas e eficazes a respeito das controvérsias oriundas de tais contratos.

Portanto, nos dias de hoje, as trocas empresariais encontram-se mais rápidas e as empresas necessitam de agilidade para solucionar eventual litígio que venha a surgir em decorrência dos contratos firmados.

Assim, a arbitragem mostra-se uma alternativa para os litígios empresariais; Brasilino e Mangonaro (2007, p. 51-52) exemplificam a utilização do referido instituto no âmbito empresarial:

Um exemplo que se poderia utilizar a respeito da utilidade da arbitragem é o caso ocorrido no conflito entre a Petrobras e a nacionalização do gás boliviano. Para Haidar e Pinheiro (2006) uma solução para a crise entre Brasil e Bolívia provocada pela nacionalização da produção de gás boliviano, a saída para a Petrobras pode ser a arbitragem.

A empresa brasileira poderia recorrer a um tribunal arbitral internacional buscando o ressarcimento do investimento de mais de US\$ 1 bilhão. Os autores complementam dizendo que a cláusula de arbitragem consta dos melhores modelos de contratos e sem a cláusula de arbitragem, as opções da Petrobras ficam extremamente limitadas, restando a Petrobras recorrer ao Judiciário boliviano, alternativa que deve amedrontar ainda mais os investidores da empresa, e prejudicar o consumidor com a decisão unilateral da Bolívia. Caso a Petrobras houvesse optado pela arbitragem veria seu litígio resolvido de maneira mais célere, teria uma decisão mais eficaz e teria evitado transtorno que amedrontou os investidores.

A crescente utilização da arbitragem no ramo empresarial deve-se às grandes vantagens que a arbitragem possui em relação do judiciário estatal. Entre os diversos benefícios que o referido instituto possui pode-se destacar a celeridade no processo e para proferir uma decisão, conforme dispõem Brasilino e Mangonaro (2007, p. 52):

[...] auxilia a jurisdição estatal, pois soluciona vários processos sem se fazer necessário a intervenção do Estado, isso porque com a jurisdição estatal sobrecarregada e o interesse, das relações empresariais, de solucionarem suas controvérsias de maneira célere, eficaz, econômica e sigilosa, a arbitragem, surge como uma alternativa.

A rapidez no processo da arbitragem, como já destacado anteriormente, é um dos maiores benefícios do instituto, haja vista ser necessário proferir uma decisão no prazo de seis meses, desde que as partes não tenham convencionado outro.

Outra vantagem da arbitragem a se destacar é a possibilidade de escolha de qual legislação incidirá sobre o processamento da solução do litígio, sendo este fator de extrema importância, principalmente em razão da intensa internacionalização das relações empresariais (BRASILINO; MANGONARO 2007, p. 52). Pode-se afirmar que a liberdade de escolha do julgador também é uma das maiores vantagens da arbitragem, pois este poderá ser escolhido entre as pessoas que mais inspiram confiança, considerando-se seu conhecimento, experiência, conduta, entre outros fatores (CAHALI, 2013, p. 85).

Atualmente as decisões arbitrais são irrecorríveis, o que mostra mais uma vantagem para as empresas na utilização desse método alternativo de soluções dos conflitos. Atinente ao benefício da irrecorribilidade, Brasilino e Mangonaro (2007, p. 52) ressaltam sua contribuição:

O fato de a sentença arbitral ser irrecorrível contribui para sua escolha nas controvérsias empresárias, pois muitas vezes é mais satisfatório, para as empresas, verem suas controvérsias solucionadas e as relações empresariais sejam restabelecidas, mesmo que a decisão seja desfavorável, além das obrigações contratuais existentes entre as empresas, existe uma relação quase que interpessoal de confiança entre as partes.

Cumprido ressaltar que a arbitragem é uma segurança jurídica para as partes, pois os litígios precisam ser rapidamente solucionados. Com a atual organização das relações empresariais, bem como com a intensificação destas, a arbitragem não se mostra como mera alternativa ante o judiciário estatal, mas uma necessidade, haja vista a celeridade processual, a economia e a segurança na satisfação das lides (BRASILINO; MANGONARO, 2007, p. 52). No âmbito comercial ou empresarial internacional, a arbitragem é uma necessidade, mesmo com a integração das economias, sendo mais utilizada neste campo como meio de resolução de controvérsias (SILVA, 2003, p. 217).

Outra grande vantagem da arbitragem é o cumprimento espontâneo pelas partes da decisão proferida, as quais estão comprometidas em aceitar como

obrigatória a sentença arbitral, pois elegeram o árbitro por vontade própria (CAHALI, 2013, p. 87).

Outro benefício da arbitragem é o econômico-financeiro, pois o resultado final, medindo-se a partir do custo-benefício, e principalmente em razão da rapidez da decisão e do julgamento em única instância, sem o ônus de custas processuais de diversos recursos, reconhece-se a grande vantagem econômica que a arbitragem possui (CAHALI, 2013, p. 87).

Acerca de todas as características e vantagens da arbitragem para as relações empresariais, Silveira (2001 apud BRASILINO; MANGONARO 2007, p. 52) expõe:

A arbitragem é modernidade, é agilidade e segurança nas transações empresariais. É garantia de soluções rápidas para as questões do comércio, da indústria ou da propriedade particular. É certeza de um resultado satisfatório e justo para as controvérsias nas operações de auto executoriedade. É mais do que isso, é avanço social, pois guarda perfeita sintonia com os anseios populares que rumam na direção da cidadania plena.

Atinente às características vantajosas da arbitragem, Garcez (2004, p. 75-76) sintetiza:

Para permitir uma análise comparativa das vantagens entre os demais métodos de solução de conflitos e a arbitragem pode-se citar uma série de fatores em que a arbitragem apresenta nítidas vantagens, ao menos sobre a via judicial:

- custos menores;
- prazo menor para emissão da sentença;
- confidencialidade/privacidade em comparação com a publicidade do processo judicial;
- flexibilidade (escolha pelas partes dos árbitros; das normas procedimentais; da entidade arbitral para administrar o processo; da lei a ser aplicada na arbitragem);
- neutralidade e justiça (possibilidade de escolha do domicílio das partes ou do local da execução do contrato);
- efetividade (cumprimento espontâneo da sentença arbitral em percentagem muitíssimo mais elevada do que aquela encontrada quanto à sentença judicial);
- baixo impacto na continuidade do relacionamento comercial entre as partes.

Desse modo, a arbitragem é um método de solução de litígios com diversas características vantajosas, mostrando-se muito eficiente na solução de conflitos empresariais.

A sua utilização nos contratos empresariais mostra-se uma alternativa com maior consensualidade, como relata Silva (2003, p. 22):

No campo empresarial é cada vez mais difícil imaginar o rompimento tão simples e puro dos relacionamentos, por exemplo, entre o fornecedor de matéria-prima, o representante comercial e a empresa. O litígio na esfera judicial, pelo seu alto grau de garantismo, implica em tempo acrescenta litigiosidade. A utilização da arbitragem nos contratos empresariais locais se apresenta como alternativa de maior consensualidade e, ao mesmo tempo, uma garantia de que a decisão levará em conta critérios minimamente funcionais aos interesses dos envolvidos. No campo do direito comercial internacional, a arbitragem é quase uma imposição para se evitar que um contratante se submeta ao ordenamento jurídico do outro.

Assim, a arbitragem busca a coexistência pacífica entre as partes, preservando a possibilidade de manutenção da relação jurídica comercial entre as empresas envolvidas, conforme Silva (2003, p. 43, grifo do autor):

É, portanto, da prática do mundo negocial que emerge a realidade fática e palpável da busca daquilo que Cappelletti chamou de *coexistência pacífica* entre os indivíduos e, especialmente, entre as empresas que, por força da imensa massificação das relações, precisam relacionar-se com um grau mínimo de tensão e litigiosidade nas circunstâncias em que ocorrer qualquer controvérsia de interpretação ou aplicação contratual. A conservação das relações é mais viável quando o esclarecimento da controvérsia acontece de forma célere, discreta e levando em conta critérios e valores próprios das partes que estão envolvidas.

A arbitragem é extremamente vantajosa para as empresas, pois além de preservar a relação negocial também resolve o litígio de forma rápida e discreta e ainda possibilita a utilização de critérios próprios às partes, além de evitar a

litigiosidade, que é muito comum no processo judicial que se opera no Estado (SILVA, 2003, p. 217).

Portanto, a arbitragem é um método alternativo e, muitas vezes, necessário para a solução de conflitos empresariais, demonstrando-se rápido e econômico, correspondendo aos anseios da sociedade atual, colaborando para o desafogamento do judiciário estatal e intensificando o acesso à justiça, haja vista sua natureza jurisdicional (SANTOS; BRASILINO, 2012, p. 125).

Considerando sua grande relevância no âmbito empresarial, a arbitragem passou a não somente regular as relações entre empresas em contratos negociais, mas também passou a atuar em outros campos como, por exemplo, na recuperação de empresas e direito falimentar, bem como no que se refere aos conflitos que versam sobre o direito trabalhista.

Acerca da recuperação de empresas e falências, verifica-se que a Lei n. 11.101/2005 abre a possibilidade da utilização da arbitragem nestas questões, fazendo surgir um novo horizonte (JOBIM; MACHADO, 2008, p. 42).

Jobim e Machado (2008, p.43) reforçam que a arbitragem pode se inserir no contexto da recuperação de empresas:

[...] (i) quando o devedor entra com um pedido de recuperação judicial e já há processos arbitrais em andamento decorrentes de contratos preestabelecidos com certos credores em que constaram de maneira expressa cláusulas compromissórias; (ii) quando a convenção de arbitragem exsurge no caso em que as partes numa recuperação judicial, devedores e credores, optam por prever a cláusula arbitral no plano da recuperação judicial; (iii) quando, ao longo do período de recuperação judicial, resolvem as partes estabelecer compromisso arbitral.

Assim, não há dúvidas quanto à possibilidade da utilização da arbitragem no processo de recuperação de empresas, contudo, no caso de processo de falência, ainda há certa discussão quanto à possibilidade de sua utilização. Cahali (2013, p. 360-361) esclarece:

A dúvida quanto à possibilidade de arbitragem no direito falimentar é decorrente do art. 103<sup>4</sup> da Lei de Falência por estabelecer esta regra que após a decretação da quebra dos bens da massa são indisponíveis.

Assim, criam-se duas situações: início do procedimento arbitral após a decretação da quebra, e procedimentos arbitrais com início anterior à decretação de falência.

No primeiro caso, [...] não será possível a massa falida participar de arbitragem, pois o administrador judicial não poderá dispor sobre bens indisponíveis, ou seja, faltarà à massa falida arbitrabilidade objetiva.

Já quanto à segunda situação, a jurisprudência e a doutrina estão se consolidando em posição que consideramos correta, qual seja: a continuidade do procedimento até se alcançar sentença arbitral líquida, passível de habilitação de crédito no juízo universal da falência.

Assim, somente poderão ser submetidos ao juízo arbitral os procedimentos de falência instaurados neste âmbito anteriormente à decretação de falência.

A possibilidade de aplicação da arbitragem no âmbito trabalhista divide-se em duas vertentes, como relata Cahali (2013, p. 354):

A primeira nos dissídios coletivos, amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, ainda mais pela expressa previsão constitucional.

A segunda, nos dissídios individuais, os quais hoje, para a jurisprudência dominante, não podem ser solucionados por arbitragem, por serem de interesse social, com entendimentos, inclusive, de que ofenderia a ordem pública a utilização deste método adequado de solução de conflitos.

Nesse sentido, verifica-se que a utilização da arbitragem no âmbito trabalhista é aceita somente nos dissídios coletivos, pois não se trata de direitos patrimoniais indisponíveis, não podendo ser objeto do juízo arbitral os dissídios individuais.

---

<sup>4</sup> “Art. 103. Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.” (BRASIL, 2005).

A utilização da arbitragem nas negociações trabalhistas coletivas inclusive possui previsão constitucional,<sup>5</sup> devendo ser submetida aos árbitros antes de se levar ao Poder Judiciário, assim, as questões entre sindicatos e empresas serão solucionados por meio da arbitragem (CAHALI, 2013, p. 354-355).

Mardegan (2008, p. 70, grifo nosso) expõe e enumera a amplitude da utilização da arbitragem pelas empresas:

Uma pesquisa realizada pela Price Waterhouse-Coopers, renomada empresa de consultoria inglesa e da Escola Internacional de Arbitragem da Universidade de Londres, divulgada em 2006, mostrou que as empresas preferem a utilização do procedimento arbitral em seus conflitos em detrimento ao Poder Judiciário, principalmente, no que tange aos conflitos decorrentes de contratos internacionais.

De acordo com o estudo citado, que foi realizado em todo o mundo, as empresas da América do Norte, Europa e Ásia, *cerca de 73% dos entrevistados preferem a arbitragem e 69% acreditam que a utilização do instituto evita a perpetuação dos conflitos.*

*Atualmente, estima-se que cerca de 90% (noventa por cento) dos contratos internacionais de comércio contenham uma cláusula arbitral.*

Em âmbito nacional, verifica-se que a utilização da arbitragem no campo empresarial também vem aumentando gradativamente, conforme estudo demonstrado por Mardegan (2008, p. 76, grifo nosso):

Em recente levantamento realizado pelo Congresso nacional das instituições de Mediação e Arbitragem (Conima) ficou constatado que *a utilização da arbitragem cresceu mais de 83% (oitenta e três por cento) nos últimos anos, no Brasil, comprovando sua crescente procura.*

---

<sup>5</sup> “Art. 114. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.” (BRASIL, 1988).

A arbitragem não deve ser observada somente como um instrumento de salvação do judiciário nacional, mas como um método alternativo e privado de solução de conflitos que garante o acesso à justiça e que convive em harmonia com a jurisdição estatal (MARDEGAN, 2008, p. 78).

### 3.3 ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E SOCIEDADES ANÔNIMAS

A arbitragem no direito societário pode ser analisada de diversos pontos, seja com a inserção de cláusula arbitral no contrato ou estatuto social seja quando inclusa em acordos entre quotistas ou acionistas (CAHALI, 2013, p. 362).

Há diversas possibilidades de vinculação da sociedade ao procedimento arbitral; assim, Cahali (2013, p. 364) relata acerca da possibilidade de inserção de cláusula arbitral no ato de constituição da sociedade:

A primeira hipótese é de inserção da cláusula compromissória no momento de constituição da sociedade. Parece-nos claro no momento “zero” [que] todos os sócios discutiram as cláusulas contratuais/estatutárias, mesmo que alguma delas (não necessariamente a de arbitragem) não fosse de total agrado.

Dessa forma, os sócios renunciaram à jurisdição estatal, conjuntamente e por “unanimidade”, no momento de elaboração de Contrato/Estatuto Social estratégico. Algumas razões poderiam tê-los levado a esta escolha: celeridade do procedimento, tecnicidade do possível árbitro e confidencialidade para a solução do conflito [...]

Também existe a possibilidade de inserção de cláusula compromissória em alteração do contrato ou do estatuto social; neste caso, deve tal alteração ser aprovada por unanimidade, haja vista que todos os sócios estão submetidos a esta nova regra e à eventual arbitragem, renunciando à jurisdição estatal (CAHALI, 2013, p. 364-365).

No que se refere à necessidade de quórum unânime para a submissão dos litígios internos da sociedade à arbitragem, Cahali (2013, p. 365-366, grifo nosso) esclarece:

Para se levar o conflito à arbitragem, indispensável a manifestação de vontade da parte. A ausência de livre escolha quanto a esta opção, contamina a arbitragem, e impede a exclusão do acesso ao judiciário. Enfim, a concordância inequívoca representa elemento obrigatório [...] A opção pela arbitragem representa renúncia à jurisdição estatal; e por ser exceção, esta renúncia há de ser pretendida, ou ter consentimento inequívoco pelo interessado. Aliás, a previsão de cláusula compromissória está prevista em parágrafo do artigo 109<sup>6</sup> da Lei 6.404/76, sendo este contido na Seção destinada aos direitos essenciais dos acionistas, sobre os quais “nem o estatuto nem a assembleia geral poderão privar os acionistas”. Sob estes argumentos, a inclusão de convenção arbitral em alteração do contrato/estatuto social reclama *unanimidade* dos membros da sociedade.

Cada vez mais os empresários estão prevendo a arbitragem nos seus contratos sociais, haja vista que se trata de direitos patrimoniais disponíveis, podendo ser inserido livremente no contrato social cláusula compromissória, em respeito ao princípio da autonomia da vontade dos sócios (MARDEGAN, 2008, p. 78). O artigo 8537 do Código Civil admite a cláusula compromissória nos contratos.

A Lei das Sociedades Anônimas, ou seja, a Lei n. 6.404/76 também prevê a possibilidade de adoção da arbitragem como método de resolução de conflitos (CALEGARI, 2012, p. 48). Atinente às previsões do artigo 109 da referida Lei, Calegari (2012, p. 48-49) coloca:

[...] a arbitragem é um dos direitos essenciais dos acionistas, não podendo, assim, ser afastada em estatuto, do mesmo modo quando prevista não pode deixar de ser observada.

---

<sup>6</sup> “Art. 109. § 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.” (BRASIL, 1976).

<sup>7</sup> “Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.” (BRASIL, 2002).

Em outras palavras, não pode haver no estatuto cláusula que impeça a instalação da arbitragem, seja por cláusula compromissória ou por um compromisso arbitral.

Entende Yonekura (2005, p. 42) que é no estatuto das sociedades anônimas que deve estar prevista a cláusula compromissória:

É no estatuto, antecipadamente a qualquer litígio, que deve ser instituída a cláusula compromissória. Nela não haverá menção ao objeto do litígio, apenas a adoção do juízo arbitral em eventuais litígios provenientes das relações entre acionistas e destes com a sociedade. É necessário nela constar a natureza dessas divergências, pois não poderão ser universais, limitando-se à esfera dos direitos patrimoniais disponíveis, decorrentes dessas relações de natureza exclusivamente societária.

Conforme dispõe Oliveira (2008), existem dois tipos de pactos de instituição de compromisso arbitral no âmbito dos estatutos:

O primeiro deles, é a instituição que se dá no momento da constituição da sociedade ou na alteração estatutária para a inserção da cláusula compromissória estatutária. Haverá aí, a adesão pelo *tractus*, ou seja, é uma cláusula tratada. Por outro lado, os acionistas que não estavam presentes na assembleia, que nem chegaram a ver a secreta alteração estatutária ou que não faziam parte da sociedade no momento de sua instituição por terem comprado posteriormente as ações em bolsa, irão aderir pelo denominado *dictatus*, sendo a adesão tão formal como a própria aprovação de uma alteração estatutária.

Diante do exposto, evidencia-se que a arbitragem é um instituto alternativo para a solução de conflitos que se encontra prevista e regulamentada tanto no âmbito de atuação das sociedades empresárias quanto das sociedades anônimas, possibilitando sua aplicação desde a confecção dos contratos ou estatutos sociais, o que impulsiona a utilização do método, haja vista seu regramento, o que garante segurança jurídica.

### 3.4 O PAPEL DO ADVOGADO NA ARBITRAGEM EMPRESARIAL

No instituto arbitral, o advogado possui ao menos quatro papéis de relevante atuação, podendo ser advogado da parte, bem como consultor da parte, ou ainda consultor do órgão arbitral e ainda é possível ser o próprio julgador, ou seja, o árbitro (CARMONA, 2006, p. 255).

Quando o advogado atuar como advogado de uma das partes no processo de arbitragem, ele poderá exercer as suas funções tal qual faria no processo judicial estatal (CARMONA, 2006, p. 255). Contudo, em âmbito arbitral a nomeação de advogado não é obrigatória, assim, as partes podem usufruir do papel de advogado basicamente como um consultor, como dispõe o autor:

As partes não estão obrigadas, em sede de arbitragem, nomear advogados. Assim, pode qualquer uma das partes optar em não nomear profissional que a represente nos atos que praticar durante o processo arbitral, valendo-se apenas de uma assessoria para sanar dúvidas e estabelecer estratégias. O advogado, portanto, poderá participar do processo arbitral apenas de maneira indireta, orientando os atos de seu cliente. (CARMONA, 2006, p. 256).

Apesar da não obrigatoriedade de acompanhamento do procedimento arbitral pelo advogado, não se nega a importância da atuação deste no decorrer daquele, principalmente quando tal meio de solução de controvérsias atingir causas com maior complexidade exigindo conhecimentos jurídicos profundos (CARMONA, 2006, p. 256).

É exatamente por deterem o conhecimento que determinadas situações necessitam que alguns órgãos arbitrais possuam a consultoria de um advogado, conforme Carmona (2006, p. 256):

Alguns órgãos arbitrais institucionais possuem órgãos de consultoria para a verificação dos aspectos formais das decisões proferidas pelos árbitros. É exatamente nestes órgãos de consultoria que a atividade do profissional do direito assume realce apreciável, evitando que a decisão arbitral possa

estar mais adiante sujeita ao ataque de nulidade por conta de equívocos formais.

Este profissional do direito também pode atuar como julgador nos processos arbitrais, o que não é incomum nos órgãos colegiados, como dispõe Carmona (2006, p. 257):

Por fim, o advogado poderá assumir o papel de árbitro. Nos órgãos colegiados não é incomum a nomeação de um advogado como presidente do grupo, como forma de garantir que o laudo arbitral será produzido em conformidade com a lei (afinal de contas, é o advogado quem conhece melhor do que ninguém como conduzir o processo arbitral). Assim, por mais técnica que seja a matéria controvertida, à base de tudo estará a aplicação da lei, de forma que a nomeação de pelo menos um advogado para compor os painéis de árbitros é uma constante.

Em análise da Lei n. 9.307/96, há quem entenda que os árbitros deveriam ser somente os advogados, fundamentando-se no artigo 18 deste dispositivo legal:

Há quem sustente, analisando a Lei 9.307, que árbitros deveriam ser apenas os advogados. E não faltam argumentos aos defensores dessa tese. O primeiro se ancora no art. 18 da Lei 9.307: “O árbitro é juiz de fato e de direito...”. Ora, ninguém melhor que os operadores do Direito para aplicá-lo. A prática da advocacia dá, a quem a exerce, um conhecimento vivo da lei, em sua aplicação constante, à mais variada gama de situações de fato. (SANTOS, 2001, p. 54).

A postura do advogado que atua no procedimento arbitral é diferenciada daqueles que operam no contencioso do judiciário estatal, pois a arbitragem não confere oportunidades para manejos procrastinatórios ou métodos articulados de forma desnecessária, nem mesmo sustentações orais emotivas, marcando principalmente a serenidade do profissional, exigindo seu maior empenho para o alcance do resultado pretendido pelo litigante, uma decisão de qualidade e célere (OKAZAKI, 2013, p. 151-152).

## 4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se conceituar a arbitragem como um método alternativo ao Poder Judiciário para a solução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, caracterizando-se pela celeridade, liberdade processual, possibilidade da escolha do árbitro, economia, segurança jurídica e garantia de executividade.

Diante da previsão de compromisso arbitral ou cláusula compromissória, o litígio se encaminhará para a decisão de um árbitro, que poderá ser escolhido pelas partes em razão de seus conhecimentos técnicos, ou mesmo pela confiança que estes depositam no indivíduo.

Destarte, resta claro que a arbitragem somente pode compreender-se de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, assim, podendo ser amplamente utilizado no âmbito empresarial.

Com a globalização e as intensificações das relações empresariais, inclusive internacionais, passou-se a utilizar cada vez mais a arbitragem como um método para a solução de conflitos, pois, por vezes, não se mostra somente uma alternativa, mas uma necessidade. Considerando-se as características da arbitragem, entre elas a celeridade, o ótimo custo benefício, a tecnicidade da decisão e, ainda, a segurança jurídica para as partes, tal instituto se revela benéfico para as empresas, que necessitam de uma decisão rápida, com o menor índice de litigiosidade, buscando sempre preservar a relação negocial, além do sigilo e da possibilidade, inclusive, de escolha de qual legislação regulará o processo e a decisão, estando presentes todas estas atribuições.

A arbitragem pode, ainda, estar presente na recuperação da empresa em situação de crise financeira, ou ainda no seu juízo falimentar, conforme prevê a Lei n. 11.101/05. Ainda é possível regular litígios entre a empresa empregadora e seus funcionários em questões que envolvam interesses trabalhistas, conforme se verifica inclusive no Texto Constitucional. É vasto o campo de atuação da arbitragem no direito empresarial, podendo esta ser utilizada na dissolução de

questões entre sócios ou quotistas, desde que prevista sua utilização no contrato ou estatuto social.

Diante do exposto, evidencia-se que a arbitragem é um método eficaz para a solução de conflitos empresariais, por tal motivo é muito utilizado, principalmente nas relações internacionais entre empresas e com um mercado interno em ascensão, aumentando-se o número de tribunais arbitrais, principalmente nas regiões metropolitanas com maior concentração de empresas. O sucesso na utilização da arbitragem para a solução dos conflitos deve-se às suas características, que, em geral, beneficiam e atraem os empresários para tal método de solução de questões. Dessas características, pode-se destacar a celeridade, o sigilo, a economia, a irrecorribilidade das decisões, a tecnicidade destas, bem como a segurança jurídica presente tanto no processo quanto na própria sentença.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 maio 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.normas-legais.com.br/legislacao/lei10406.htm>>. Acesso em: 23 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.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/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado PLS 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. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=114641](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641)>. Acesso em: 25 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.

CALEGARI, Danilo Junior. *A Arbitragem Empresarial e a Lei das Sociedades Anônimas*. 2012. 57 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)–Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/31109/DANILO%20JUNIOR%20CALEGARI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 02 out. 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 455 p.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação: ADRS, mediação, conciliação e arbitragem*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 343 p.

JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quatier Latin, 2008. 518 p.

MARDEGAN, Herick. *Da Efetividade e Adequação da Arbitragem e o Direito Empresarial*. 2008. 87 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial)–Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008. Disponível em: <<http://www.biblioteca-digital.uel.br/document/?code=vtls000149980>>. Acesso em: 02 out. 2015.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. 198 p.

OKAZAKI, Ana Caroline Noronha Gonçalves. *A Arbitragem e a Participação do Advogado no Procedimento Arbitral como forma garantidora de Princípios no Processo*. 2013. 208 p. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Negocial)–Universidade Estadual de Londrina, 2013. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls000185495>>. Acesso em: 02 out. 2015.

OLIVEIRA, Joana Câmara Fernandes de. A arbitragem na sociedade anônima. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 11, n. 54, jun. 2008. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2976](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2976)>. Acesso em: 02 out. 2015.

PODER JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA. *Processômetro*. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/processometro/processometro.html>>. Acesso em: 17 de ago. 2015.

COMISSÃO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA OAB/GUARUJÁ; SANTOS-ARBITRAL CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO & ARBITRAGEM. *Cartilha de Mediação e Arbitragem*. 2010. Disponível em: <<http://www.santosarbitral.com.br/cartilhademediacaoearbitragem.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SANTOS, Luciano Alves Rodrigues dos; BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. Arbitragem nos litígios empresariais. *Revista Espaço Acadêmico*, Londrina, n. 131, p. 120-126, abr. 2012.

SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e poder judiciário: mudança cultural*. São Paulo: LTt, 2001. 167 p.

SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e Direito da Empresa: Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 239 p.

YONEKURA, Sandra Yuri. *Grupo de sociedades e arbitragem comercial internacional*. Curitiba: Juruá, 2005. 131 p.



# O ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DECISÕES DETERMINANDO A CONCESSÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS

Yasmim Brandalise\*  
Cristhian Magnus De Marco\*\*

**Resumo:** Este trabalho foi desenvolvido por meio do método de pesquisa dedutivo e de técnica de pesquisa documental. O direito à saúde é considerado direito fundamental social passível de tutela jurisdicional, mesmo estando positivado de forma programática. O ativismo judicial trata de envolvimento maior do julgador na concretização dos fins constitucionais, interferindo, por vezes, no espaço reservado a outros poderes. Verifica-se a existência deste fenômeno no Brasil, como resultado da judicialização da vida e da decadência institucional que ocorre com os poderes Executivo e Legislativo. As decisões que concedem medicamentos de forma gratuita são ativistas, mas expressam o mandado constitucional de máxima efetivação dos direitos, de onde extraem a sua legitimidade. É uma pesquisa jurisprudencial que aponta a existência de critérios utilizados pelos julgadores e reafirma a existência do ativismo judicial, as decisões que proporcionam o mínimo existencial às pessoas, bem como a possibilidade de vida digna. O ativismo pode ser considerado uma necessidade ocasionada pelo desenho institucional vigente.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Direito fundamental à saúde. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi desenvolvido com base no método de pesquisa dedutivo, tendo como técnica de pesquisa a documental. Foram buscados livros sobre o tema, bem como realizada pesquisa jurisprudencial.

Objetiva-se compreender o fenômeno conhecido como ativismo judicial e relacioná-lo às decisões judiciais que concedem medicamentos não previstos

---

\* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; yasmim3112@gmail.com

\*\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; pós-doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina; cristhian.demarco@unoesc.edu.br

nas listas do SUS de forma gratuita. Este tema tem sido de recorrente discussão sobre sua legitimidade por envolver interferências do Poder Judiciário nas políticas públicas que definem a dispensação de medicamentos.

Pretende-se verificar se de fato existe ativismo judicial nas decisões relacionadas à concessão de medicamentos e se esse fato se apresenta como interferência indevida nos princípios da legitimidade democrática e da separação dos poderes.

Não há uma definição concreta do que seja ativismo judicial. Os defensores desta conduta proativa dos julgadores informam não haver lesão ao princípio da separação dos poderes quando decisões, de certa forma, invadem o âmbito de atuação dos outros poderes, e alegam que não podem deixar de garantir a máxima efetividade aos direitos fundamentais e que, para isso, em determinados casos, precisam invadir o campo dos outros poderes.

Aqueles de posicionamento contrário ao ativismo judicial defendem que há, sim, lesão ao princípio da legitimidade democrática, pois não seriam os julgadores legitimados democraticamente para instituir certas questões, principalmente as ligadas à formulação de políticas públicas, conforme ocorre quando da concessão de medicamentos não previstos pelo Sistema Único de Saúde.

O tema é rediscutido atualmente no julgamento dos recursos extraordinários n. 657.718/MG e n. 566.471 RG em sede de repercussão geral. Dois ministros já proferiram o voto, estando o processo suspenso em razão de pedido de vista.

A importância do assunto é grande, já que são inúmeras as ações – e o número tem aumentado exponencialmente – que versam sobre concessão gratuita de medicamentos, seja porque alguns fármacos não constam das listas dos SUS, não têm registro na Anvisa ou porque o Estado não os fornece em razão do alto custo.

É uma discussão complexa, que envolve o direito à vida, à saúde e à dignidade do homem, bem como o princípio da separação dos poderes, da reserva do possível e princípios orçamentários; o estudo está dividido em duas seções.

Na primeira seção pretende-se estudar os direitos fundamentais, em especial o direito fundamental à saúde, bem como compreender a política brasileira de distribuição dos medicamentos.

Na segunda seção será abordado o ativismo judicial, passando por tentativas de definição doutrinária do fenômeno. Além disso, será abordado em seção própria o ativismo judicial no Brasil e os impactos causados pela judicialização da vida. Por fim, ainda na segunda seção, realizar-se-á uma análise da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a fim de verificar a existência de ativismo judicial, bem como compreender se esse fenômeno impacta negativamente ou é uma necessidade da sociedade brasileira no momento.

## 2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAUDE

Nos últimos anos, no Brasil, pôde-se verificar aumento da força normativa da Constituição Federal. As normas que prescrevem direitos fundamentais passaram a ser autoaplicáveis, conferindo às pessoas maior grau de eficácia dos direitos previstos constitucionalmente. Com o direito fundamental à saúde não foi diferente, como passa-se a esclarecer.

### 2.1 O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Inicialmente, para determinar a terminologia que será utilizada no presente trabalho, faz-se necessário diferenciar as expressões *Direitos Humanos* e *Direitos Fundamentais*, conforme lecionam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 297):

Muito embora existam os que sustentam a equivalência entre as duas noções, considerando até mesmo irrelevante a discussão em torno da eventual diferença ou identidade entre direitos humanos e direitos fundamentais, o fato é que as diferenças, especialmente quando se tiverem bem presentes os critérios para tanto, são evidentes e têm sido reconhecidas por ampla doutrina e mesmo em caráter jurisprudencial, ainda que não se possa falar aqui em uma posição uníssona no direito brasileiro.

É possível inferir que os direitos fundamentais sempre farão parte do rol de direitos humanos em razão de o seu destinatário ser o ser o próprio ser humano (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 297).

A distinção entre as duas expressões reside no âmbito da abrangência: enquanto os direitos fundamentais são “[...] aqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, [...] a expressão direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 297)

Essa distinção se faz pertinente, pois o que são os direitos fundamentais dependerá do que está previsto na Constituição de cada país, assim, um direito que é considerado fundamental na ordem jurídica brasileira pode não ser em outros locais.

Dessa forma, utilizar-se-á a expressão Direitos Fundamentais para referir-se àqueles direitos previstos na Constituição Federal brasileira, por esta parecer a mais coerente com a abordagem do presente trabalho.

Definida a terminologia, faz-se necessário conceituar os Direitos Fundamentais:

[...] é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 317).

Os direitos fundamentais podem, ainda, ser conceituados como direitos público-subjetivos, estão presentes na Constituição de cada país e têm como uma de suas finalidades limitar o poder estatal, encerrando em si caráter nor-

mativo supremo e tendo como destinatárias todas as pessoas (físicas e jurídicas) (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 49).

Assim, pode-se dizer que:

[...] a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e em parte, poderíamos acrescentar), é também a história da limitação do poder, ainda mais se considerarmos o vínculo dos direitos fundamentais com a história do constitucionalismo e do que passou a ser designado de Estado Constitucional. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 300, grifo do autor).

Doutrinariamente, os direitos fundamentais são classificados em três dimensões: direitos de primeira, segunda e terceira dimensões. Além destes, existem posicionamentos no sentido da existência de direitos de quarta e quinta dimensões que não serão abordados no presente trabalho, pois, conforme ensina Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p.311) “[...] todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa”; destarte, será apresentada somente a divisão tradicional.

Os direitos de primeira dimensão são aqueles no âmbito do Estado Liberal, direitos de cunho negativo, pois revelam uma abstenção e não conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo chamados, assim, de *direitos de resistência ou de oposição* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 308). São compreendidos como direitos de primeira dimensão, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Os chamados direitos de segunda dimensão são compreendidos pelos direitos econômicos, sociais e culturais. A distinção destes é a sua dimensão positiva, visto que não tratam da intervenção do Estado na esfera individual, mas, pelo contrário, exigem conduta positiva do Estado a fim de propiciar maior bem-estar social (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 309).

Os direitos de segunda dimensão têm como objetivo proporcionar ao indivíduo prestações sociais por parte do Estado, quais sejam assistência social, saúde, educação, etc., passando para o plano das liberdades materiais concretas (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 309).

Além das prestações sociais, os direitos de segunda dimensão envolvem também as liberdades sociais, compreendidas pela liberdade de sindicalização, direito de greve, reconhecimento de direitos fundamentais dos trabalhadores, entre outros (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 310).

Por fim, os direitos de terceira dimensão são aqueles de titularidade transindividual, ditos direitos de fraternidade ou solidariedade, distinguindo-se dos demais por não ter como destinatário o homem-indivíduo, mas, sim, grupos de pessoas afirmando a existência dos direitos coletivos e difusos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 310).

São exemplos dessa terceira dimensão o direito à paz, ao desenvolvimento, à proteção do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural, sendo, ao mesmo tempo, de todas as pessoas, mas de nenhuma em específico.

Ainda, cumpre esclarecer que os direitos fundamentais possuem dimensões objetiva e subjetiva. A dimensão subjetiva está ligada à possibilidade de o titular do direito invocar judicialmente os direitos consagrados na norma constitucional, sejam eles os direitos de liberdade, à prestações ou transindividuais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 341).

Já a dimensão objetiva dos direitos fundamentais “[...] significa que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva, implicando, além disso, o reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas dos direitos fundamentais.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 344). A interpretação conforme a Constituição pode ser indicada como um desdobramento dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Após esses apontamentos, se faz-se necessário aprofundamento sobre a eficácia desses direitos, assunto que será abordado na próxima seção.

### 2.1.1 A efetividade dos direitos fundamentais

Determinada a definição inicial do que se trata os direitos fundamentais e a divisão tradicional das três dimensões, é necessário, antes de adentrar no mérito da efetividade das normas fundamentais, apresentar outra importante classificação desses direitos.

Em razão da sua multifuncionalidade, os direitos fundamentais são classificados em dois principais grupos: direitos de defesa e direitos a prestações (SARLET, 2008, p. 276).

Os direitos de defesa, em regra, importam abstenções por parte do Estado, sendo assim, não há maiores controvérsias acerca de sua feição de direitos subjetivos e, portanto, aplicabilidade imediata, porém os direitos a prestações, por exigirem conduta positiva por parte do Estado, são classificados como direitos não autoaplicáveis por vários autores (SARLET, 2008, p. 276).

Em relação à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, preceitua a Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 1º, que as normas de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (BRASIL, 1988).

Não há que se duvidar que os direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988 são imediatamente aplicáveis. A discussão corre acerca dos demais direitos fundamentais, que se encontram em local diverso do mencionado artigo.

Há quem defenda que a localização do dispositivo que indica a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais poderia sugerir que somente os direitos individuais e coletivos presentes no artigo 5º seriam imediatamente aplicáveis. Porém, o referido dispositivo utiliza a expressão genérica “direitos e garantias fundamentais”, não havendo, assim, como sustentar aplicação restritiva (SARLET, 2008, p. 278).

Dessa forma, pode-se considerar a existência de direitos fundamentais imediatamente aplicáveis fora do rol presente no art. 5º da Constituição Federal, e isso se deve ao fato de que determinado direito é considerado fundamental não

apenas pela relevância do bem jurídico, mas principalmente pela relevância atribuída a ele pelo constituinte (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 317).

Como exemplo, o direito à saúde encontra-se no artigo 6º da Constituição Brasileira e é considerado direito fundamental, mas na Constituição Espanhola não é considerado como tal em decorrência da escolha jurídica do constituinte (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 317).

Além da discussão acerca da localização dos direitos fundamentais na Constituição Federal, existem questionamentos em relação à técnica legislativa utilizada.

Pode-se verificar dois principais tipos de técnica legislativa utilizados para as normas constitucionais, quais sejam as normas definidoras de direitos e as normas programáticas.

As normas definidoras de direitos proporcionam aos seus titulares direitos imediatamente aplicáveis, sendo essas prestações, positivas ou negativas, exigíveis do Estado a qualquer momento e, se violadas ou não entregues, fazem nascer ao titular direito subjetivo de buscar judicialmente o cumprimento da pretensão (BARROSO, 2009, p. 100).

De outro lado estão as normas programáticas que “[...]modernamente, a elas é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam.” (BARROSO, 2009, p. 116).

As normas programáticas não trazem para o titular direito subjetivo, mas fazem nascer direito subjetivo “negativo” de exigir que o poder público não pratique atos que sejam contra esses direitos (BARROSO, 2009, p. 117).

A maioria dos direitos a prestações está positivada na forma de normas programáticas, porém é importante destacar que a proteção ao direito fundamental não poderá ser negada pelo Estado com base somente no argumento de que se trata de norma programática e que esta possui eficácia limitada, pois para que os direitos fundamentais possam ser protegidos e de fato efetivados não há como se admitir essa forma de posicionamento (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 362).

Nesse sentido ensinam Mendes e Branco (2011, p. 174), “[...] que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário.”

Os direitos sociais a prestações são, portanto, objeto de controvérsia, embora o entendimento dominante seja de que há eficácia plena dos direitos fundamentais, mas ainda persistem alguns posicionamentos que consideram os direitos a prestações como não autoaplicáveis, e, por este motivo, não poderiam ser judicialmente reconhecidos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 365).

É possível concluir que a melhor exegese do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988 é a que trata o dispositivo como norma de cunho principiológico, sendo considerada ordem de maximização por parte dos órgãos estatais, tendo estes a responsabilidade de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (SARLET, 2008, p. 288).

Por fim, pode-se verificar que a aplicabilidade imediata não pode se pautar no tipo de norma (programática ou definidora de direitos), mas deve se orientar pelo exame da hipótese em concreto (SARLET, 2008, p. 288).

## 2.2 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 consagrou uma ampla gama de direitos sociais, e entre eles encontra-se o direito à saúde, previsto no artigo 6º do referido documento, sendo esta a primeira vez que uma constituição brasileira previu expressamente esse direito, conferindo a ele, também, *status* de direito fundamental social (MENDES; BRANCO, 2011, p. 685).

Conforme expressa o aludido artigo, a saúde é direito de todos e, nesses termos, expressa-se tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Inferir que essa norma tem apenas conteúdo programático, não sendo capaz de produzir efeitos, seria negar força normativa à Constituição (MENDES; BRANCO, 2011, p. 686).

A dimensão individual do direito à saúde e a possibilidade de tutela judicial nesse sentido vem há muito sendo afirmada pelos Tribunais Superiores, como se pode verificar no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS, no qual ressalta o Ministro Celso de Mello que “[...] a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente.” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 686). Ou seja, é legítima a interferência judicial quando os mandamentos constitucionais e as prestações decorrentes do Estado não estiverem cumprindo com sua função ou estiverem sendo insuficientes no caso concreto.

A Constituição Federal determina ser a saúde dever do Estado, devendo este instituir políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário.

Nesse sentido, não há que se duvidar que além do direito fundamental à saúde existe também o direito fundamental de prestação da saúde por parte do Estado, responsabilizando cada ente da Federação a desenvolver as políticas públicas necessárias para a realização da saúde (MENDES; BRANCO, 2011, p. 686).

Na seara da elaboração das políticas públicas para a promoção da saúde e a prevenção das doenças é que é travada a maior parte das discussões. As referidas políticas públicas para a promoção da saúde vão desde os programas de desenvolvimento do saneamento básico até a distribuição de medicamentos, quebra de patentes e demais prestações, e o Estado necessita administrar os recursos disponíveis e direcioná-los de forma a melhor atender aos preceitos constitucionais.

A partir dessas ponderações, faz-se necessária a compreensão do denominado “mínimo existencial” e quais as suas implicações no direito à saúde e na reserva do possível.

Não é pacífico o entendimento do que vem a ser o mínimo existencial, mas pode-se compreendê-lo como “[...] conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 25). Assim, é possível apro-

ximar o significado de mínimo existencial ao próprio direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Porém, tal aproximação deve ser feita com reservas, pois o mínimo existencial compreendido como as prestações materiais mínimas que o Estado precisa proporcionar aos indivíduos diferencia-se do mínimo “vital”, já que não se trata de garantir ao indivíduo somente o indispensável para a sobrevivência fisiológica, mas de proporcionar um ambiente saudável de desenvolvimento. É o que se tem entendido, quase que pacificamente, na doutrina nacional, tomando-se como exemplo os direitos socioculturais que são, também, considerados como parte integrante do mínimo existencial (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 24).

No Brasil, não existe previsão expressa do mínimo existencial na Constituição Federal, porém ele é consequência lógica do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, além de estar implícito no artigo 170 da Carta Magna, quando consagra o direito à vida digna como um dos objetivos da ordem constitucional e econômica (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 25).

Ante o exposto, é possível verificar que não há como elencar taxativamente os elementos nucleares do mínimo existencial, haja vista que é necessária a análise de cada indivíduo em sua realidade social e familiar, para, então, determinar-se o que se configura como mínimo existencial (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 25).

Por outro lado, há como afirmar que as prestações relativas aos direitos fundamentais sociais podem ser consideradas uma das principais formas da garantia do mínimo existencial e estas prestações fornecidas pelo Estado dependem de vários fatores, dentre os quais a organização e destinação dos recursos disponíveis, fazendo surgir a discussão acerca da chamada “reserva do possível” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 26).

Os direitos de defesa, dirigidos a uma conduta omissiva por parte do Estado, em geral, não implicam a discussão acerca do mínimo existencial justamente porque podem ser exigidos do Estado independentemente das circunstâncias econômicas. Porém, há que se admitir que mesmo estes direitos necessitam

de alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua efetivação (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 27).

Já em relação aos direitos a prestações, o viés econômico passa a ter grande importância, compreendendo-se por grande parte da doutrina que a efetivação desses direitos dependerá de análise da conjuntura econômica (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 28).

Nesse sentido, institui-se que os direitos fundamentais sociais de caráter prestacional estão restritos à reserva do possível, que delimita a efetivação desses direitos com base na capacidade financeira do Estado, considerando a necessidade de utilização de dinheiro dos cofres públicos para sua concretização (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 29).

Quanto à reserva do possível, sustenta-se a existência de três dimensões: a primeira é relativa à efetiva disponibilidade dos recursos para efetivação dos direitos, a segunda trata da disponibilidade jurídica e dos recursos materiais e humanos, levando em consideração as competências legislativas e tributárias, e, por fim, a terceira dimensão trata da proporcionalidade da prestação, estabelecendo que a prestação pretendida deve guardar razoabilidade com o que se pode pedir do Estado e da sociedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 30).

Ainda dentro deste tema, é importante frisar que a reserva do possível não constitui um direito fundamental, mas um limite fático à realização dos direitos fundamentais sociais, e pode, em determinadas situações, ser também uma garantia da efetivação destes (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 31).

Neste ponto, pode-se destacar que a reserva do possível deve ser encarada com reservas, ou seja, não se pode utilizá-la como argumento impeditivo de toda e qualquer pretensão judicialmente. Não há que se falar em violação do princípio da separação dos poderes quando o juiz, no caso concreto, verifica a insuficiência da prestação dada pelo Estado e ordena a realocação do recurso ou qualquer outra medida. Os princípios da moralidade e da eficiência podem e devem ser utilizados pelo poder público para amenizar o impacto da reserva do

possível, como forma de administrar a escassez dos recursos (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 32).

Ainda, é necessário esclarecer que todos os atuantes nesta seara, incluindo os órgãos jurisdicionais, devem se nortear pelo princípio da proporcionalidade, verificando a adequação da medida, a necessidade da prestação e a proporcionalidade do pedido, evitando, assim, excessos ou insuficiências (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 33).

No que se diz respeito às intervenções judiciais em relação às leis orçamentárias e gastos públicos em geral, é importante frisar que podem e devem ocorrer se o objetivo for a minimização dos efeitos da reserva do possível, não podendo ocorrer o inverso, ou seja, as leis orçamentárias não podem ser elevadas a patamar superior às regras constitucionais (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 34).

Destarte, “[...] a reserva do possível não pode ser reduzida *a limite posto pelo orçamento*, até porque, se fosse assim, um direito social sob a ‘reserva dos cofres cheios’ equivaleria, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.” (GRAU, 2005 apud SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 34, grifo do autor). Importante ter em mente que em Estado Democrático de Direito deve-se obediência à Constituição e que é ela que impõe os limites e prescreve os fins a serem alcançados pela Administração.

Com efeito, tem-se verificado uma crescente onda de judicialização do direito à saúde, e por todo o exposto pode-se verificar que as prestações materiais relacionadas à saúde constituem direitos subjetivos do indivíduo, podem, de fato, ser prestadas judicialmente e são fundadas no mínimo existencial. Limitações a estas prestações podem ser feitas com base na reserva do possível, mas não podem constituir limite fático à efetivação dos fins prescritos na Constituição Federal.

Passa-se agora aos apontamentos sobre a forma com que se está organizada a política nacional de distribuição de medicamentos, sendo esta, como apontado anteriormente, uma das formas de efetivação do mínimo existencial e de promoção da saúde e do bem-estar.

## 2.3 A POLÍTICA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

Antes de adentrar propriamente nos termos da política brasileira de distribuição de medicamentos são necessários esclarecimentos acerca de aspectos relacionados ao Sistema de Seguridade Social brasileira.

Este sistema pode ser definido como um conjunto integrado de ações do Poder Público em conjunto com a sociedade, visando assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social. É uma rede protetiva composta pelo Estado e por particulares que estabelece ações para auxílio das pessoas carentes, garantindo a todos um padrão mínimo de vida digna (IBRAHIM, 2011, p. 5).

Como mencionado, faz parte do sistema de seguridade social a proteção à saúde, e este será o enfoque dado às considerações subsequentes.

O principal meio de garantia e de promoção da saúde estabelecido pela Constituição Federal foi a criação do Sistema Único de Saúde. Ao fazer isso, o constituinte rompeu com a tradição existente até então, criando uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, objetivando melhor concretização do direito à saúde. Além disso, definiu que a competência sobre esta matéria é tanto da União quanto dos estados, Distrito Federal e municípios (MENDES; BRANCO, 2011, p. 688).

A descentralização da competência é uma das mais marcantes características do SUS, tendo como objetivo melhor atender a todos e preservar os aspectos e necessidades regionais de cada local (MENDES; BRANCO, 2011, p. 689).

A organização e o funcionamento do SUS, em termos gerais, estão estabelecidos na Constituição Federal, a partir do artigo 196, mas esse sistema também é objeto de lei específica, qual seja, a Lei n. 8.080, de 1990.

Dentro das políticas de proteção e promoção da saúde está o fornecimento de medicamentos gratuitos mediante controle do Sistema Único de Saúde. Os fármacos fornecidos pelo Estado de forma gratuita são apenas aqueles constantes na lista elaborada pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde.

O Brasil tem elaborado listas oficiais de medicamentos desde 1964, antes mesmo da recomendação feita pela Organização Mundial da Saúde em 1978 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015), e, atualmente, esta lista tem a denominação de Relação Nacional de Medicamentos (Rename) e foi estabelecida pela Portaria n. 3.916, de outubro de 1998, definindo a política nacional de medicamentos.

Com a Resolução n. 338 do Conselho Nacional de Saúde, em 06 de maio de 2004, a política Nacional de Assistência Farmacêutica “[...] amplia conceitualmente o escopo de sua atuação para as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde desenvolvidas no SUS, tendo o medicamento como insumo essencial que deverá ter acesso assegurado com uso racional.” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

O Decreto Presidencial n. 7.508, publicado em 28 de junho de 2011, regulamentou alguns aspectos da Lei do Sistema Único de Saúde (Lei n. 8.080, de 1990). Esse decreto vinculou o acesso universal e igualitário aos medicamentos à Rename e aos protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

Dessa forma, o conceito da Rename:

[...] é ampliado e a relação passa a compreender a seleção e a padronização de todos os medicamentos indicados para o atendimento das doenças e dos agravos no âmbito do SUS. Neste contexto, a RENAME apresenta o conjunto dos medicamentos a serem disponibilizados e ofertados aos usuários no sus, visando à garantia da integralidade do tratamento medicamentoso. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

Além disso, consta como papel da RENAME “[...] orientar a política pública de desenvolvimento científico e tecnológico, a fim de dotar o País de capacidade de desenvolver e produzir os medicamentos para atender às necessidades do SUS.” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

O financiamento de toda a estrutura compete à União, estados e municípios, sendo que a colaboração por parte dos dois últimos é feita por meio da Assistência Farmacêutica do SUS, desenvolvendo programas como o de fortalecimento da farmácia popular, em que a lista dos medicamentos fornecidos com

gratuidade pode ser modificada e ampliada para atender grupos específicos de usuários e portadores de doenças crônicas, a exemplo da diabetes (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

A Rename está dividida em três grandes e principais grupos, quais sejam: Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica e Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

A Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica é composta por uma relação de medicamentos e insumos farmacêuticos com o objetivo de atender às necessidades básicas e prioritárias (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

Já a Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica tem o objetivo de garantir o acesso aos medicamentos e insumos para prevenir, diagnosticar, tratar e controlar doenças específicas, a exemplo de tuberculose, peste, cólera além dos medicamentos para HIV/AIDS e doenças hematológicas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

Por fim, a Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica objetiva o acesso aos medicamentos necessários para o cuidado de situações clínicas definidas nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, que definem a melhor abordagem terapêutica para a doença em questão em cada fase do seu desenvolvimento, partindo das melhores evidências possíveis (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

Esses três grandes grupos sempre estão presentes na publicação anual da Rename e definem a estratégia brasileira de distribuição de medicamentos.

Consta como dever do Ministério da Saúde continuamente atualizar a Relação Nacional de Medicamentos de acordo com as necessidades da população. A cada nova edição são verificados os pedidos de inclusão ou exclusão dos medicamentos contidos nas listas. A avaliação dos pedidos cabe ao Conselho Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS.

O objetivo da Relação Nacional de Medicamentos é “[...] proporcionar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível” (BRASIL,1998), e a discussão do presente trabalho pauta-se justamente na possibilidade de exigir do Estado, judicialmente, medicamentos que não constam na Relação Nacional de Medicamentos.

Essas ações têm aumentado a cada ano e têm provocado discussões recentes em âmbito nacional em relação aos limites das decisões e suas implicações orçamentárias. É sobre a legitimidade dessas interferências e limites das decisões judiciais acerca do fornecimento de medicamentos que se pretende tratar na próxima seção.

### 3 O ATIVISMO JUDICIAL

Nesta seção, pretende-se discutir o que é o fenômeno chamado *Ativismo Judicial* e compreender quais os impactos positivos e negativos desta atuação proativa dos magistrados. Ao final, será analisada a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a fim de verificar a existência desse fenômeno no Brasil.

#### 3.1 DEFINIÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL

Ao se falar em ativismo judicial é importante destacar que são várias as definições dadas a esse fenômeno, porém todas convergem, substancialmente, em certo ponto de acordo, como se verá a seguir.

Para Ramos (2012, p. 119), o ativismo judicial é, em verdade, uma atividade jurisdicional que excede as capacidades institucionais do Poder Judiciário, invadindo os campos destinados ao legislador e ao administrador. Trata-se da descaracterização da função típica do Judiciário, adentrando em funções dos outros poderes, de forma insidiosa.

Ainda, o ativismo judicial está associado a um envolvimento maior na concretização dos fins constitucionais, que acaba por interferir no espaço reser-

vado aos outros poderes. Cumpre destacar que em várias situações não se verifica confronto, mas, sim, preenchimento de lacunas (BARROSO, 2016, p. 389).

Destaca Ferreira Filho (2012, p. 240) que o ativismo desemboca inevitavelmente na politização da atividade jurisdicional, resultando na partidarização da atividade. Esse ativismo, segundo o autor, acaba por criar uma ideologização da justiça e, por conseguinte, um retrocesso, já que por muito tempo a grande luta do Judiciário foi a desvinculação dos “poderes políticos” e dos condicionamentos partidários.

A interferência do Poder Judiciário em âmbito reservado aos outros poderes torna sua atividade mais próxima de legislador positivo. O ativismo implica o preenchimento de lacunas deixadas pelo legislador, mas também, se necessário, decisões contrárias ao estabelecido nas leis, suprindo as omissões do legislador (DIMOULIS, 2012, p. 262).

Partindo-se de uma visão construtiva do Direito pelo Poder Judiciário, pode-se dizer que o ativismo judicial é uma necessidade para a concretização dos preceitos normativos com alto grau de abstração às situações concretas. É também resultado da incapacidade do Legislador em prever todas as situações, considerando a realidade plural e dinâmica em que vivemos. A construção dessas soluções jurídicas é imprescindível ao acesso à justiça e à garantia dos direitos (FRANSCISCO, 2012, p. 78).

De outro lado, a posição ativista do judiciário implica a violação dos limites impostos pelo ordenamento para sua atuação, e, por isso, esse desvio de conduta desrespeita o princípio da separação dos poderes, vigente no Estado Constitucional de Direito (FRANSCISCO, 2012, p. 78).

As críticas ao ativismo judicial concernem à politização do Judiciário, à ausência de legitimidade democrática, à falta de segurança e previsibilidade das decisões e à judicialização de diversos assuntos (FRANSCISCO, 2012, p. 78).

Pode-se inferir que a conduta ativista implica, necessariamente, a invasão de incumbências constitucionais dadas aos poderes Legislativo e Executivo, com a finalidade de dar máxima efetividade aos direitos postulados. Dessa forma,

pode-se verificar, também, que a postura ativista não seria exclusividade nos casos que envolvem matéria constitucional.

Quando se fala em ultrapassar os limites da função jurisdicional, nem sempre isso significa que as decisões ativistas ampliem de maneira inaceitável o alcance de determinado texto normativo (RAMOS, 2012, p. 142).

Grande parte da doutrina brasileira tem entendido que quando se fala em prestação de direitos fundamentais sociais, a maior preocupação deve ser dirigida aos grupos mais vulneráveis, menos favorecidos e carentes de representação, que acabam, por consequência, tendo menos visibilidade e atenção do Estado (legislador e administrador) (TAVARES, 2012, p. 141).

Dentro dessa perspectiva, “[...] boa parte dessa doutrina vem construindo um modelo teórico e um instrumental capaz de resgatar os compromissos constitucionais relacionados ao Estado social de Direito.” (TAVARES, 2012, p. 141).

A decisão concretizada pelo juiz poderá extrapolar ao direito aplicado de várias maneiras, como, por exemplo, ao deixar de reconhecer ou invalidar determinado dispositivo, aumentando ou reduzindo o seu espaço de interpretação. Quando se entra na zona dúbia das normas compostas por conceitos indeterminados, o judiciário pode estar prejudicando a discricionariedade legislativa ou administrativa, sendo esta mais uma forma de violação ao princípio da Separação dos Poderes (RAMOS, 2012, p. 142).

Assim como as definições para ativismo judicial, são várias as situações apontadas como causadoras do desenvolvimento desse fenômeno. Aponta Ferreira Filho (2012) a existência de três principais causas para a existência do ativismo judicial: uma de ordem técnico-jurídica e outras duas ordens sociopolíticas.

A primeira diz respeito ao aumento do controle judicial das políticas e atos administrativos, principalmente por meio das ações que visam à aferição de constitucionalidade (FERREIRA FILHO, 2012, p. 222).

A segunda, de ordem sociopolítica, é resultado da crise e do desprestígio da sociedade com os “políticos” e, de outro lado, o grande prestígio dos

magistrados, que, bem preparados e instruídos, estão preocupados com a justiça (FERREIRA FILHO, 2012, p. 222).

Por fim, a terceira causa está ligada à anterior e trata do desenvolvimento da percepção dos próprios magistrados como elite, como pessoas preparadas e responsáveis em trabalhar para o bem comum (FERREIRA FILHO, 2012, p. 222).

Além disso, a própria função jurisdicional acaba colocando o magistrado em debates jurídicos intensos; a liberdade de compor a decisão estará limitada também pelo texto normativo em questão, quanto mais objetivo o texto, menor o campo para criação, quando mais aberto, maior será a necessidade de integração com outros textos e, por conseguinte, maior o campo para possível criação (RAMOS, 2012, p. 126).

Toda a atividade de interpretação deve ser, ao menos em parte, cognoscitiva, e, dessa forma, deve se guiar por métodos que justifiquem racionalmente a decisão tomada. Assim, é possível falar em trabalho controlável do intérprete (RAMOS, 2012, p. 173).

Porém, determinar onde inicia o excesso do magistrado que resultará no ativismo judicial é tarefa difícil de desenvolver, justamente por todas as variáveis existentes no momento da prestação jurisdicional e do inegável viés político de muitas das demandas. Sobre isso, diz Barroso (2016, p. 382):

[...] Entre o ceticismo do realismo jurídico e da teoria crítica, que equiparam o direito ao voluntarismo e à política, e a visão idealizada do formalismo jurídico, com sua crença na existência de um muro divisório entre ambos, o presente estudo demonstrará o que já se afigurava intuitivo: no mundo real, não vigora nem a equiparação nem a separação plena.

O que se verifica é que na concretização das normas jurídicas constitucionais, o direito e a política se envolvem e interagem, em uma relação repleta de variantes e complexidade (BARROSO, 2016, p. 382).

Conforme o mencionado autor, entre os dois extremos existe uma forma de exercer a vontade sem perder a razoabilidade e a legitimidade de vista (BARROSO, 2016, p. 382).

Para finalizar este tópico, pode-se sintetizar que o ativismo judicial é o fenômeno em que o Poder Judiciário adentra nas incumbências dos demais poderes e que, na maioria dos casos, é considerado desrespeito ao princípio da separação dos poderes. Além disso, percebe-se que é resultado e também certa necessidade do direito atual, em face da desmoralização dos demais poderes e da crescente judicialização dos mais variados assuntos. É sobre o fenômeno da judicialização que tratará a próxima seção, tentando explicá-la e aliá-la ao ativismo judicial.

### 3.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA

A jurisdição constitucional é a expressão que designa a interpretação e a aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário. No Brasil, essa competência é exercida em todas as instâncias, situando-se no topo o Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2016, p. 383).

Compreende “[...] o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.” (BARROSO, 2016, p. 383).

Nesse contexto, verifica-se grande aumento no número de ações judiciais nas quais o pedido se torna quase sempre o mesmo: atividade legislativa complementar, realizada aquém do que determina o ordenamento fundamental constitucional, espaço em que se encontra o ativismo judicial (MARQUES, 2012, p. 280).

Esse grande aumento no número de ações é resultado do processo chamado *Judicialização*. Pode ser definido como fenômeno, em que as questões importantes sob a ótica política, social ou moral são decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. É uma transferência de poder para o Judiciário, em prejuízo do Legislativo e do Executivo (BARROSO, 2016, p. 384).

Esse fenômeno é resultante de diversas circunstâncias, mas não é privilégio da realidade brasileira, pois alcança até mesmo países que adotaram o modelo inglês, com soberania parlamentar e sem controle de constitucionalidade (BARROSO, 2016, p. 384).

É necessário destacar que a *judicialização* difere em vários aspectos do *ativismo judicial*. A judicialização é “[...] o movimento pelo qual o Poder Judiciário decide questões de natureza política que dentro da divisão de competência normal dos Poderes estariam afetas originariamente aos Poderes Legislativo e Judiciário [...]” (MARQUES, 2012, p. 280). Já o ativismo é, conforme já descrito neste trabalho, a atuação proativa do Poder Judiciário na interpretação da Carta Magna, com intuito de maximizar os efeitos e fins constitucionais, indo além do legislador originário (MARQUES, 2012, p. 280).

Existem várias causas para o surgimento da judicialização, a primeira delas é a percepção de que o Judiciário deve ser forte e independente, e que isso é essencial às democracias modernas. A segunda representa a desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de efetividade dos poderes “políticos”. Por fim, a terceira causa é a própria postura dos atores políticos, que preferem que seja o Judiciário a decidir questões polêmicas e divisivas (como união homoafetiva, interrupção de gestação, etc.), evitando, assim, o desgaste dos eleitores (BARROSO, 2016, p. 385).

Em nosso País, esse fenômeno acabou se tornando ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica e do sistema de controle de constitucionalidade existente, em que é possível o acesso ao Supremo Tribunal Federal por meio de ações diretas (BARROSO, 2016, p. 385).

Destarte, a judicialização no Brasil “[...] constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário.” (BARROSO, 2016, p. 387).

Os juízes e tribunais, se solicitados de forma processualmente adequada, não podem deixar de se pronunciar sobre a questão. Porém, a forma com que

venham a se pronunciar é que determinará a existência, ou não, de ativismo judicial (BARROSO, 2016, p. 387).

Assim, a judicialização é um fato, uma circunstância do nosso modelo institucional, enquanto o ativismo é uma escolha, uma atitude do intérprete, buscando a máxima efetividade dos preceitos constitucionais e aumentando o seu alcance (BARROSO, 2016, p. 390).

Pode-se concluir que a judicialização difere do ativismo judicial, porém não há como negar que proporciona um campo fértil ao desenvolvimento das posições ativistas.

### 3.3 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O ativismo judicial no Brasil, não diferente de outras localidades, desenvolveu-se em situação de retração do Poder Legislativo, de rompimento de relações entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as necessidades sociais sejam atendidas efetivamente (BARROSO, 2016, p. 390).

Exercido de forma legítima, o ativismo busca “[...] extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente Construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados).” (BARROSO, 2016, p. 390).

Percebem-se claros exemplos de ativismo no campo da saúde, envolvendo tratamentos não autorizados pelas autoridades sanitárias ou determinações de concessão de medicamentos não constantes das listas do SUS.

A discussão se afeverou principalmente quando esses direitos prestacionais demandam recursos para sua implementação, situação condicionada à reserva do possível. Além disso, em relação a estes direitos o juiz não tem capacidade funcional para considerar os recursos de forma global, levando, dessa forma, a decisões que desprezam as normas orçamentárias e deixam de lado a condição do possível (FERREIRA FILHO, 2012 p. 226).

Nesse sentido, existem autores que defendem o minimalismo judicial, uma intervenção mínima das entidades judiciárias, fundamentado, também, nas limitações cognitivas e atuariais dos juízes, pois nessa perspectiva os juízes seriam, em muitos casos, incapazes de decidir de forma acertada (DIMOULIS, 2012, p. 265).

Os debates em torno dessas questões são intensos, há autores apoiando os integrantes do Judiciário por serem imparciais, com conhecimentos específicos e capazes de decidir com prudência e moderação. Porém, a justificativa teórica a esta ação limita-se a dizer que o juiz não é “escravo da lei”, ou que o juiz possui “responsabilidade social”. De outro lado, os juízes que simplesmente aplicam a lei são considerados formalistas, conservadores ou sem preocupação com a justiça (DIMOULIS, 2012, p. 264).

O fato é que o espaço para o ativismo judicial surge em razão das omissões dos demais poderes, que possuem a legitimidade democrática mas atuam sem responsabilidade quanto aos resultados. Quando perdem a legitimidade popular e ficam inertes acerca dos problemas sociais e deixam de implementar os fins constitucionais, os poderes “políticos” não estão sendo invadidos. O Judiciário, nesses casos, simplesmente tenta ocupar os vazios e dar à população respostas aos seus anseios (DIMOULIS, 2012, p. 265).

Entretanto, os princípios constitucionais devem ser utilizados pelo Judiciário como as demais normas da Constituição, considerando o limite textual e as peculiaridades hermenêuticas que possibilitam maior sentido com o todo, e não perdendo de vista os campos reservados à discricionariedade legislativa (RAMOS, 2012, p. 180).

Porém, não há como deixar de prestar a tutela de um direito fundamental em nome do princípio da separação dos poderes, ainda mais em tempos de decadência dos poderes Legislativo e Judiciário. Dessa forma, Barroso defende que quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, os juízes e tribunais devem aceitar as escolhas feitas pelo legislador

e respeitar o exercício da discricionariedade do administrador (BARROSO, 2016, p. 395).

Outra questão que vem à tona em relação aos direitos prestacionais é a da legitimidade para requerer em ações individuais estes direitos. O processo judicial tradicional caracteriza-se como instrumento hábil para resolução de conflitos de direitos individuais entre partes identificáveis. Já os direitos sociais são, necessariamente, direitos coletivos, com partes não identificáveis, pois tratam do bem comum. Dessa forma, não seria possível pleitear em ação individual um direito coletivo (MARQUES, 2012, p. 287).

Tratou-se desta questão anteriormente neste trabalho, na qual se verificou que os direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis, mesmo os que constam fora do rol previsto no artigo 5º, não podendo restringir o ingresso em juízo para pleito de direitos fundamentais, mesmo que estes sejam os fundamentais sociais.

O que se pode verificar até o momento é que há um verdadeiro impasse referente à postura “correta” dos magistrados nas ações envolvendo os direitos fundamentais sociais, alguns afirmando que deve haver mínima intervenção, já que se trata política pública, e outros dizendo que não há como se abster, já que se trata de direitos fundamentais.

Na próxima seção serão feitas análises de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, a fim de tentar verificar se os critérios atualmente utilizados podem realmente ser considerados ativistas, bem como se isso é de fato uma necessidade da sociedade em nossos tempos.

### 3.4 AS DECISÕES RELACIONADAS À CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS

Antes de adentrar nas análises da recente jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a concessão gratuita de medicamentos, é necessário compreender de onde se originaram os precedentes utilizados atualmente como parâmetros para o julgamento de tais ações.

Uma das primeiras decisões-paradigma sobre o assunto foi proferida pelo Ministro Celso de Mello, no Agravo no Recurso Extraordinário n. 271.286 (Rio Grande do Sul), no ano 2000.

Esse agravo foi impetrado pelo Município de Porto Alegre em razão da obrigação em fornecer medicamentos gratuitos a paciente portador do vírus HIV.

Na decisão, aduz o referido Ministro que o direito à saúde é indissociável do direito à vida e que, por esse motivo, o Poder Público não pode se mostrar indiferente àqueles que necessitam (BRASIL, 2000). Ainda, explica que o art. 196 da Constituição Federal, norma programática, não pode:

[...] converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (BRASIL, 2000).

Ainda, o Ministro explica que a concessão de medicamentos àqueles que necessitam dá a efetividade necessária aos preceitos da Constituição Federal, em especial aos artigos 5º e 196, garantindo a vida e a dignidade das pessoas (BRASIL, 2000).

Mais tarde, importante instrumento foi criado no Supremo Tribunal Federal: a audiência pública. Esse instrumento já tinha previsão de utilização por parte do Judiciário nas Leis n. 9.868/99 e n. 9882/99, e nasceu com o objetivo de possibilitar a discussão aprofundada do assunto e de ouvir as diferentes opiniões das entidades da sociedade civil sobre o tema.

No Supremo Tribunal Federal, foi regulamentado pela Emenda Regimental n. 29/2009, nos seguintes termos:

Art. 13. São atribuições do Presidente:

[...]

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento

de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. (BRASIL, 2009).

No mesmo sentido é o artigo 21, inciso XVII, do referido regimento, que confere também ao relator a faculdade de convocação de audiência pública.

No ano 2009, quando o então Ministro Presidente Gilmar Mendes convocou audiência pública para subsidiar as decisões das Suspensões de Tutelas Antecipadas n. 175, 178 e 244, foram ouvidos diversos setores da sociedade interessados pelo tema, e foram dispostos alguns parâmetros a serem seguidos em relação a este assunto.

Conforme Mendes, nos debates ocorridos ficou evidente o entendimento de que o problema não é a judicialização ou a interferência do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas de saúde, pois o que ocorre na maioria dos casos é a determinação do cumprimento das políticas existentes. Dessa forma, nos casos em questão seria irrelevante a discussão da legitimidade democrática (BRASIL, 2010).

Além disso, criou-se como primeiro parâmetro a verificação de existência, ou não, de política oferecida pelo Estado que proporcione a prestação pleiteada. Nesse caso, a prestação buscada ser oferecida pelo Estado, a determinação judicial é de mero implemento, e não de criação de política pública (BRASIL, 2010).

Porém, se a prestação não for oferecida pelo Sistema Único de Saúde é necessário verificar se a referida decorre de omissão legislativa ou administrativa, de decisão administrativa de não fornecimento ou de proibição legal à sua dispensação (BRASIL, 2010).

Verificou-se, também, a impossibilidade de fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pois esse registro é uma condição necessária à garantia de segurança e benefício do produto, sendo este o primeiro requisito à eventual incorporação do fármaco às listas do SUS (BRASIL, 2010).

Deve-se considerar, também, a motivação para o não fornecimento da prestação por parte do SUS. Pode ocorrer, basicamente, duas situações: o SUS possui tratamento alternativo, mas não é eficaz ou adequado ao paciente, ou o SUS não possui tratamento específico para a patologia em questão (BRASIL, 2010).

Concluiu-se que deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS, exceto se comprovada a ineficácia no caso concreto. Porém, essa conclusão não afasta a possibilidade de a Administração ou de o Poder Judiciário decidir de maneira diversa em determinado caso quando a política disponibilizada não se mostra eficaz. Isso porque os protocolos e listas demandam constante atualização/revisão, não sendo documentos eternos e inquestionáveis (BRASIL, 2010).

É diferente a situação que trata da inexistência do tratamento. Nesses casos envolve-se a problemática dos tratamentos experimentais e dos tratamentos ainda não testados.

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica), em regra, são desenvolvidos por laboratórios ou centros médicos de ponta e são pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos é regulada pelas normas de pesquisa médica, dessa forma, não pode o Estado ser obrigado a fornecê-las (BRASIL, 2010).

Já quanto aos novos tratamentos ainda não incorporados ao SUS, é necessária análise cuidadosa, já que o procedimento para aprovação do procedimento pode ser extremamente moroso, e isso não pode prejudicar aquele que busca sua implementação (BRASIL, 2010).

Ainda conforme Mendes, a inexistência de protocolo clínico no SUS não pode ser considerada violação ao princípio da integralidade e nem justificar as diferenças entre as opções dos usuários do SUS e as disponíveis aos usuários da rede privada (BRASIL, 2010).

A omissão administrativa nesses casos pode ser objeto de ações judiciais individuais e coletivas, necessitando, porém, de ampla produção de provas (BRASIL, 2010).

Por fim, esclarece Mendes que outra constatação fundamental colhida da audiência pública é que as demandas necessitam de ampla instrução probató-

ria, permitindo que o julgador consiga visualizar a dimensão subjetiva do caso e a dimensão objetiva do direito à saúde (BRASIL, 2010).

Dessa forma, o Tribunal negou provimento às Suspensões de Tutelas Antecipadas n. 175, 178 e 244.

É nessa linha que tem seguido o Supremo Tribunal Federal desde então.

Em relação ao fornecimento de medicamento que possui substituto fornecido pelo Sistema Único de Saúde, o Tribunal tem se posicionado no sentido de não fornecer, exceto se comprovada a ineficácia do fármaco fornecido pelo SUS. É o que se pode depreender do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 827.931 (Santa Catarina), de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, ao qual se negou provimento por unanimidade.

Já quanto ao fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o Tribunal tem se posicionado ao não fornecimento, como regra. Porém, em casos excepcionais, tem concedido em razão da ineficácia do fármaco fornecido pelo SUS, como se pode verificar na decisão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 761 (Distrito Federal), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, ao qual, por unanimidade, negou-se provimento ao pedido do Município de São Paulo em não fornecer remédio de alto custo ao agravante que possui doença rara e grave (BRASIL, 2015).

O mesmo pode ser verificado no julgamento do Agravo Regimental n. 824.946 (Rio Grande do Sul), de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Das decisões apresentadas até o momento, depreende-se que há, indiscutivelmente, intervenção judicial nas políticas públicas instituídas pelo Estado. Além disso, por todo o exposto no presente trabalho, torna-se evidente a necessidade de uma atuação proativa do Judiciário em determinadas situações.

Conforme Chevallier (2009, p. 119), o Estado e o Direito estão estreitamente ligados, indissociáveis. Assim, não apenas o Estado age por meio do direito, criando regras coercitivas, mas faz também parte do Direito. O estado é, então, uma entidade jurídica governada pela ótica do Direito.

Tem-se, atualmente, uma sociedade plural, dinâmica, e o Direito é o resultado do tempo vivido e dos anseios da sociedade. Alguns doutrinadores defendem que adentramos em um novo período da vida em sociedade, o que chamam de pós-modernidade.

O Estado perdeu o privilégio de gozar de legitimidade de pleno direito, a qual é verificada dependendo das ações engajadas e, assim como o Direito, não se coloca mais inteiramente às ordens do meramente racional (CHEVALLIER, 2009, p. 122).

A concepção de que a lei é a expressão da vontade geral também perdeu credibilidade nos últimos tempos, a ideia de que os eleitos falam em nome da Nação cede lugar à uma percepção realista e crítica da democracia representativa (CHEVALLIER, 2009, p. 123).

Apesar de tudo, o pós-modernismo vem não para determinar o fim do Direito, mas para desenvolver uma nova lógica, deixando de lado as certezas resultantes do primado da razão, adentrando no mundo das incertezas, do relativismo e da indeterminação (CHEVALLIER, 2009, p. 124).

Esse fenômeno é perceptível no Brasil, conforme apontado anteriormente. A crise na representatividade política tem, e muito, a ver com o movimento que vem passando o Poder Judiciário.

Como já levantado neste trabalho, o ativismo judicial se apresenta, basicamente, em duas formas: a primeira negativa, considerada usurpação das atribuições de outros poderes, e a segunda positiva, entendida como benéfica e de concretização dos direitos fundamentais.

A segunda forma de ativismo judicial é a que se pode verificar no Brasil e que é desejável no momento vivido. Passará a haver problemas quando as decisões ativistas, que adentrem em competências dos demais poderes, sejam feitas de forma injustificada. Nesse caso, o Poder Judiciário passaria a ser nada mais do que um instrumento para concretização dos interesses, e não instrumento de efetivação de direitos.

Todavia, as discussões acerca do ativismo judicial na atualidade não nos levam a uma resposta pronta, tampouco pacífica. Tanto que a própria Suprema Corte brasileira está pensando em rever alguns posicionamentos já sedimentados acerca do fornecimento de medicamentos gratuitos.

Essa “revisão” é resultado do reconhecimento da repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 566.471 RN, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Tal recurso é proposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, em razão da decisão obrigando a concessão gratuita de remédio de alto custo.

É inegável que esse assunto é de interesse coletivo, e, por este motivo, todos os processos semelhantes estão sobrestados até o momento.

Aqueles que defendem a concessão de medicamentos, mesmo os de alto custo, baseiam suas proposições no direito à saúde e à vida, visto que o medicamento pleiteado seria a garantia de condição digna de vida e do exercício do compromisso do Estado com o bem-estar das pessoas.

Aqueles que defendem não ser obrigação do Estado conceder medicamentos de alto custo baseiam suas proposições na coletividade do direito à saúde do Sistema Único de Saúde e que não se pode beneficiar um indivíduo em detrimento de tantos outros que poderiam estar necessitando. Além disso, alegam lesão à economia e à ordem pública, quando são obrigados a extrapolar o orçamento.

Por esses e outros motivos, o processo ainda está para ser julgado, tendo o Ministro relator Marco Aurélio já proferido seu voto, inclusive, tendo adentrado nas teorias sustentadas neste trabalho:

Os fundamentos do acórdão recorrido e as razões de extraordinário revelam as perplexidades decorrentes de decisões dessa natureza: teria o Tribunal usurpado as competências do Executivo e do Legislativo? Ou a relevância constitucional do direito envolvido e as circunstâncias concretas legitimam a atuação judicial interventiva? Quais os limites e as possibilidades da interferência judicial sobre os deveres positivos do Estado quanto aos ditos direitos fundamentais de segunda geração – os direitos socioeconômicos? A circunstância de a universalização do direito à saúde depender da formulação e execução de políticas públicas exclui a competência do Poder Judiciário em casos como o da espécie? É

possível a fixação de critérios objetivos capazes de racionalizar os milhares de litígios sobre a matéria espalhados por todo o país? (BRASIL, 2016a).

O referido Ministro inicia seus apontamentos reafirmando que o Estado deve desempenhar as funções que lhe são próprias e que problemas orçamentários não podem constituir obstáculos aos direitos previstos constitucionalmente (BRASIL, 2016a).

Defensor da máxima efetividade dos direitos fundamentais, Marco Aurélio diz ser o direito à saúde de extrema importância, ainda mais quando pode haver lesão ao mínimo existencial (BRASIL, 2016a).

O ministro diz ser o acesso aos medicamentos implícito ao direito fundamental social à saúde, sendo este vinculado à dignidade do homem. A institucionalização das políticas públicas para o acesso aos medicamentos deve ser realizada pelo Estado, mas de forma ou outra sempre haverá interferência judicial visando à garantia do mínimo existencial e o direito à saúde (BRASIL, 2016a).

Não cabe ao Judiciário a formulação de políticas públicas, mas pode e deve corrigir injustiças concretas a fim de garantir o mínimo existencial. Considerando essas ponderações, seriam inviáveis as proposições de ordem administrativa, de ferimento à ordem e economia e ao princípio da reserva do possível (BRASIL, 2016a).

A exposição feita está de acordo com os julgados anteriores da Suprema Corte, mas, conforme diz Marco Aurélio, o objetivo da análise em sede de repercussão geral é estabelecer critérios objetivos para tratar os futuros casos (BRASIL, 2016a).

Expõe o Ministro que seria necessária a comprovação da imprescindibilidade do medicamento buscado (objetivando a garantia do mínimo existencial) e a falta de condições financeiras para aquisição. Estes dois critérios independem do valor do medicamento pleiteado (BRASIL, 2016a).

A imprescindibilidade do medicamento deverá ser comprovada por meio de laudo, exames e outros meios, cabendo ao Estado comprovar a desnecessidade, a inexistência de alternativa nas listas do SUS ou demais proposições (BRASIL, 2016a).

Se o Estado comprovar, por exemplo, que o medicamento não produz os efeitos mencionados ou que existe outro no SUS que atende às necessidades do paciente, a imprescindibilidade será afastada, e o medicamento não poderá ser concedido (BRASIL, 2016a).

O Ministro cita que situações de insegurança devem ser tratadas com cautela, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos não registrados pela Anvisa, objeto do Recurso Extraordinário n. 657.718/MG, de julgamento conjunto a este recurso (BRASIL, 2016b).

Nesses casos, há a preferência pelo medicamento fornecido pelo SUS, porém, se o Estado não conseguir demonstrar a desnecessidade ou a similaridade de medicamento fornecido, este, mesmo sem registro na Anvisa, poderá ser concedido (BRASIL, 2016b).

A incapacidade financeira é um dos requisitos para a concessão gratuita de medicamentos, sobre isso, o Ministro também fez algumas ponderações.

A incapacidade em arcar com os custos dos medicamentos deve ser não somente do pleiteante, mas também de sua família, pois existe uma base constitucional de solidariedade neste campo (BRASIL, 2016b).

Do voto do Ministro relator extrai-se a seguinte tese:

[...] o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil. (BRASIL, 2016b).

O Ministro Roberto Barroso também já proferiu seu voto, após ter solicitado vista, que suspendeu o julgamento do processo.

Em relação aos medicamentos não fornecidos pelo SUS, o referido Ministro defende que o Estado não pode ser, como regra geral, obrigado a fornecer.

Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Apona, então, cinco requisitos que devem ser observados pelo Poder Judiciário em casos de prestações de saúde. São eles: incapacidade financeira do pleiteante para arcar com o custo do medicamento; demonstração de que o medicamento pleiteado não está nas listas do SUS em razão da decisão expressa dos órgãos responsáveis; inexistência de substituto incorporado às listas do SUS; prova de que o medicamento pleiteado é eficaz, baseando-se em evidências e na medicina; proposição da demanda somente em face da União, já que é dela a responsabilidade pela incorporação ou não de novos medicamentos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Barroso defende que é necessário desjudicializar a saúde no Brasil, pois o Estado gasta muitos recursos em discussões judiciais desse gênero, quando, na realidade, o Poder Judiciário não seria o local adequado para a definição de políticas públicas, e sim, as instâncias técnicas do Ministério da Saúde e do SUS (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

O Ministro explica que o problema não é tão simples, não se trata de embate entre o direito à saúde e o princípio da separação dos poderes, mas da limitação dos recursos e a ponderação necessária no emprego dos escassos recursos; critica, ainda, que “[...] a vida e saúde de quem tem condições de ir ao Judiciário não têm valor maior do que a dos muitos que são invisíveis para o sistema de justiça.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Para Barroso, o Judiciário não possui a legitimidade democrática necessária para decidir de que forma alocar os escassos recursos do Estado, e afirma: “Deve realizar escolhas trágicas: investir em um determinado medicamento ou tratamento sempre implica deixar de investir em outros. Não é o Judiciário o

órgão que tem a legitimação democrática própria para fazer estas escolhas.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Além disso, faz crítica às capacidades institucionais do judiciário, pois os julgadores não dominam o conhecimento específico para saber quais medicamentos devem ou não ser dispensados pelo SUS, mesmo quando o processo é instruído por laudo técnico (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Dessa forma, em seu voto, o Ministro nega provimento ao Recurso Extraordinário n. 566.471 RN, formulando a seguinte tese de repercussão geral:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Quanto ao julgamento do Recurso Extraordinário n. 657.718/MG, que versa sobre o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa, o referido Ministro também já se manifestou (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Assim como o Ministro Marco Aurélio, diz ser de caráter absolutamente excepcional o fornecimento de medicamento não registrado na Anvisa somente se já realizados testes e se houver demora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Além disso, acrescenta três requisitos que devem ser observados: a existência do pedido de registro, a existência de registro do medicamento em agências reguladoras no exterior, e, por fim, a inexistência de substituto terapêutico registrado pela Anvisa (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Formulou para este recurso a seguinte tese de repercussão geral:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Pedido de vista do Ministro Teori Zavascki suspendeu novamente o julgamento dos recursos.

Pode-se verificar por todo o exposto que de fato há certo grau de ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal, porém pode-se concluir que isso é decorrente do desenho institucional brasileiro e do momento vivido, em que a insegurança e a decadência da política têm levado o povo, cada vez mais, a buscar judicialmente as demandas necessárias, em especial as relacionadas à concessão de medicamentos.

O que não se pode negar é que a Suprema Corte tem atuado para garantir a máxima efetividade dos direitos constitucionais, inclusive o direito à saúde. Essa atuação possui, sim, certo grau de ativismo judicial, porém isso será um problema apenas quando essas decisões deixarem de possuir motivação e justificativa jurídica compatíveis com a Constituição Federal.

Se essa postura do Supremo Tribunal Federal está causando desordem no campo político, especialmente no orçamento definido para a saúde, é necessário que o assunto seja colocado em pauta de discussão pública, para que se estabeleçam critérios e caminhos a seguir. Até lá, a promessa constitucional de proteção à vida e à saúde continuará a ser realizada da forma possível.

#### 4 CONCLUSÃO

Inicialmente pode-se concluir que os direitos fundamentais são considerados como direitos público-subjetivos, pois, presentes na Constituição do País, têm como finalidade precípua a limitação do poder estatal, tendo como destinatários todas as pessoas, já que encerram em si caráter supremo.

Em relação ao direito à saúde, pode-se dizer que se trata de direito fundamental, mesmo estando fora do rol constante no artigo 5º da Constituição Federal. Isso se deve ao fato de que determinado direito se considera fundamental não por sua localização na Carta Magna ou pela relevância do bem jurídico protegido, mas pela relevância concedida a ele pelo constituinte.

Há quem defenda a impossibilidade de pleitear judicialmente o direito à saúde por este estar positivado de forma programática. Porém, pode-se depreender do presente estudo que se fosse dessa forma não se estaria cumprindo com a função do direito fundamental, tornando-se apenas norma vazia.

Dessa forma, verifica-se que a saúde é direito de todos e expressa tanto direito individual quanto direito coletivo; dizer que tal norma é apenas de cunho programático seria negar força normativa à Constituição.

Superada a questão da fundamentalidade do direito à saúde, é necessário informar que o direito fundamental à saúde tem como essência, também, a garantia do mínimo existencial.

O mínimo existencial, compreendido como as condições e prestações materiais necessárias, e indispensáveis, para uma vida digna e saudável, é considerado indissociável da dignidade de pessoa humana.

Ora, o remédio necessário pleiteado judicialmente é expressão do mínimo existencial para determinada pessoa, bem como garantidor de uma vida mais digna. Dessa forma, o pleito judicial de medicamentos é, sim, possível e legítimo, tanto que são inúmeras as ações propostas buscando a concessão de medicamentos não previstos nas listas do SUS.

É nesse ponto que reside grande parte da discussão do presente trabalho: há uma invasão do Poder Judiciário na esfera reservada à determinação de Políticas Públicas pelo Estado? É disso que trata o fenômeno do ativismo judicial?

Pôde-se verificar durante a pesquisa que são diversas as explicações para o que seria o ativismo judicial, tanto visões positivas quanto negativas.

A visão que mais parece correta é a de que o ativismo judicial trata de um envolvimento maior na concretização dos fins constitucionais, que acaba por interferir no espaço reservado aos outros poderes. Cumpre destacar que em várias situações não se verifica confronto, mas, sim, preenchimento de lacunas.

Partindo de visão construtiva do Direito pelo Poder Judiciário, pode-se inferir que o ativismo judicial é uma necessidade para a concretização dos preceitos normativos com alto grau de abstração às situações concretas.

Além disso, resulta da incapacidade do Legislador em prever todas as situações, considerando a realidade plural e dinâmica em que vivemos. A construção dessas soluções jurídicas é imprescindível ao acesso à justiça e à garantia dos direitos.

Verificou-se, especialmente durante a pesquisa jurisprudencial, que esse fenômeno que muitas vezes ultrapassa os limites da função jurisdicional, nem amplia de maneira inaceitável o alcance de determinado texto normativo.

O que preocupa grande parte da doutrina brasileira são as consequências das decisões ativistas, porém pode-se dizer que a limitação do ativismo por parte do julgador é a fundamentação da sua decisão.

Toda a atividade de interpretação deve ser, ao menos em parte, cognoscitiva e, dessa forma deve se guiar por métodos que justifiquem racionalmente a

decisão tomada. Assim, é possível dizer que existe controle do trabalho do intérprete.

Verificou-se que o ativismo judicial é resultado do processo de judicialização, em que as questões importantes sob a ótica política, social ou moral são decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. É uma transferência de poder para o Judiciário, em prejuízo do Legislativo e do Executivo.

Em nosso País, o ativismo judicial está cada vez mais presente, entre outras razões, pela constitucionalização abrangente e analítica e pelo sistema de controle de constitucionalidade existente, em que é possível o acesso ao Supremo Tribunal Federal por meio de ações diretas.

O fato é que o espaço para o ativismo judicial surge em decorrência de omissões dos demais poderes, que possuem a legitimidade democrática, mas atuam sem responsabilidade quanto aos resultados. Quando perdem a legitimidade popular e ficam inertes acerca dos problemas sociais e deixam de implementar os fins constitucionais, os poderes “políticos” não estão sendo invadidos. O Judiciário, nesses casos, simplesmente tenta ocupar os vazios e dar à população respostas aos seus anseios.

Na análise jurisprudencial sobre o tema, extrai-se que já existem parâmetros sendo seguidos pelo Judiciário quando se fala em decisões de concessão de medicamentos. Essas decisões são consideradas ativistas por proporcionarem a máxima efetividade do direito à saúde no caso concreto, culminando, por muitas vezes, na implantação de políticas públicas para os casos concretos.

Dessa forma, pode-se concluir que, exercido de forma legítima, o ativismo busca o alcance máximo dos mandamentos constitucionais, principalmente dos enunciados vagos e indefinidos, tornando-se garantia de efetivação do texto maior.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Proc. n. 175. Decisão em 17 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 04 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Proc. n. 761. Decisão em 07 maio 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590045>>. Acesso em 04 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário*. Relator: Ministro Celso de Mello. Proc. n. 271.286. Decisão em 12 nov. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=335538>>. Acesso em: 04 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Órgão Julgador: Segunda Turma. Proc. n. 827.931. Decisão em 16 nov. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812362>>. Acesso em: 04 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emenda Regimental n. 29*, de 18 de fevereiro de 2009. Acrescenta dispositivos ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL029-2009.PDF>>. Acesso em: 04 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Proc. n. 824.946. Decisão em 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=4530915>>. Acesso em: 04 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Proc. n. 566.471. 15 set. 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411&caixaBusca=N>>. Acesso em: 16 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Proc. n. 657.718. 15 set. 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411&caixaBusca=N>>. Acesso em: 16 out. 2016.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais. Justificação jurídica de decisões e competências. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça pluralista. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. Ativismo judicial e concretização dos direitos de seguridade social. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998*. 1998. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html)>. Acesso em: 01 jun. 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. *Relação nacional de medicamentos essenciais: RENAME 2014*. 9. ed. rev. e atual. Brasília, DF, Ministério da Saúde, 2015. Disponível em: <<http://portal-saude.saude.gov.br/images/pdf/2015/julho/30/Rename-2014-v2.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. Eficácia de normas constitucionais, implementação de direitos fundamentais e ativismo judiciário. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Eficácia de normas constitucionais, implementação de direitos fundamentais e ativismo judiciário. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. 25 set. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e direitos sociais no Brasil. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

**ARTIGOS ELABORADOS POR  
DISCENTES E DOCENTES DO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO DA UNOESC**





# IDENTIDADE, GÊNERO E VIOLÊNCIA: REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS<sup>1</sup>

Carlos Eduardo de Araújo Rangel\*  
Thais Janaina Wenczenovicz\*\*

**Resumo:** Neste trabalho, desenvolve-se uma reflexão inicial acerca das tensões identitárias vivenciadas por mulheres em face da violência de gênero. Nesse aspecto, o presente artigo trata de antecedentes históricos que contribuíram para a aproximação de medidas protetivas, bem como a efetivação dos direitos humanos frente à violência exercida sobre as mulheres na sociedade contemporânea. A existência de um Estado democrático responsável pela elaboração de legislações contempla ações e políticas públicas as quais corroboram o combate à violência de gênero e demais categorias. No estudo utiliza-se o procedimento metodológico bibliográfico-interpretativo, acrescido de dados estatísticos da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, no período de 2000 a 2015, e do Estado do Rio de Janeiro.

**Palavras-chave:** Gênero. Identidade. Violência.

## 1 INTRODUÇÃO

Durante muitos séculos a mulher foi deixada à sombra da História. As mulheres que incansavelmente vinham lutando para conquistar respeito e espaço na sociedade, enfrentando a discriminação – que remonta aos primórdios das civilizações – foram efetivando seus direitos impulsionadas pela inclusão no mercado de trabalho, pela ressignificação da identidade e amparo legal e pela ampliação de sua escolaridade.

---

<sup>1</sup> O estudo compreende um desdobramento de pesquisa realizada e incorporada ao II Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão/ANDHEP – Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação, Rio de Janeiro, e I Congresso Relações Internacionais, Direito e Poder: Atores Internacionais e Globalização, Chapecó, SC.

\* Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Ciências Penais; Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Cidade do Rio de Janeiro; cadurangel@ig.com.br

\*\* Doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em História Regional pela Universidade de Passo Fundo; Professora Adjunta e Pesquisadora Sênior na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; thais-wenczenovicz@uergs.edu.br

A discriminação e a violência contra a mulher estiveram ocultas durante séculos e refletem a desigualdade histórica nas relações de poder entre homens e mulheres. Os homens sempre tiveram seu espaço e valor reconhecidos pela sociedade, ao passo que as mulheres tiveram que lutar, e até pagar com a vida, pelo direito de estudar, trabalhar e votar. Sabe-se que essa dinâmica posta está diretamente relacionada ao moderno conceito de “violência de gênero”, que não considera as diferenças biológicas, mas, sim, as diferenças na dimensão social, que implicam desigualdades sociais, econômicas e no exercício do poder entre homens e mulheres. A violência contra a mulher não pode ser vista de forma isolada do contexto sócio-histórico da cultura da violência.

Pelo registro do Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM) (BRASIL, 2015), entre 1980 e 2013 morreram 106.093 pessoas vítimas de homicídio no Brasil. Efetivamente, o número de vítimas passou de 1.353 mulheres em 1980 para 4.762 em 2013, ou seja, houve um aumento de 252%. A taxa, que em 1980 era de 2,3 vítimas por 100 mil, passa para 4,8 em 2013, um aumento de 111,1%.

Ainda de acordo com o estudo, no qual se analisaram 70.270 ocorrências de violência contra mulheres registradas no Sistema Nacional de Atendimento Médico (Sinam) em 2011, a maior parte das ocorrências (71,8%) acontece dentro da casa da vítima. O estudo indicou que o cônjuge foi o autor em 27,6% dos casos de agressão. Esse percentual sobe para 49,3% das ocorrências no caso de mulheres entre 30 e 39 anos que sofreram agressão física em 2011. Além disso, o estudo sinalizou que a violência física é preponderante, englobando 44,2% dos casos. A violência psicológica ou moral representa 20,8% dos casos, enquanto a violência sexual é responsável por 12,2% dos atendimentos.

Com o advento dos direitos humanos e legislações correlatas foi possível aprofundar o debate e buscar melhorias substanciais. Embora a Constituição Federal, no artigo 5º, I, tenha reconhecido a igualdade formal entre os gêneros masculino e feminino quando diz que “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, isso não bastou para promover a igualdade material ou real, que decorre da mudança de valores, de cultura e de mentalidade. Assim, na

busca pela igualdade material entre homens e mulheres, surge à necessidade da discriminação positiva, consistente em medidas especiais, capazes de assegurar o progresso de grupos ou segmentos sociais, acelerando o processo de busca pela igualdade (também chamadas de ações afirmativas). Entretanto, urge do mesmo modo políticas públicas voltadas à prevenção e à erradicação da violência de gênero, como, por exemplo, o debate enquanto eficácia dos direitos humanos.

Este artigo divide-se em três partes: Mulher e trajetória histórica, Estudos de gênero e violência: conceito e autores e Medidas protetivas, políticas públicas e combate à violência contra mulher. Assinalam-se na terceira e última parte alguns dados estatísticos presentes em dois Estados brasileiros: Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. O procedimento metodológico aqui utilizado é o analítico-interpretativo de investigação bibliográfica principal (constituições e legislação acerca das questões de gênero) e secundária (diversos autores e suas obras escritas no decorrer da primeira década do século XXI relacionadas à historicidade da trajetória da mulher e às políticas públicas que cercam a temática). Enquanto metodologia de campo, foi realizada pesquisa nos arquivos da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, especificamente nos arquivos e bases estatísticas da Polícia Civil/Delegacia das Mulheres, e dados estatísticos da Secretaria de Segurança Pública Estadual do Rio de Janeiro e fontes correlatas.

## **2 GÊNERO, IDENTIDADE E VIOLÊNCIA: CONCEITO E AUTORES**

Sabe-se que o conceito de gênero e identidade está em constante debate e segue em processo de construção. A alemã Verena Stolcke (2004) afirma que a identidade sociossimbólica dos sujeitos, essa que é apresentada ao mundo, é cultural e, portanto, variável e transformável. Assim, a concepção da pessoa decorre de uma história social diferente. Nesse sentido, Beauvoir (1987) alega que a opressão contra as mulheres não se deve a fatores biológicos, psicológicos ou econômicos, mas a uma ordem hierárquica inventada pelo patriarcalismo para assegurar a autoridade masculina sobre elas.

Assim, os estudos de gênero pertencem a um campo de pesquisa acadêmica interdisciplinar que procura compreender as relações de gênero – feminino, transgeneridade e masculino – na cultura e sociedade humanas.<sup>2</sup> A área de estudos surge nos Estados Unidos com o desenvolvimento dos estudos feministas e pós-estruturalistas nos anos 1960, influenciados por Judith Butler e Michel Foucault,<sup>3</sup> e, a partir dos anos 1980, passa a agregar questões além do estudo da mulher, como masculinidade e identidade LGBT (SOIHET, 2011, p. 263-283).

As discussões teóricas sobre gênero podem ser divididas entre as relacionadas às características sexuais biológicas, supostamente fixas ou geneticamente determinadas na diferença entre homem e mulher, ou culturalmente determinadas, das quais se infere que a identidade de gênero masculino ou feminino é uma construção cultural, determinada por padrões de uma sociedade.<sup>4</sup> Posteriormente, os estudos focaram também nas abordagens de gênero e violência.

Segundo Zaluar (1999), o termo violência vem do latim *violentia*, que remete à vis (força, vigor, emprego de força física ou recursos do corpo em exercer a sua força vital). Essa força torna-se violência quando ultrapassa um limite ou perturba acordos tácitos e regras que ordenam relações, adquirindo carga negativa ou maléfica. É, portanto, a percepção do limite e da perturbação (e do sofrimento).

---

<sup>2</sup> No século XIX, a questão do estudo de gênero foi abordada em diversas obras e revistas por meio de críticas ao modelo tradicional masculino. Pode-se citar a obra da feminista alemã Louise Otto-Peters intitulada *Mulheres influentes e seu povo*, a qual critica os métodos de seleção de biografias da época caracterizados pela união aos homens e não por feitos próprios. Neste contexto, inclui-se também o papel da mulher na Revolução Francesa, na qual elas também lutaram por igualdade de direitos e reivindicaram direitos políticos e sociais principalmente no que se refere à maternidade e, posteriormente, à questão profissional e do lar.

<sup>3</sup> Embora o movimento feminista no Brasil tenha se intensificado a partir dos anos 1970, foi mais tardia a introdução do tema no mundo acadêmico. Foucault se popularizou entre os acadêmicos brasileiros a partir do fim da década de 1980, e, a partir de então, surgem os primeiros estudos sobre a condição feminina no Brasil baseados nas premissas do debate teórico iniciado nos Estados Unidos. A introdução dos estudos de gênero no Brasil se ocorreu por meio de iniciativas coordenadas nas áreas de História e Sociologia a partir dos anos 1990. Nessa mesma época foi criado na Unicamp o Grupo de Estudos de Gênero Pagu, sob liderança de Margareth Rago, Adriana Piscitelli, Elisabeth Lobo e Mariza Corrêa, o qual era responsável pela edição do periódico *Cadernos Pagu*, hoje referência na área.

<sup>4</sup> Esse segundo eixo está relacionado ao pensamento pioneiro de Beauvoir (1987, p. 13), que afirmava, no livro *O segundo sexo*, de 1949, que “[...] não se nasce mulher, torna-se mulher.”

mento que provoca) que vai caracterizar um ato como violento, uma percepção que varia cultural e historicamente.

Nessa assertiva, é muito comum encontrar estudos que associam a violência com a desigualdade social. Entretanto, sabe-se que ela possui razões endógenas e exógenas na sociedade brasileira. A violência, em seus mais variados contornos, é um fenômeno histórico na constituição da sociedade brasileira. A escravidão (primeiro com as comunidades tradicionais e posteriormente com as populações escravizadas), a colonização mercantilista, o coronelismo, as oligarquias antes e após a independência, somados a um Estado caracterizado pelo autoritarismo burocrático, contribuíram enormemente para o aumento da violência que acompanha a história do Brasil.<sup>5</sup>

Diversos outros fatores colaboram para aumentar a violência, como a urbanização acelerada,<sup>6</sup> o êxodo rural, as novas relações de consumo, o desemprego e a exclusão social, resultando em uma sociedade de explorados e exploradores. A preferência, na explicação sociológica, para o modelo dicotômico que divide a sociedade em duas categorias antagônicas, ainda que empregando diferentes conceitos – como dominação, exploração econômica, segregação racial ou exclusão – atesta a continuidade do dualismo no pensamento social brasileiro e marca os textos produzidos no período da abertura e da redemocratização (Guimarães (1982), Carvalho (1985, 1994, 1995), Oliven (1980, 1981, 1982), Kowarick e Ant (1981) Machado e Tapparelli (1993), Misse e Motta (1979) e Zaluar (1983, 1986)). A apresentação das cidades divididas em duas partes muitas vezes levou os pesquisadores a repetir canonicamente argumentos recém-aparecidos no debate internacional,<sup>7</sup> como o da teoria da marginalidade travestida de “exclusão”.

---

<sup>5</sup> Para esse tema recomenda-se Ribeiro (1995), Faoro (1958), Comparato (2007) e Dias (2008).

<sup>6</sup> Nessa seção indica-se a leitura dos trabalhos de Kowarick e Ant (1981), Brant (1989), Caldeira (1992), Vargas (1993) e Cardia (1997), os quais aprofundaram o conhecimento da crise urbana e dos conflitos decorrentes de mudanças diversas, inclusive as novas divisões espaciais – não apenas duas (favela/asfalto; Norte/Sul) – na Cidade de São Paulo, ao interpretar o seu impacto sobre o medo e o crescimento da violência observados nessa Cidade. No Rio de Janeiro, o foco nas transformações ou na estruturação urbana seguiu muito mais a fórmula dualista que pode ser encontrada em Carvalho (1985, 1994, 1995), Cunha (1996), Minayo (1990), Soares et al. (1996) e Souza (1993).

<sup>7</sup> Vide Foucault (1996).

Os instrumentos da violência, segundo Arendt (1995), seriam mudos, abdicariam do uso da linguagem que caracteriza as relações de poder, baseadas na persuasão, influência ou legitimidade. Outras definições não fogem desse paradigma: a violência como o não reconhecimento do outro, a anulação ou a cisão do outro (Adorno (1991, 1995), Cardoso (1987), Muniz (1996), Oliveira (1995), Paixão (1991), Tavares dos Santos, Nery e Simon (1999), Zaluar (1988, 1989, 1993, 1994)), a violência como a negação da dignidade humana (Brant, (1989), Caldeira (1991), Fischer (1985) Kowarick e Ant (1981)), a violência como a ausência de compaixão (Zaluar (1994), Soares et al. (1996)), a violência como a palavra emparedada ou o excesso de poder Tavares dos Santos, Nery e Simon (1999). Em todas elas, ressalta-se, explicitamente ou não, o pouco espaço existente para o aparecimento do sujeito da argumentação, da negociação ou da demanda, enclausurado que fica na exibição da força física pelo seu oponente ou esmagado pela arbitrariedade dos poderosos que se negam ao diálogo (ZALUAR, 1999, p. 7-11).

### 3 HISTÓRIA, MULHERES E CONQUISTAS JURÍDICAS

Como já apontado, a violência contra a mulher é produto de um construto histórico – portanto, passível de desconstrução – que traz em seu seio estreita relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder.<sup>8</sup> Por definição, pode ser considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou seja passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada.

A Organização das Nações Unidas (ONU) iniciou seus esforços contra essa forma de violência na década de 1950, com a criação da Comissão de Status da Mulher, a qual formulou entre os anos 1949 e 1962, uma série de tratados baseados em provisões da Carta das Nações Unidas – que afirma expressamente os

---

<sup>8</sup> Para Spivak (2012), se, no contexto da produção colonial o sujeito subalterno não tem história e não pode falar, o sujeito feminino está ainda mais profundamente na obscuridade. Logo, há que se pensar também em colonialidade de gênero.

direitos iguais entre homens e mulheres – e na Declaração Universal dos Direitos Humanos – que declara que todos os direitos e liberdades humanos devem ser aplicados igualmente a homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza.

Desde então, várias ações têm sido conduzidas em âmbito mundial para a promoção dos direitos da mulher, e, no que compete ao Brasil, uma série de medidas protetivas vêm sendo empregadas visando à solução dessa problemática.

Para se compreender o fenômeno da violência torna-se necessário realizar um breve retorno ao legado investido à mulher pela cultura ocidental. A classificação da mulher tem sido norteadada pelo viés biológico e social, determinante para a desigualdade de gênero, que traz em seu bojo uma relação assimétrica sob a égide de um discurso pautado na valoração de um sexo sob o outro.

Nas civilizações antigas havia muitas diferenças entre homens e mulheres. As mulheres não tinham direitos jurídicos, não recebiam educação formal, eram proibidas de aparecer em público sozinhas, sendo confinadas em suas próprias casas em um aposento particular, a exemplo da Grécia (Gineceu); aos homens, estes e muitos outros direitos eram permitidos (NICHOLSON, 2008, p. 2-4).

Segundo Vrissimtzis (2002, p. 38), o homem era polígamo e soberano inquestionável na sociedade patriarcal, a qual pode ser descrita como o “clube masculino mais exclusivista de todos os tempos”. Não apenas usufruía de todos os direitos civis e políticos, como também tinha poder absoluto sobre a mulher.

Com o advento da cultura judaico-cristã houve alteração nas relações socioculturais e, por consequência, na condição identitária e conceitual da mulher. O Cristianismo retratou a mulher como sendo pecadora e culpada, devendo, por isso, seguir a obediência, ser passiva e submissa aos homens. Assim, a religião judaico-cristã foi delineando as condutas e a “natureza” das mulheres e incutindo uma consciência de culpa que permitiu a manutenção da relação de subserviência e dependência. Mas não foi somente a religião que normatizou o sexo feminino, a medicina também exerceu seu poder, apregoando até o século XVI a existência de apenas um corpo canônico e esse corpo era masculino (RAGO, 1985).

Na ótica aristotélica, a crença da mulher como um homem invertido e, portanto, inferior, perdurou durante séculos. O modelo de sexo único prevaleceu durante muito tempo por ser o homem o alvo e o construtor da coletividade humana. Dentro dessa visão androcêntrica, a mulher consistia em uma categoria vazia. Apenas quando se configurou na vida política, econômica e cultural dos homens a necessidade de diferenças anatômicas e fisiológicas constatáveis é que o modelo de sexo único foi repensado.

A visão naturalista, que imperou até o final do século XVIII, determinou uma inserção social diferente para ambos os sexos. Aos homens cabiam atividades nobres, como a filosofia, a política e as artes; enquanto as mulheres deviam se dedicar ao cuidado da prole, bem como de tudo aquilo que diretamente estivesse ligado à subsistência do homem, como a fiação, a tecelagem e a alimentação. Um exemplo dessa posição paradigmática pode ser observado em Rousseau (1978):

A rigidez dos deveres relativos dos dois sexos não é e nem pode ser a mesma. Quando a mulher se queixa a respeito da injusta desigualdade que o homem impõe, não tem razão; essa desigualdade não é uma instituição humana ou, pelo menos, obra do preconceito, e sim da razão; cabe a quem a natureza encarregou do cuidado com os filhos a responsabilidade disso perante o outro.

Essa interpretação começou a mudar a partir da Revolução Francesa, em 1789. Nela as mulheres puderam participar ativamente do processo revolucionário ao lado dos homens por acreditarem que os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade seriam estendidos à sua categoria. Ao constatar que as conquistas políticas não se estenderiam ao seu sexo, algumas mulheres se organizaram para reivindicar seus ideais não contemplados. Entre elas pode-se citar Olympe de Gouges,<sup>9</sup> que publicou em 1791 um texto intitulado *Os Direitos da Mulher e da Cidadã*.

---

<sup>9</sup> Gouges foi uma defensora da democracia e dos direitos das mulheres. Na sua Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã (*Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*), de setembro de 1791, desafiou a conduta injusta da autoridade masculina e da relação homem-mulher que se expressou na

Com a consolidação do sistema capitalista no século XIX, ocorreram profundas mudanças na sociedade como um todo. Seu modo de produção afetou o trabalho feminino levando um grande contingente de mulheres às fábricas. A mulher sai do *locus* que até então lhe era reservado e permitido – o espaço privado –, e vai à esfera pública. Nesse processo, contestam a visão de que são inferiores aos homens e se articulam para ocupar espaços no mundo do trabalho e minimizar as diferenças.

De forma objetiva, pode-se dizer que esse movimento corresponde à preocupação em eliminar as discriminações sociais, econômicas, políticas e culturais que a mulher sempre carregou.

Ao questionar a construção social da diferença entre os sexos e os campos de articulação de poder, surge o conceito de gênero, abrindo-se, assim, as portas para se analisar o binômio dominação-exploração construído ao longo dos tempos.

A violência contra a mulher traz em seu seio uma estreita relação com as categorias de gênero, identidade, classe e raça/etnia e suas relações de poder. Essas relações estão mediadas por uma ordem patriarcal proeminente na sociedade brasileira, a qual atribui aos homens o direito de dominar e controlar suas mulheres, podendo, em certos casos, atingir os limites da violência.

#### 4 SOBRE MEDIDAS PROTETIVAS

Em 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), conhecida como a Lei Internacional dos Direitos da Mulher. Essa Convenção visou à promoção dos direitos da mulher em busca da igualdade de gênero, bem como a repressão de quaisquer discriminações.

Já no contexto social brasileiro, a década de 1970 é marcada pelo surgimento dos primeiros movimentos feministas organizados e politicamente en-

---

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão durante a Revolução Francesa. Em razão de seus escritos e atitudes pioneiras, foi alvejada por tiros até a morte na praça da Revolução, Paris.

gajados em defesa dos direitos da mulher contra o sistema social opressor – o machismo. A política sexista vivida até então deixava livres e impunes muitos violentadores de mulheres sob o argumento de legítima defesa da honra. Como exemplo temos o caso do crime que se tornou nome de bairro na Cidade de Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

“Tristeza” é o nome do bairro da cidade de Porto Alegre onde uma mulher de 39 anos e seu filho de 5 foram assassinados dentro de casa, a golpes de faca. Para a Polícia Civil, o principal suspeito é o marido dela, pai da criança. Foram encontrados bilhetes em que ele afirmava suspeitar da fidelidade da esposa e lhe fazia ameaças [...] (FLORES, 2004, p. 37).

O caso relatado é apenas um exemplo da impunidade à violência perpetrada contra as mulheres. A partir do engajamento do movimento de mulheres surge, em 1981, no Rio de Janeiro, o SOS Mulher, com o objetivo de construir um espaço de atendimento às mulheres vítimas de violência, além de ser um espaço de reflexão e mudanças das condições de vida dessas mulheres. O SOS Mulher não se restringiu apenas ao Rio de Janeiro, e a iniciativa também foi adotada em outras capitais, como São Paulo e Porto Alegre.

A busca dos movimentos – de mulheres e feministas – por parcerias com o Estado para a implementação de políticas públicas resultou na criação do Conselho Estadual da Condição Feminina, em 1983, e na ratificação pelo Brasil da CEDAW, em 1984, ao que se seguiu, em 1985, da implantação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e da primeira Delegacia de Defesa da Mulher (DDM). A criação das Delegacias de Defesa da Mulher foi uma iniciativa pioneira do Brasil que mais tarde foi adotada por outros países da América Latina. Pela última pesquisa realizada em 2003/2004, contavam-se 380 delegacias, tendo sua maior concentração na região Sudeste (40%) (BRASIL, 2006).

Ao ratificar a CEDAW, o Estado brasileiro se comprometeu perante o sistema global a coibir todas as formas de violência contra a mulher e a adotar políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência de gênero.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 incorpora aos direitos e garantias do seu texto original os estabelecidos em decorrência de acordos e tratados internacionais. Dessa forma, as Resoluções da Convenção de Belém do Pará e da CEDAW são também garantias constitucionais, como expressa o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 2006).

Dessa forma, a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) veio efetivar o compromisso assumido perante os sistemas internacionais. Essa iniciativa contribuiu para dar maior visibilidade à problemática da violência contra a mulher, especialmente a doméstica, favorecendo a discussão da natureza criminosa da violência perpetrada sob questões de gênero, além de criar uma via de enfrentamento e erradicação da violência contra a mulher no Brasil.

A temática mulher e violência voltou à pauta no cenário internacional em 1993, com a Declaração de Viena. Nela foram considerados os vários graus e manifestações de violência, incluindo as resultantes de preconceito cultural e tráfico de pessoas. Um grande avanço dessa declaração foi a revogação da violência privada como criminalidade comum, considerando, assim, que a violência contra a mulher infringe os direitos humanos e é realizada principalmente na esfera privada. Um ano depois, em 06 de junho, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, que foi ratificada pelo Brasil em 1995.

[...] esta representa um marco contextual e conceitual para a violência de gênero, uma vez que define em seu artigo 1º o conceito de violência contra a mulher. Violência contra a mulher significa, nos termos desta convenção, “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause ou passível de causar morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”. (BRASIL, 2006, p. 15).

Nesse aspecto, as diversas instâncias – nacionais e internacionais – buscaram legitimar o Direito da Mulher de várias formas. Acordos, leis, campanhas educativas, programas de ações integradas referenciais e incentivo à temática com veiculação na imprensa representaram algumas dessas alternativas.

Posteriormente surgiu a Lei n. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, criada para atender diversas demandas, entre elas os acordos internacionais e a Convenção de Belém do Pará, ratificados em 1995, e a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

A referida Lei criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Desde então, surgiram alguns questionamentos quanto à sua constitucionalidade, considerando que alguns doutrinadores acreditam ser inconstitucional, por ferir o princípio da igualdade contemplado pelo artigo 5º, inciso I, da Carta Magna, uma vez que não trata ambos de forma igual. Porém, entende-se que a Lei é constitucional, podendo ser aplicada para os dois sexos. Com o surgimento da referida Lei observou-se uma maior garantia legal às mulheres, já que ela elencou medidas de proteção, sendo possível a aplicação da prisão preventiva, desde que comprovados os indícios de autoria e materialidade.

#### 4.1 A MULHER NO RIO GRANDE DO SUL: POLÍTICAS PÚBLICAS E COMBATE À VIOLÊNCIA

À guisa de exemplo e nesse contexto de ampliação de direitos, foi criada a Secretaria de Políticas para as Mulheres do Governo do Estado do Rio Grande do Sul (SPM-RS) por meio da Lei n. 13.601.<sup>10</sup> Como missão, o devido órgão tem como principal ação atuar nos programas de Governo, visando à promoção dos direitos da mulher para a eliminação das discriminações que as atingem, bem como à sua plena integração social, política, econômica e cultural.

---

<sup>10</sup> Diário Oficial – 1º de janeiro de 2011 – Art. 40, Seção XI, pág. 7.

É relevante assinalar que diversos e latentes eram os problemas no trabalho das delegacias comuns em relação ao atendimento e processamento das denúncias de violência doméstica e sexual contra as mulheres no Estado do Rio Grande do Sul. Em razão de uma visão de desvalorização da violência doméstica e sexual, havia grande dificuldade, por parte dos agentes públicos (inspetores, policiais e delegados), em reconhecer esse tipo de conflito como crime passível de penalidade. Agressões entre marido e mulher não eram consideradas questões de polícia, mas incidentes meramente familiares. O cotidiano feminino era permeado por humilhação e constrangimento. As mulheres eram geralmente desencorajadas a prosseguir com o registro policial e não raro aconselhadas a pensar se não haviam provocado a agressão, principalmente nos casos de violência sexual.<sup>11</sup>

Além de sua missão e fundamentação pode-se apontar, enquanto competências da Secretaria de Políticas para as Mulheres do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, seis eixos:

- I - assessorar a Administração Pública na formulação, coordenação e articulação de políticas para as mulheres;
- II - elaborar e implementar campanhas educativas de combate a todo tipo de discriminação contra a mulher no âmbito estadual;
- III - elaborar o planejamento de gênero que contribua na ação do governo estadual com vista à promoção da igualdade entre os sexos;
- IV - articular, promover e executar programas de cooperação entre organismos públicos e privados, voltados à implementação de políticas para as mulheres;

---

<sup>11</sup> De acordo com o Mapa da Violência (WAISELFISZ, 2012), elaborado pelo Instituto Sangari, as mortes de mulheres decorrentes de homicídio comumente acontecem na esfera doméstica (em 68,8% dos atendimentos a mulheres vítimas de violência, a agressão aconteceu na residência da vítima). Quanto à relação entre a mulher e seu agressor, 65% das agressões tiveram autoria do parceiro ou ex-parceiro das vítimas na faixa dos 20 aos 49 anos. E, apesar de as armas de fogo continuarem a ser o principal meio de cometimento dos homicídios, o fator gênero diversifica marcadamente a proporção de armas utilizadas: nos casos de vítimas do gênero masculino, as armas de fogo somam 75,5% dos incidentes, enquanto nos de vítimas do gênero feminino somam pouco mais da metade. Já os meios que exigem contato direto, como objetos cortantes, penetrantes, contundentes, sufocação etc., são mais expressivos quando se trata de violência contra as mulheres, visto que em 26% das vezes são mortas com objetos cortantes ou penetrantes. É nítido o uso desses índices por parte das mídias – produção de programas televisivos e reportagens jornalísticas – ‘utilizando-se’ da situação para exploração enquanto condição de gênero.

V - articular as políticas transversais de gênero do Governo; VI - implementar e coordenar políticas de proteção às mulheres em situação de vulnerabilidade. (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 7).<sup>12</sup>

Superando a lógica de se tornar obrigatório ao poder público, a referida Secretaria também buscou minimamente dar suporte à instalação das Delegacias das Mulheres e as prover com recursos humanos para reconhecer e incorporar as mulheres no complexo contexto de inclusão ao desenvolvimento de múltiplas estratégias para enfrentar a violência com práticas eficazes e fundamentais para a preservação e garantia dos direitos humanos.

Acrescem-se às atividades da Secretaria no quesito mulher e violência a busca da formulação de um banco de dados e bases estatísticas, a formação continuada dos atores que atuam com a questão, o estímulo na divulgação de campanhas publicitárias e a sensibilização da comunidade em geral frente a temática. Pode-se citar o observatório de violência contra a mulher, que se trata de um espaço que fornece relatórios acerca da violência e a campanha *Compromisso e Atitude no Enfrentamento à Impunidade, nos Crimes de Violência contra as Mulheres*.

Ainda, destaca-se a criação de sete delegacias especializadas em atendimento à mulher<sup>13</sup> apenas no período de 2011 a 2014 e a instituição da Patrulha Maria da Penha<sup>14</sup> – política de prevenção – na qual a Brigada Militar, pela primeira vez na história do Brasil, fiscaliza o cumprimento da medida protetiva de urgência, solicitada pelas vítimas de violência doméstica. A patrulha, por intermédio de viaturas identificadas e policiais militares capacitados, desempenha visitas regulares à casa da mulher vítima de violência, além de prestar o atendi-

<sup>12</sup> Diário Oficial – 1º de janeiro de 2011 – Art. 40, Seção XI, pág. 7.

<sup>13</sup> Atualmente são 20 DEAMs e 20 postos policiais especializados no Estado, sediados nas delegacias comuns no Estado do Rio Grande do Sul (2016b).

<sup>14</sup> Instalada em outubro de 2012, atua em 18 cidades e conta com 26 patrulhas distribuídas nas Cidades de: Alvorada, Cachoeirinha, Canoas (2), Caxias do Sul, Charqueadas, Cruz Alta, Esteio, Gravataí, Novo Hamburgo, Passo Fundo, Pelotas, Porto Alegre (8), Rio Grande, Santa Cruz do Sul, Santana do Livramento, Uruguaiana, Vacaria e Viamão.

mento necessário no pós-delito. Se necessário, além disso, também encaminha a vítima para um abrigo.

Em nível de Polícia Civil, o tema violência de gênero foi incluído nas disciplinas denominadas Direitos Humanos aplicados à Função Policial e Legislações Especiais aplicadas a Grupos Vulneráveis. No âmbito da Brigada Militar, a disciplina de Direitos humanos também faz parte do currículo de todos os cursos de formação, nos quais o tema violência de gênero é abordado, bem como nas disciplinas de Legislação Esparsa e Sociologia da Violência. Os cursos são ministrados no Departamento de ensino e Treinamento da Secretaria da Segurança Pública. Estima-se que foram mais de 1.500 capacitados até dezembro de 2015 (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

A Delegacia das Mulheres tem suas atribuições e competências atualmente estabelecidas pelo Decreto n. 42.082, de 12 de agosto de 1997, e atendem a mulheres, crianças e adolescentes de ambos os sexos. Sua maior atuação, pode-se dizer, é relacionada às lesões corporais leves, ameaças e injúrias, e as ocorrências menos notificadas são as de natureza sexual.

Nesse recorte de pesquisa foram analisados os dados estatísticos no período de 2012 a 2015 (quatro anos), conforme apresenta a Tabela 1. Os dados destacam os registros que envolvem o gênero feminino nas mais diversas faixas etárias, os quais foram feitos em sistema próprio ou integrado na Diretoria de Planejamento e Coordenação (Diplanco) (2016) e na Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe). O levantamento mostra que, em uma década e meia, houve aumento de quase 1.000% na população carcerária feminina do Rio Grande do Sul. Em 1998, eram cerca de 180 mulheres presas, e hoje são aproximadamente duas mil. No mesmo período, aumentou em 170% o total de homens presos.

Já os dados da Susepe (RIO GRANDE DO SUL, 2016d) revelaram que o tráfico de drogas corresponde a 80% das prisões de mulheres. Desse total, 60% usaram o corpo para levar drogas a companheiros privados de liberdade. Pouco mais da metade garantiu ter sido obrigada a carregar entorpecentes, após a prisão do cônjuge ou companheiro, o que as levou a dar continuidade ao negócio ilícito.

Nesse aspecto, é necessário assinalar que o Estado do Rio Grande do Sul mantém hoje mulheres presas em casas construídas exclusivamente para abrigar homens, ainda que em celas separadas. Além da penitenciária Madre Pelletier, em Porto Alegre, há prisões em Torres e Guaíba para o sexo feminino. Sobre o número de vagas, os dados apontam distorção entre um órgão e outro, ficando difícil apontar um número conclusivo.

Tabela 1 – Indicadores de Violência às mulheres no RS (2012-2015)<sup>15</sup>

(continua)

<b>MULHERES VÍTIMAS - LEI MARIA DA PENHA</b>	<b>AMEA- ÇA</b>	<b>LESÃO CORPO- RAL</b>	<b>ESTUPRO</b>	<b>FEMINICÍ- DIO CON- SUMADO*</b>	<b>FEMINI- CÍDIO TENTA- DO</b>
2012/ jan.	4.263	2.657	138	12	
2012/ fev.	4.039	2.571	101	14	
2012/ mar.	3.913	2.311	122	8	
2012/ abr.	3.527	2.058	80	5	
2012/ maio	3.615	2.016	103	8	
2012/ jun.	3.187	1.725	97	2	
2012/ jul.	3.185	1.714	122	12	
2012/ ago.	3.627	2.150	127	13	
2012/ set.	3.396	2.081	106	9	
2012/ out.	3.949	2.454	127	9	
2012/ nov.	4.022	2.427	133	3	
2012/ dez.	4.237	2.972	125	6	
<b>TOTAL</b>	<b>44.960</b>	<b>27.136</b>	<b>1.381</b>	<b>101</b>	

<sup>15</sup> Enquanto Dimensões da Violência, foram identificadas nos autos elementos das dimensões econômicas e sociais (formas de violências que se manifestam e se expressam no plano material e da reprodução do homem); das dimensões simbólicas (formas de violências que se expressam no plano do psíquico, da subjetividade, dos afetos, das ideias, dos valores, das relações interpessoais e sociais) e das dimensões corporais (formas de violências que se manifestam no plano físico, agressões físicas, estupro, abuso sexual, falta de respeito, sexualidade precoce).

(continuação)

<b>MULHERES VÍTIMAS - LEI MARIA DA PENHA</b>	<b>AMEA- ÇA</b>	<b>LESÃO CORPO- RAL</b>	<b>ESTUPRO</b>	<b>FEMINICÍ- DIO CON- SUMADO*</b>	<b>FEMINI- CÍDIO TENTA- DO</b>
2013/ jan.	4.534	2.674	126	7	26
2013/ fev.	3.850	2.423	120	12	21
2013/ mar.	3.842	2.298	96	8	19
2013/ abr.	3.679	2.069	97	9	19
2013/ maio	3.231	1.970	104	10	13
2013/ jun.	3.262	1.795	111	9	18
2013/ jul.	3.314	1.724	100	5	13
2013/ ago.	3.296	1.769	96	6	19
2013/ set.	3.246	1.935	91	8	22
2013/ out.	3.579	2.186	133	7	19
2013/ nov.	3.854	2.461	115	2	21
2013/ dez.	4.143	2.848	117	9	19
<b>TOTAL</b>	<b>43.830</b>	<b>26.152</b>	<b>1.306</b>	<b>92</b>	<b>229</b>

		(continuação)				
<b>MULHERES VÍTIMAS - LEI MARIA DA PENHA</b>	<b>AMEA- ÇA</b>	<b>LESÃO CORPO- RAL</b>	<b>ESTUPRO</b>	<b>FEMINICÍ- DIO CON- SUMADO*</b>	<b>FEMINI- CÍDIO TENTA- DO</b>	
2014	2014/ jan.	4.432	2.573	111	5	38
	2014/ fev.	3.935	2.307	95	9	24
	2014/ mar.	3.985	2.329	124	11	29
	2014/ abr.	3.618	2.015	98	8	15
	2014/ maio	3.443	1.751	92	4	17
	2014/ jun.	3.175	1.814	84	3	17
	2014/ jul.	3.484	1.714	94	4	24
	2014/ ago.	3.531	1.989	72	3	23
	2014/ set.	3.529	1.877	90	6	26
	2014/ out.	3.843	2.266	97	5	24
	2014/ nov.	3.827	2.355	77	9	30
	2014/ dez.	3.828	2.596	73	8	20
<b>TOTAL</b>	<b>44.630</b>	<b>25.586</b>	<b>1.107</b>	<b>75</b>	<b>287</b>	

(conclusão)						
MULHERES VÍTIMAS - LEI MARIA DA PENHA	AMEA- ÇA	LESÃO CORPO- RAL	ESTUPRO	FEMINICÍ- DIO CON- SUMADO*	FEMINI- CÍDIO TENTA- DO	
2015/ jan.	4.169	2.492	47	5	25	
2015/ fev.	3.809	2.291	58	11	32	
2015/ mar.	4.324	2.378	48	3	32	
2015/ abr.	3.850	2.093	52	9	33	
2015/ maio	3.542	1.919	38	6	33	
2015/ jun.	3.110	1.648	43	5	16	
2015/ jul.	2.923	1.662	37	7	17	
2015/ ago.	2.880	1.857	47	11	29	
2015/ set.	2.209	1.435	44	7	16	
<b>TOTAL</b>	<b>30.816</b>	<b>17.775</b>	<b>414</b>	<b>64</b>	<b>233</b>	

Fonte: Rio Grande do Sul (2016d).

Nota: Extração em: 05 de fevereiro de 2016.<sup>161</sup>

Segundo o Mapa da Violência 2012<sup>17</sup> (WASELFISZ, 2012),<sup>18</sup> o País é o sétimo no *ranking* mundial de assassinatos de mulheres, com uma taxa de 4,4 homicídios a cada 100 mil mulheres.

<sup>16</sup> Os dados presentes na Tabela 1 representam um recorte temporal, retratando os fatos registrados na data da extração da base de dados, sujeito ainda a alterações provenientes da revisão de ocorrências duplicadas, apuração de informações oriundas de investigações, diligências, perícias, correção do fato no final da investigação policial. Entretanto, trata-se de levantamento para fins acadêmicos, servindo para o objetivo deste estudo.

<sup>17</sup> Mapa da Violência é uma série de estudos publicados desde 1998 que inicialmente contou com o apoio da Unesco, do Instituto Ayrton Senna, da FLACSO e outras entidades, e, mais recentemente, publicado pelo Governo brasileiro.

<sup>18</sup> Waiselfisz é sociólogo e seu estudo mais recente corresponde ao ano 2014. Contém a evolução das taxas de mortalidade nos estados e municípios brasileiros com mais de 10.000 habitantes e as mortes causadas por homicídio na população total e na população jovem (de 15 a 24 anos); mortes causadas

Em consonância, a busca crescente por avanços das políticas públicas dos Estados, na segurança jurídica e na tentativa de eficácia aos direitos humanos, foram elaborados três programas no Estado do Rio Grande do Sul, tentando amenizar a violência sistêmica ao gênero feminino:

*Programa “Mulheres Construindo Autonomia RS” – que objetiva a capacitação de mulheres para o mercado de trabalho, no campo e na cidade.*

*Programa “Prevenção e Enfrentamento à Violência Contra a Mulher” – que visa o fortalecimento da rede de enfrentamento à violência contra a mulher em todas as regiões do Rio Grande do Sul. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).*

#### 4.2 A MULHER NO RIO DE JANEIRO: PODER PÚBLICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E VIOLÊNCIA

No Estado do Rio de Janeiro, as mulheres representam cerca de 52% da população total. Em 2015, o percentual de mulheres vítimas de algum delito registrado em delegacia de polícia civil foi 48,0%. Vítimas masculinas representaram 51,2% e, em 0,8% dos casos, não havia informação sobre o sexo da vítima. Há delitos, no entanto, em que a representação de vítimas por sexo possui peculiaridades, como é o caso do homicídio doloso, cujas vítimas preferenciais são homens, e o estupro, que tem as mulheres como vítimas preferenciais, mesmo após as mudanças trazidas pela Lei n. 12.015/09, segundo a qual não apenas mulheres, mas também homens podem ser vítimas de estupro.

Segundo o Dossiê Mulher 2015,<sup>19</sup> das formas de violência que têm maior percentual de mulheres vítimas é a violência sexual (RIO DE JANEIRO,

---

por acidentes de transporte e suicídios. Desde 1999, a violência no Brasil deixou de se concentrar nas grandes cidades e atingiu também o interior dos Estados. Existe uma versão do estudo que tem como enfoque os jovens da América Latina. Trata-se de *Mapa da Violência: Os jovens da América Latina*, também de autoria de Jacobo Waiselfisz, em que se analisa a mortalidade causada por homicídios, pelo uso de armas de fogo, por suicídios e por acidentes de transporte, com foco nos óbitos juvenis (de 15 a 24 anos) em 83 países do mundo, principalmente em 16 países da América Latina. O estudo levanta as especificidades da região para explicar os altos níveis de violência verificados.

<sup>19</sup> O Dossiê Mulher tem como objetivo traçar um diagnóstico dos principais crimes relacionados à violência contra a mulher, por isso os delitos aqui apresentados foram selecionados por constituírem

2015). Os delitos relacionados a essa esfera da vitimização são o estupro e a tentativa de estupro, os quais em 2014 registraram juntos 6.318 vítimas, entre homens e mulheres. Foram 4.725 mulheres vítimas de estupro (83,2%) e 586 mulheres vítimas de tentativa de estupro (91,3%). A violência física se destaca por agregar o maior número absoluto de vítimas, 98.869 ao todo (somando-se homicídio doloso, tentativa de homicídio e lesão corporal dolosa). Há distinções de gênero, no entanto, quando se observa cada tipo de agressão. No caso do homicídio doloso, por exemplo, inúmeros estudos já mostraram que, no Rio de Janeiro (assim como no Brasil), as agressões cujo resultado é a morte (homicídio doloso) têm homens (e homens jovens) como principais vítimas, o que justifica que em 2014 apenas 8,5% das vítimas fossem do sexo feminino.<sup>20</sup>

Entre 2010 e 2014 o homicídio de mulheres no Rio de Janeiro apresentou um crescimento mais intenso, especialmente a partir de 2011. Em 2014, se observa a maior distância entre o crescimento do total de homicídios (4,2%) e o crescimento do homicídio de mulheres (18,0%), comparado ao ano 2013. Já em 2015, os números de homicídios totais e de mulheres voltaram a apresentar comportamentos na mesma proporção, com redução na faixa de 15% no total de casos de homicídios e de 14,3% para o homicídio de mulheres em relação a 2014. Analisando o comportamento da curva de homicídios de mulheres no Estado Rio de Janeiro nos últimos seis anos em relação ao total de vítimas, observa-se que, apesar da criação do indicador de redução de homicídio instituído pelo Sistema de Metas da Secretaria de Estado de Segurança (Sim) desde 2009, e, mais recentemente, da criação de uma lei que qualifica o crime de feminicídio (2015), os homicídios praticados contra mulheres insistem em apresentar curvas distin-

---

uma dinâmica singular quanto à relação entre acusados e vítimas, possibilitando uma melhor contextualização de situações de violência no âmbito doméstico e/ou familiar. As informações divulgadas no Dossiê Mulher têm como fonte o banco de dados dos registros de ocorrência (RO) das Delegacias de Polícia do Estado do Rio de Janeiro, disponibilizado pelo Departamento Geral de Tecnologia da Informação e Telecomunicações (DGTIT) da Polícia Civil.

<sup>20</sup> Segundo o Mapa da Violência 2012 (WASELFSZ, 2012), o País é o sétimo no *ranking* mundial de assassinatos de mulheres, com uma taxa de 4,4 homicídios em cada 100 mil mulheres.

tas, indicando as singularidades que envolvem esse tipo de vitimização (PINTO; MORAES; MONTEIRO, 2016, p. 11-12).

Esses e outros dados fizeram com que o Estado e a sociedade civil organizada respondessem à pandemia da violência à mulher por meio de campanhas e políticas públicas. Enquanto políticas públicas e projetos, são inúmeras as iniciativas por parte das esferas federal, estadual e municipal no Rio de Janeiro, entre as quais se pode citar: Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, Diretrizes Nacionais para o Abrigamento, Protocolo de cooperação de proteção às mulheres, Protocolo de Cooperação – Providências MPF, Projeto Violeta, Programa Mulher: viver sem violência, entre outras.

No quesito campanhas, elencam-se a Campanha Nacional de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – 2011/2012, a Campanha Nacional 2013 e a Campanha Permanente de combate à violência nos meios de comunicação formais e comunitários (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2016).<sup>21</sup>

## 5 CONCLUSÃO

Dos elementos-destaque dessa análise (gênero, identidade e violência), sabe-se que muito já se discutiu e muito se tem a pesquisar. No decorrer histórico, são notáveis as manifestações individuais e o engajamento dos organismos humanitários frente à questão da mulher. Muitas foram as manifestações e estímulos para combater o flagelo da violência à mulher, que se tornou endêmico em muitas partes do mundo.

Da evolução sócio-histórica pode-se citar o reconhecimento à necessidade de mudar o foco da mulher para o conceito de gênero, reconhecendo que

---

<sup>21</sup> Enquanto diretrizes de investigação na questão de gênero, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro atua nos casos de feminicídio com a missão de investigar as perspectivas de gênero com base nas mortes violentas de mulheres.

toda a estrutura da sociedade, e todas as relações entre homens e mulheres dentro dela tiveram que ser reavaliadas. Somente por essa fundamental reestruturação da sociedade e de suas instituições poderiam as mulheres ter plenos poderes para tomar o seu lugar de direito como parceiros iguais aos homens em todos os aspectos da vida. Essa mudança representou uma reafirmação de que os direitos das mulheres são direitos humanos, e que a igualdade de gênero era uma questão de interesse universal, beneficiando a todos e não somente a um segmento.

É consenso que a violência contra a mulher deve ser combatida em todas as suas formas. Uma simples indiscrição linguística pode fomentar uma atitude que envolva a violência física. Uma simples cena de novela pode justificar e naturalizar um comportamento agressivo e ser reproduzido por alguns segmentos da sociedade. As tentativas de diminuir o foco de atenção à violência de gênero podem ser os primeiros passos para validar uma relação de poder norteadas pela injustiça.

Enquanto políticas públicas e programas complementares analisados, muitos indicam que houve a ampliação do grau de consciência das mulheres para com seus direitos, regatando-as da invisibilidade diante do Estado e dos poderes constituídos. Elas incorporaram às suas necessidades e demandas uma espécie de “consciência de gênero”, associada a um processo incremental de transformação, em que alguns temas da agenda de gênero e algumas das abordagens propostas por movimentos e entidades de mulheres são incorporados, de forma gradual, abrindo talvez caminho para a eficácia de direitos por meio das políticas públicas.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. A violência na sociedade brasileira: um painel inconcluso em uma democracia não consolidada. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 299-342, jul./dez. 1995.

ADORNO, Sérgio. Sistema penitenciário no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 9, 1991.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 7. ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BASSO, Ana Paula; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; RAMOS, Marcelo. Sociologia, antropologia e cultura jurídicas. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015. *Anais...* Florianópolis, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

BRANT, Vinícius Caldeira. *São Paulo: trabalhar e viver*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Norma técnica de padronização: Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher – DEAMs*. Brasília, DF, 2006.

BRASIL. Sistema de Informação sobre Mortalidade. *Mortalidade*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/svs/mortalidade>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. São Paulo: Nova Fronteira, 1987.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *City of walls. Tese de Doutorado*. Berkeley, 1992.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou ‘privilégios de bandidos’? *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 30, 1991.

CARDIA, Nanci. A violência urbana e a escola. *Contemporaneidade e Educação*, Rio de Janeiro, n. 2, set. 1997.

CARDOSO, Ruth Corrêa Leite. A violência dos outros. *Ciência Hoje*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 28, jan./fev. 1987.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Cidade escassa e violência urbana. *Série Estudos*, Rio de Janeiro, n. 91, 1995.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Contra o ‘espantinho da repressão’: a polícia e a construção da ordem burguesa no Brasil. *Revista OAB/RJ – A instituição policial*, Rio de Janeiro, n. 22, jul. 1985.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de. *Quatro vezes cidade*. Rio de Janeiro: Sete Letras, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder (Org.). *A República Inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.

CUNHA, Olívia Maria Gomes da. Cinco vezes favela uma reflexão. In: VELHO, Gilberto; ALVITO, Marcos (Org.). *Cidadania e Violência*. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ: Editora da FGV, 1996.

DIAS, Maurício. *A Democracia Traída*. São Paulo: Globo, 2008.

DUBY, Georges; PERROT, Michelle (Org.). *Escrever a História das Mulheres*. In: THÉBAUD, Françoise. *História das Mulheres no Ocidente*. O século XX. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder - formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1958.

FISCHER, Rosa Maria. *O direito da população à segurança: cidadania e violência urbana*. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Cedec, 1985.

FLORES, Moacyr. *História do Rio Grande do Sul*. 5. ed. Porto Alegre: Nova Dimensão, 1993.

FLORES, Moacyr. Porto Alegre no século XIX. In: DORNELLES, Beatriz. *Porto Alegre em destaque: história e cultura*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Genealogia e Poder, curso no Collège de France*. jan. 1996.

GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS, 1993.

GUIMARÃES, Alberto Passos. *As classes perigosas*. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Dados e Estatísticas*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

KOVARICK, Lúcio; ANT, Clara. Violência: reflexões sobre a banalidade do cotidiano em São Paulo. In: BOSCHI, Renato Raul. *Violência e Cidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

MACHADO, Eduardo Paes; TAPPARELI, Gino. Violência juvenil, inflação e morte nas quadrilhas de Salvador. *Cadernos do SEAS*, Salvador, n. 165, set./out. 1993.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. A violência na adolescência: em foco a adolescência 'descamisada'. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 6, n. 3, jul./set. 1990.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Projetos e Campanhas*. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

MISSE, Michel; MOTTA, Dilson. *Crime: o social pela culatra*. Rio de Janeiro: Achiamé-Socii, 1979.

- MUNIZ, Jacqueline. Os direitos dos outros e outros direitos: um estudo sobre a negociação de conflitos nas DEAMs/RJ. In: SOARES, Luiz Eduardo et al. *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.
- NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. *Revista Estudos feministas*, São Paulo, 2008.
- OLIVEIRA, Luciano. *Imagens da democracia: os direitos humanos e o pensamento político de esquerda no Brasil*. Recife: Pindorama, 1995.
- OLIVEN, Ruben George. A criminalização de drogas e o reencantamento do mal. *Revista do Rio de Janeiro*, v. 1, n. 1, 1993.
- OLIVEN, Ruben George. A violência como mecanismo de dominação e como estratégia de sobrevivência. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, 1980.
- OLIVEN, Ruben George. Chame o ladrão: as vítimas da violência no Brasil. In: BOSCHI, R. *Violência e cidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- OLIVEN, Ruben George. *Condomínio do diabo*. Rio de Janeiro: Ed. da UFRJ, 1994.
- OLIVEN, Ruben George. *Violência e cultura no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 1982.
- PAIXÃO, Antônio Luiz. Segurança privada, direitos humanos e democracia. *Novos Estudos*, São Paulo: Cebrap, n. 31, 1991.
- PERROT, Michelle. *As mulheres e a história*. Lisboa: Dom Quixote, 1995.
- PERROT, Michelle. *História das mulheres no Ocidente (o século XX)*. Porto: Afrontamento; São Paulo: Ebradil, 1995. v. 5.
- PINTO, Andréia Soares; MORAES, Orlinda Cláudia R. de; MONTEIRO, Joana. (Org.). *Dossiê mulher 2015*. Rio de Janeiro: Instituto de Segurança Pública, 2015. Disponível em: <<http://arquivos.proderj.rj.gov.br>>. Acesso em: 31 jul. 2016.
- PRIORE, Mary Del. *História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1997.
- PULEO, Alicia. Filosofia e gênero: da memória do passado ao projeto de futuro. In: GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia (Org.). *Políticas públicas e igualdade de gênero*. 1. ed. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004.
- RAGO, Luzia Margareth. *Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar, Brasil 1890-1930*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. *DEAM's E PPM's*. Disponível em: <<http://www.policiacivil.rs.gov.br>>. Acesso em: 01 abr. 2016a.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Lei n. 13.601, de 01 de janeiro de 2011. Dispõe sobre a estrutura administrativa do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. *Diário Oficial Eletrônico*, 01 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/13.601.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). *Relatório das ações afirmativas da secretaria da segurança pública*. Empoderamento das trabalhadoras da Segurança Pública Enfrentamento à violência contra as mulheres e meninas Avanços e implantação de políticas LGBT Igualdade Civilizatória e outras ações afirmativas. Porto Alegre: Corag, 2014.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos. *Conselho Estadual dos Direitos da Mulher - CEDM/RS*. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://www.sjdh.rs.gov.br>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Secretaria Estadual de Segurança Pública. *Dados e bases Estatísticas*. Disponível em: <<http://www.ssp.rs.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2016b.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). SIP/PROCERGS. *Sistema Delegacia on line*. Porto Alegre, 2016c. Disponível em: <<http://www.procergs.rs.gov.br/inicial>>. Acesso em: 21 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Superintendência dos Serviços penitenciários. *Presídios - Delegacias Penitenciárias – Dados*. Porto Alegre, 2016d. Disponível em: <<http://www.susepe.rs.gov.br>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SAFFIOTI, Heleieth B. Feminismos e seus frutos no Brasil. In: SADER, Emir (Org.). *Movimentos sociais na transição democrática*. São Paulo: Cortez, 1986.

SAFFIOTI, Heleieth B. Violência de Gênero – lugar da práxis na construção da subjetividade. *Revista Lutas Sociais*, São Paulo, n. 2, 1997.

SILVA, Lúcia Soares da. *Mulheres e punição: uma história das Delegacias de Defesa da Mulher*. 2001. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais)–Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.

SILVA, Kelly Cristiane. *Pesquisa nacional sobre as condições de funcionamento das delegacias especializadas no atendimento às mulheres*. Brasília, DF: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Disponível em: <<http://www.mobilizadores.org.br/wp-content/uploads/2014/05/texto-5363c7143c42e.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

SOARES, Barbara Musumeci. *Mulheres invisíveis: violência conjugal e as novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

SOARES, Luiz Eduardo et al. *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

SOIHET, Rachel. História das Mulheres. In: CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (Org.). *Domínios da História*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SOUZA, Edinilsa Ramos de. Violência velada e revelada: estudo epidemiológico da mortalidade por causas externas em Duque de Caxias, Rio de Janeiro. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, jan./mar. 1993.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

STOLCKE, Verena. La mujer es puro cuento: la cultura del género. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 2, mayo/agosto 2004.

SZNICK, Valdir. *Assédio sexual e crimes sexuais violentos*. São Paulo: Ícone, 2001.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

TAVARES DOS SANTOS, José Vicente; NERY, Beatriz Didonet; SIMON, Cátia Castilho. A palavra e o gesto emparedados: a violência na escola. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 22., 1999, Caxambu. *Anais...* Caxambu, 1999.

VARGAS, João Helion. *À espera do passado: as transformações recentes de São Paulo vistas de seu epicentro*. 1993. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)–Universidade de Campinas, Campinas, 1993.

VRISIMTZIS, Nikos A. *Amor, Sexo e Casamento na Grécia Antiga*. Tradução Luiz Alberto Machado Cabral. 1. ed. São Paulo: Odysseus, 2002.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012: Homicídios de Mulheres no Brasil*. Flacso, ago. 2012. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012\\_atual\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2014: Homicídios e juventude no Brasil*. Brasília, DF: Unesco, 2004. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014\\_AtualizacaoHomicidios.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_AtualizacaoHomicidios.pdf)>. Acesso em: 06 abr. 2016.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência: os jovens do Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001298/129886porb.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2014: os jovens do Brasil*. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014\\_JovensBrasil\\_Preliminar.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

WENCZENOVICZ, Thaís Janaina; DACANAL, Sandra. *Máscaras do Corpo: da moral aos costumes*. Passo Fundo: Méritos, 2012.

ZALUAR, Alba. *A Máquina e a revolta*. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985a.

ZALUAR, Alba. Condomínio do diabo: as classes populares urbanas e a lógica do ferro e do fumo. In: PINHEIRO, P. S. (Org.). *Crime, violência e poder*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

ZALUAR, Alba. Crime e trabalho: o cotidiano das classes populares. *Revista Ciência Hoje*, jul. 1986.

ZALUAR, Alba. O Rio contra o crime. *Revista Presença*, n. 5, 1985b.

ZALUAR, Alba. Violência e mal-estar na sociedade: um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 13, n. 3, jul./set. 1999.

# TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY NO FORNECIMENTO DE FÁRMACO EM FASE EXPERIMENTAL<sup>1</sup>

Janaina Reckziegel\*  
Varones Pasqual Drabach Filho\*\*

**Resumo:** No presente artigo teve-se como objetivo principal analisar a teoria da ponderação no estado democrático brasileiro e buscar a aplicação da fórmula de Robert Alexy sobre a ponderação de princípios como método para a solução racional de conflito entre o direito à vida de um paciente diagnosticado com neoplasia grave terminal e o princípio da saúde pública na produção e fornecimento de um medicamento em caráter experimental.

**Palavras-chave:** Ponderação. Diretos fundamentais. Conflito de princípios. Neoplasia grave. Medicamento experimental.

## 1 INTRODUÇÃO

Neste estudo busca-se apresentar uma solução racional ao conflito de princípios, utilizando-se a teoria da ponderação, bastante estudada por Robert Alexy.

Inicia-se o estudo com a abordagem do conceito de Estado, apresentando-se uma pequena linha histórica a respeito do que hoje temos como Estado Democrático de Direito, pilar fundamental da Constituição Federal, que tem inseridos em seu texto alguns direitos fundamentais que serão objetos de análise.

Nesse sentido, com este artigo tem-se como intuito analisar o conflito entre o direito fundamental à vida e o direito à saúde pública; aquele, consubstanciado na hipótese de o portador de neoplasia maligna grave em estágio termi-

---

<sup>1</sup> O presente trabalho é resultado de pesquisa em Bioética do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Cívicos e Sociais, do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. \* Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul; Professora Universitária e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; janaina.reck@gmail.com

\*\* Especialista em Advocacia Cível e Empresarial pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mes-trando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; varonesfilho@unochapeco.edu.br

nal receber medicamento em fase experimental, conflitando-se com o direito à saúde pública, por ser dever do Estado tutelá-la.

Não se buscou uma análise aprofundada acerca dos princípios colidentes, apenas foi aplicada a fórmula matemática de Robert Alexy para se verificar a possibilidade da resolução desse conflito de princípios, considerando-se o grande número de ações a respeito do tema e as diversas decisões judiciais.

Em que pesem as inúmeras críticas que recebe a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, é um mecanismo interessante para a resolução da colisão de princípios. A princípio, a teoria e a fórmula parecem de difícil interpretação e aplicação prática; todavia, ao ser compreendida, nota-se que sua aplicação prática é de grande valia, mas ainda pode sofrer interferência externa daquele que a aplica se já houver propensão a fazer prevalecer um princípio em detrimento de outro.

## **2 O ESTADO DE DIREITO E SEU ESTADO PRESTACIONAL**

Atualmente o Estado é responsável pela busca do bem-estar social, que nasceu a partir da percepção humana de que juntos poderiam melhor enfrentar as dificuldades do campo social e que era necessária a existência de um ente forte e eficaz na condução da vida complexa conjunta das pessoas (SILVA JUNIOR, 2009, p. 2). Há muitas teorias que tentam explicar o surgimento do Estado, contudo não vamos nos ater a a elas neste estudo.

No que se refere à questão do Estado Democrático de Direito, é necessário mencionar que antes do atual modelo houve outros que o antecederam e que foram por este incorporados.

O primeiro modelo de Estado de Direito foi o Liberal, que ocupou o espaço do Estado Absolutista. Segundo o que ensina Maulaz (2010, p. 1), o Estado Liberal de Direito “[...] caracterizou-se pela difusão da ideia de direitos fundamentais, da separação de poderes, bem como, do império das leis, próprias dos movimentos constitucionalistas que impulsionaram o mundo ocidental a partir da *Magna Charta Libertatum* de 1215.”

Entretanto, a ausência de intervenção estatal nas relações sociais acabou por aprofundar as diferenças entre os homens, e a desigualdade passou a ocupar maior espaço (SARLET, 2009, p. 47).

De acordo com Souza (2013, p. 2), “[...] no final do século XIX e início do século XX inicia-se a busca por uma nova configuração de Estado”, de forma que “[...] o ‘processo evolutivo’ pelo qual passou o modelo de Estado, até alcançar a configuração do ‘Estado social’” envolve “[...] três fases distintas”, a

[...] intervenção estatal nas relações laborais, dando origem às primeiras leis do trabalho; intervenção estatal na economia, no tocante à regulação das atividades econômica e financeira; o ‘apogeu’ do Estado social, ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, quando houve a efetiva implementação do ‘Estado prestador’.

Com esse novo modelo de Estado, o social, a figura do Estado passa a interferir diretamente na realidade social de modo a buscar não somente a igualdade formal, mas, acima de tudo, a igualdade material em que concretamente se busca efetivar os fins que o Estado está obrigado a realizar: o bem sem qualquer distinção (SARLET, 2009, p. 47-48). Assim, o Estado passa a ter um comportamento ativo na realização dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, algo que não ocorria no modelo anterior e que fez aumentar ainda mais as mazelas sociais.

Assim, pode-se dizer que o Estado social era “[...] pautado pela intervenção estatal nas esferas econômica e social”, de modo que, no caso, o “[...] núcleo ideológico desloca-se do individualismo liberal para a ‘preocupação com o bem comum’.” (SOUZA, 2013, p. 3). Isso revela, ainda, que nesse modelo de Estado não mais persistia o óbice “à intervenção estatal nas relações sociais, as quais deixam de ser campos isentos da ingerência estatal”, visto que, em vez de se mostrar neutro, o Estado aqui passa a atuar diretamente na concretização dos direitos e garantias fundamentais das pessoas, o que faz com que ele assuma “[...] inúmeras atribuições, referentes não apenas a serviços públicos, mas também a atividades econômicas.” (SOUZA, 2013, p. 3).

Assim, de maneira geral, segundo o que leciona Souza (2013, p. 3), o Estado social “[...] caracteriza-se pelo desempenho de novas atividades nos campos econômico e social (‘Estado-prestador’ ou ‘Estado-providência’) e pela intensificação das atividades tradicionalmente estatais, como a defesa e o exercício do poder de polícia.”

Mesmo a par dessas mudanças o Estado ainda estava distante de um modelo capaz de atender aos anseios sociais de modo concreto.

Com isso, ganhou espaço o Estado Democrático de Direito que, para a doutrina, a exemplo, de Santos (2011, p. 2), “[...] designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica” e da limitação do próprio poder das autoridades políticas que assim estão sujeitas ao respeito das regras de direito vigentes.

No Estado Democrático de Direito, segundo Lenza (2012, p. 1262), “[...] todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Isso mostra que a cidadania é um dos pontos fortes desse modelo de Estado, que prima, assim, pela participação das pessoas nos destinos do País. Além disso, o Estado Democrático de Direito tem como uma de suas maiores características o reconhecimento de um conjunto de direitos e garantias fundamentais que servem de base para a busca da efetivação da dignidade da pessoa humana (LENZA, 2012).

Importante lembrar que a dignidade da pessoa humana na atualidade se trata de um dos fundamentos do Estado Brasileiro, conforme se verifica do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

E para ter esse valor efetivado, a Constituição Federal de 1988 reconhece uma série de direitos e garantias fundamentais que servem para a busca da concretização da dignidade da pessoa humana. Para melhor entender essa realidade, abordam-se os direitos fundamentais na seção a seguir.

### 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONFLITOS E RESOLUÇÕES

Os direitos humanos fundamentais não possuem uma teoria única quanto a sua concepção, mas todas as teorias têm convergência quando afirmam que surgiram da necessidade de limitação e controle do poder do Estado em busca da consagração da igualdade e da legalidade (MORAES, 2006). Para a doutrina majoritária, direitos fundamentais são os direitos reconhecidos e positivados no âmbito constitucional. Isso não significa que estes não existiam em momento anterior ao processo constitucional, mas que, após a positivação, passaram a ter maior atenção e ganharam maior importância (COMPARATO, 2008). Normalmente a doutrina costuma dividir os direitos fundamentais em gerações ou dimensões.

Para Paulo e Alexandrino (2010, p. 35), “[...] os primeiros direitos fundamentais têm o seu surgimento ligado à necessidade de se impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas”, ou seja, “[...] nasceram, pois, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado. Por esse motivo – por exigirem uma abstenção, um não fazer do Estado em respeito à liberdade individual – são denominados direitos negativos, liberdades negativas, ou direitos de defesa.”

Lenza (2012, p. 958), por seu lado, expõe que os direitos fundamentais de primeira geração “[...] marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal”, visto que “[...] o seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII.”

Lenza (2012, p. 958) lembra, ainda, que “[...] mencionados direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade.” Afora isso, lecionam Paulo e Alexandrino (2010, p. 35) que a primeira geração de direitos fundamentais surgiu como instrumento de limitação da “[...] atuação do Estado, exigindo deste um comportamento

omissivo (abstenção) em favor da liberdade do indivíduo, ampliando o domínio da autonomia individual frente à ação estatal.”

Mas, como antes destacado, esses direitos foram incapazes de melhorar a qualidade de vida das pessoas, ao contrário, foram responsáveis pelo aprofundamento das desigualdades sociais, em especial porque no contexto deles (Estado Liberal) o Poder Público não atuava ativamente para a busca da redução das mazelas sociais (SARLET, 2009, p. 47-48). Por isso ganham espaço os direitos de segunda geração que advêm do Estado Social, que passa a ocupar o lugar do Liberal.

Nas lições de Paulo e Alexandrino (2010, p. 35), “[...] os direitos de segunda geração identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, e acentuam o princípio da igualdade entre os homens (igualdade material). São os direitos econômicos, sociais e culturais.” Ainda de acordo com eles:

Foram os movimentos sociais do século XIX que ocasionaram, no início do século XX, o surgimento da segunda geração de direitos fundamentais, responsável pela gradual passagem do Estado liberal, de cunho individualista, para o Estado social, centrado na proteção dos hipossuficientes e na busca da igualdade material entre os homens (não meramente formal, como se assegurava no Liberalismo). Os direitos fundamentais de segunda geração correspondem aos direitos de participação, sendo realizados por intermédio da implementação de políticas e serviços públicos, exigindo do Estado prestações sociais, tais como saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outras. São, por isso, denominados direitos positivos, direitos do bem-estar, liberdades positivas ou direitos dos desamparados. (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 35).

Posterior aos direitos de segunda geração, a doutrina aponta que uma nova geração surge. No caso, a terceira geração. Para Lenza (2012, p. 960):

Os direitos fundamentais da 3ª dimensão são marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais. Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as difi-

culdades para proteção dos consumidores, só para lembrar aqui dois candentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade. Os direitos da 3ª dimensão são direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade.

Continuando com os apontamentos sobre a terceira geração de direitos, Paulo e Alexandrino (2010, p. 35) bem anotam que eles “[...] consagram os princípios da solidariedade e da fraternidade. São atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa.” Para eles, “[...] são exemplos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à defesa do consumidor, à paz, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum, da humanidade, ao progresso e desenvolvimento, entre outros.” (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 35).

Alertam, contudo, os mesmos autores, que os direitos fundamentais de

[...] terceira geração não se destinam especificamente à proteção dos Interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado [...] [até porque] sua titularidade é difusa, visam a proteger todo o gênero humano, de modo subjetivamente indeterminado [...] [de modo que] representam uma nova e relevante preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras, expressando a ideia de fraternidade e solidariedade entre os diferentes povos e Estados soberanos. (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 35).

A par dessas gerações, a doutrina reconhece a existência de outras, como as de quarta e quinta gerações. Lenza (2012, p. 960) afirma que “[...] segundo orientação de Norberto Bobbio, referida geração de direitos decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, por meio da manipulação do patrimônio genético.” Já quanto aos direitos de quinta geração, Lenza (2012, p. 961) anota que não existe uma posição única a respeito do assunto, mas que eles envolveriam de modo especial o

direito à paz, “[...] axioma da democracia participativa, ou, ainda, supremo direito da humanidade.”

A princípio, todas essas gerações encontram espaço na realidade constitucional nacional, de modo expresso ou implícito (LENZA, 2012). É lógico que há dúvida de que a maior parte dos direitos e garantias fundamentais se encontra disposta no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mas isso não significa que eles não estejam presentes nas demais partes do texto normativo constitucional.

Todos os direitos e garantias fundamentais têm como premissa maior contribuir para a afirmação da dignidade da pessoa humana. Importante lembrar que a dignidade da pessoa humana, como bem ensina Weber (2013, p. 1), “[...] como preceito ético e fundamento constitucional exige do Estado não só respeito e proteção, mas garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes.” O autor destaca ainda que “[...] toda a pessoa é sujeito de direitos e deveres e como tal deve ser tratada” e que:

Quando, do ponto de vista jurídico, falamos de um “mínimo existencial” estamos tratando de algo intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia que o norteia refere-se à preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna. (WEBER, 2013, p. 1).

De fato, a dignidade da pessoa humana depende da realização dos direitos e garantias fundamentais sem a qual não se pode falar na efetivação de um mínimo existencial para as pessoas. E isso ganha maior relevo ainda quando se volta à realidade das pessoas menos favorecidas, as quais, em muitas situações, dependem não apenas da efetivação dos direitos e garantias fundamentais para terem a sua dignidade concretizada, mas, acima de tudo, da atuação do Judiciário para terem tais valores efetivados (WEBER, 2013, p. 1).

Em razão dessa realidade, verifica-se como necessário o estudo de conflitos entre direitos fundamentais e de limitações estatais pelo executivo e judi-

ciário, principalmente quando estiverem em discussão questões afetas à vida e à dignidade da pessoa humana.

Na obra *Teoria dos direitos fundamentais*, de Robert Alexy, o autor tem como objetivo principal desenvolver uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais para que conflitos entre princípios venham a ser resolvidos de forma racional por meio dos mecanismos criados pelo autor.

Para a aplicação da teoria dos direitos fundamentais, Alexy faz sua aplicação com a análise das decisões dos tribunais em decisões já proferidas pela corte alemã e seus objetivos são claros: “O objeto e a natureza dessa teoria decorrem dos três atributos mencionados: ela é, em primeiro lugar, uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã; em segundo lugar, uma teoria jurídica; e, por fim, uma teoria geral.” (ALEXY, 2006, p. 31).

A teoria geral dos direitos fundamentais da constituição alemã que é tratada na obra se ocupa de todos os problemas que têm relação com os direitos fundamentais, buscando atribuir-lhes a maior abrangência possível, entretanto, não há uma teoria ideal dos direitos fundamentais, apenas uma aproximação desse ideal ou, ao menos, uma busca por ele.

Para se chegar ao ponto central da teoria de Robert Alexy, faz-se necessário entendermos algumas distinções que o autor faz em relação a normas e princípios, pois toda teoria estudada serve para ser aplicada em questões conflituosas.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização,” 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. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2006, p. 90).

Ainda, é necessário que se distinga onde é possível ocorrer colisão de princípios e normas, e para isso a valiosa lição de Alexy deve ser trazida ao leitor.

“Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” (ALEX, 2006, p. 94).

Aqui é importante lembrarmos que para Alexy os princípios podem tratar de direitos individuais ou de direitos coletivos de forma ampla, diferente de outros autores, como Dworkin, que define o conceito de princípio de forma restrita, afirmando que princípios são apenas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais.

Para Novelino (2013, p. 122),

A definição do conceito de princípio de Dworkin é mais restrita que a dada por Alexy. Enquanto para este “princípios podem se referir tanto a direito individuais quanto a interesses coletivos”, para Dworkin os princípios são apenas as normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais, uma vez que as normas referentes a interesses coletivos são denominadas de “policies”.

Para tratar da questão de conflitos entre princípios, Alexy tem como base uma técnica de sopesamento, que segundo ele é utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal para todos os casos em que há restrição a direitos fundamentais, em que se exige o atendimento à máxima adequação da necessidade e da proporcionalidade.

Na estrita relação entre regras, Alexy (2011, p. 144) afirma que o modelo puro de regras não é suficiente para resolver conflitos.

Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo. (ALEXY, 2011, p. 144).

Segundo Pereira (2006, p. 237), existe uma estrita relação entre a ponderação e o modelo de princípios, assim como a categorização pode ser associada ao modelo de regras e ao esquema puramente subsuntivo.

Pereira (2006, p. 238) continua discorrendo a respeito da objeção de Habermas, que é crítico à aplicação da ponderação no Tribunal alemão, por acreditar que não se constituem de parâmetros racionais as decisões que tenham por base a aplicação da teoria da ponderação.

Feita essa observação crítica à ponderação, voltamos ao sopesamento que constitui um meio e não um fim para a solução de conflitos diferente da ponderação, conforme os seguintes motivos:

Ela diz o que é importante no sopesamento: de um lado, o grau ou a intensidade da não-satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio. Aquele que afirma que uma afetação muito intensa só pode ser justificada por meio de um grau muito alto de importância da satisfação do princípio colidente ainda não diz quando essa afetação muito intensa e quando esse alto grau de importância estão presentes. Mas ele diz o que deve ser fundamentado para se justificar o enunciado de preferência que representa o resultado do sopesamento: enunciados sobre graus de afetação e de importância. Os argumentos que podem ser utilizados na fundamentação desse tipo de enunciados não são relacionados especificamente ao sopesamento. É possível levar em consideração qualquer argumento típico da argumentação jurídica. (ALEXY, 2006, p. 171).

Com as diretrizes listadas anteriormente criam-se mecanismos para se chegar a uma solução em casos de conflito entre princípios, visto que, segundo Alexy, todos os direitos fundamentais têm natureza de princípios.

A tese central deste livro é a de que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização. Desde o seu surgimento, em 1985, a tese da otimização foi alvo de inúmeras críticas. Algumas delas dizem respeito a problemas gerais da teoria das normas. A maioria, no entanto, gira em torno da questão sobre se a tese da oti-

mização conduz a um modelo adequado dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2006, p. 575).

De fato, não existe apenas uma teoria ou um método que possa se apresentar como determinante para a resolução de conflitos. Kelsen (2000, p. 22) afirma que não há qualquer método capaz de ser classificado como direito positivo, segundo o qual, das várias significações de uma norma, apenas uma pode ser a correta.

Por fim, resta analisar a ponderação como ferramenta para a resolução de conflitos entre princípios, que é baseada em bom senso, equilíbrio e prudência para a interpretação de normas e princípios, fundamentando a solução nessas premissas.

Para Kelsen (2000, p. 22), o direito não pode ser compreendido como algo estático, entendendo-o como um sistema dinâmico, em que normas inferiores têm sua validade extraída de normas superiores, representado pela sua famosa pirâmide normativa.

Por meio do conceito de Kelsen, pode ser possível a aplicação da ponderação, mas de forma discricionária entre as normas; todavia será um ato irracional do juiz, que a interpretará conforme sua vontade.

O método da ponderação ganhou expressão e foi empregado pela Corte alemã no caso Lüth, em que foi consagrado pela Corte que a Lei fundamental não é uma “ordem de valores neutra”, destacando a necessidade de efetuar a ponderação de bens jurídicos (PEREIRA, 2006, p. 258).

Conforme conclui Pereira (2006, p. 279), a grande virtude da ponderação consiste na transparência que esse método pode conferir ao processo de decisão, além de trazer apreciações valorativas, as quais, se aplicados outros critérios, não seriam consideradas.

Entretanto, o que nos interessa é o estudo do princípio da proporcionalidade de Robert Alexy, e a solução a ser utilizada é o postulado da ponderação.

O procedimento para a aplicação da proporcionalidade deve verificar se existe uma colisão de direitos fundamentais, buscando saber se a finalidade pretendida se justifica perante a constituição de seu uso.

Existem três elementos que devem ser utilizados na prática da proporcionalidade, o primeiro trata-se da adequação do meio que busca um meio, que consiga atingir a finalidade desejada sem infringir outro princípio de forma incisiva.

A imperiosa necessidade desse meio, portanto a aplicação desse método somente pode ser utilizada se não houver outras formas de resolução para que se atinja o fim desejado com consequências menores ao conflito.

E, por fim, utiliza-se a ponderação pela metáfora do peso, o sopesamento, que deve ser o meio de resolução de um conflito de princípios, segundo Alexy (2006, p. 95). O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior – peso no caso concreto. O autor conclui afirmando que se o peso for maior para um dos princípios, então, esse princípio deve prevalecer em padecimento do outro com menor peso, e quanto maior for a interferência de um princípio, maior deve ser a importância de se realizar outro.

Na próxima seção aplicamos a teoria da ponderação para um caso de colisão entre o princípio do direito à vida de um paciente diagnosticado com câncer terminal e a restrição de produção e fornecimento de um medicamento em fase experimental que conflita com o direito à saúde coletiva.

#### **4 A PONDERAÇÃO NO CONFLITO DE PRINCÍPIOS: APLICAÇÃO DA FÓRMULA DE ROBERT ALEXY**

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro foi instado a se manifestar acerca da Lei n. 13.269/2016, que autorizou a produção e a distribuição do medicamento experimental Fosfoetanolamina Sintética, o qual é respon-

sável pela melhora e, em alguns casos, pela cura de pacientes acometidos com neoplástica grave; todavia, o fármaco não completou a fase clínica de estudo.

A substância foi descoberta pelo professor pesquisador Dr. Gilberto Orivaldo Chierice na década de 1970, no laboratório da Universidade de São Paulo, pelo qual foi distribuída, com relatos de significativas melhoras e casos de cura total da doença.

Após intensa pressão social, o Congresso Nacional aprovou projeto de lei que permitiu a comercialização e a distribuição do medicamento sem a necessidade de testes clínicos completos e sem o registro no órgão regulamentar sanitário.

Aqui não nos dedicamos a questões relacionadas a direito material, competência, nem mesmo à fase de estudo em que se encontra o fármaco; não é igualmente abordada a importante teoria da disposição do próprio corpo ou outras de relevante importância; nos concentramos especificamente no estudo da ponderação ao caso concreto.

O projeto de lei que autorizou a produção e o fornecimento da Fosfoetanolamina Sintética<sup>22</sup> foi sancionado pela Presidente da República transformando-se na Lei n. 13.269/2016,<sup>33</sup> que rapidamente foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade promovida pela Associação Médica Brasileira.

---

<sup>2</sup> A fosfoetanolamina (PEA) é um éster fosfórico precursor de dois dos quatro fosfolipídios presentes na membrana plasmática, a fosfatidiletanolamina e a fosfatidilcolina. Foi isolada primeiramente em tumores bovinos e está relacionada com a síntese de acetilcolina e hormonal, além de outras etapas do metabolismo celular, como a apoptose. A PEA-S é uma substância produzida pelo processo de latência, produção de uma pró-droga que, no organismo, se transformará em droga ativa. Essa substância teve ação antineoplásica sobre células de melanoma humano, carcinoma renal murino e carcinoma de pulmão não pequenas células. Além disso, a PEA-S apresentou resposta melhor do que medicamentos como o paclitaxel no tratamento de melanoma, in vitro (SARRAF et al., 2016).

<sup>3</sup> “Art. 1º Esta Lei autoriza o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Art. 2º Poderão fazer uso da fosfoetanolamina sintética, por livre escolha, pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, desde que observados os seguintes condicionantes: I - laudo médico que comprove o diagnóstico; II - assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal. Parágrafo único. A opção pelo uso voluntário da fosfoetanolamina sintética não exclui o direito de acesso a outras modalidades terapêuticas. Art. 3º Fica definido como de relevância pública o uso da fosfoetanolamina sintética nos termos desta Lei. Art. 4º Ficam permitidos a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação, posse ou uso da fosfoetanolamina sintética, direcionados aos usos de que trata esta Lei, independentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca dessa substância. Parágrafo único. A produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição e dispensação da fosfoetanolamina sintética somente são permitidas para agentes regularmente

As razões apresentadas pela autora da Ação Direita de Inconstitucionalidade consubstanciam-se na precarização do sistema nacional de saúde e de vigilância sanitária, afrontando o direito à vida e a segurança positivada no artigo 5º, *caput*, artigos 196 e 197 da Constituição Federal.

Alegando violação atentatória contra a vida, a dignidade, a saúde, a segurança e a integridade física, a autora argumenta, ainda, inconstitucionalidade material na dispensa do registro sanitário da substância, contrariando o princípio da legalidade, o qual não será objeto de análise no momento, porquanto diz respeito a regras de direito material.

Em que pesem as alegações apresentadas pela associação médica brasileira, buscando demonstrar inúmeras fundamentações sobre violação de princípios, observamos que muitos deles não estão em colisão direta ou, em virtude da regra da ponderação, não podem ser objeto de aplicação da teoria.

Para a aplicação da teoria em estudda por Robert Alexy para analisar e buscar a solução do conflito entre os princípios colidentes.

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Para que possamos utilizá-la é preciso compreendermos o que suas variáveis significam.

Assim, é imperioso destacar que G significa o peso abstrato que cada princípio em conflito apresenta, sendo I o grau de intensidade da intervenção de um direito fundamental em outro direito fundamental, devendo ser observado qual o ponto de afetação de um sobre o outro em caso de não satisfação. S é a importância do direito fundamental justificador da intervenção no caso concreto,

---

autorizados e licenciados pela autoridade sanitária competente. Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.” (BRASIL, 2016).

e existem, ainda, o *i*, que representa um direito fundamental em conflito, e o *j*, que representa um segundo direito fundamental em conflito.

Como toda boa fórmula matemática somente com a compreensão do significado das variáveis não é possível concluirmos o cálculo; para isso, há uma escala numérica.

A escala numérica é dividida por grau de intervenção, considerando-se o numeral um o grau leve de intervenção, o numeral dois o grau médio de intervenção e, finalmente, o numeral quatro o grau grave de intervenção.

Esse cálculo, em um primeiro momento, parece ser de difícil compreensão e resolução, porém, terminada a fase de compreensão, nota-se que, na verdade, trata-se de um simples cálculo aritmético; talvez a maneira como a fórmula é descrita na obra de Alexy cause apreensão inicialmente; todavia, essa não é a realidade na aplicação da fórmula.

Conforme descrito anteriormente, utilizamos como princípios colidentes o direito à vida de um paciente terminal e o princípio à saúde pública.

Inicialmente, temos que ambos os princípios possuem peso quatro no postulado de G, sendo ambos de suma importância e merecendo satisfação plena.

No que se refere ao grau de intensidade de intervenção de um em outro, novamente sua intensidade de intervenção é no maior grau possível, portanto, ambos merecem peso quatro no postulado de I.

Até aqui analisamos o princípio em abstrato, sem qualquer interferência que poderia surgir no caso concreto; contudo, no postulado de S é necessário realizar a ponderação com base no caso concreto que, para nós, é o direito à vida de um doente terminal em conflito com a saúde pública.

Assim, temos que ambos os princípios novamente possuem como peso o valor mais alto de gravidade que poderiam alcançar, somando peso quatro, havendo, portanto, empate, sem possibilidade de solução pelo princípio da ponderação.

Esse problema ainda padece de solução por parte de Alexy, que deixa a ponderação sem uma solução adequada. Em uma de suas obras o autor consigna o seguinte:

Os direitos fundamentais não são uma matéria que possa ser dividida em segmentos tão finos, de tal modo que se suprima a possibilidade de que existam empates estruturais – isto é, verdadeiros empates – na ponderação, ou de tal modo que estes se façam praticamente insignificantes. Isto quer dizer que, na realidade, existe uma margem para a ponderação, entendida como uma margem de ação estrutural do legislador e da jurisdição. (ALEXY, 2002, p. 48).

Aliás, Alexy (2002, p. 45) afirma que nesse caso a ponderação não oferece solução, e, então, abre-se espaço para a discricção judicial no balanceamento para que o legislador possa atuar a seu critério na resolução daquele conflito.

Em que pese o esforço de Alexy e de outros doutrinadores que se debruçam sobre o tema, ainda se padece de uma solução para o caso apresentado, sendo, então, permitido ao legislador atuar para que possa apresentar uma solução ao conflito.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais enfrentaram ao longo do tempo grandes problemas para se firmarem como princípios, e até hoje a discussão acerca deles é de veras acalorada; muitas teorias buscam demonstrar seu surgimento para buscar a efetivação desses direitos.

Existe grande esforço internacional para que tais direitos se mantenham com a maior abrangência possível, o Estado Democrático de Direito constitui-se de um Estado que prima pela observância e efetividade de direitos fundamentais, teoricamente é um Estado que provém de melhorias dos erros de seus antecessores.

Os direitos fundamentais ganham especial destaque nas modernas constituições na grande maioria dos Estados, sempre buscando sua efetivação.

Um dos maiores problemas que os direitos fundamentais enfrentam é a colisão de princípios, como Robert Alexy assim os denomina; no caso da colisão são dois ou mais princípios que buscam efetivação e que colidem mesmo sem intenção.

Com isso, algumas teorias foram criadas com o intuito de resolver esses conflitos e, apesar do incansável esforço despendido pelos pesquisadores, ainda não há uma solução adequada a determinados tipos de colisão entre princípios, o que foi visto claramente na aplicação da ponderação por meio da fórmula criada por Alexy, não sendo possível a solução do conflito com a aplicação da ponderação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 66, 2002.

BRASIL. Lei n. 12.369, de 13 de abril de 2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 abr. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm)>. Acesso em: 22 maio 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAULAZ, Ralph Batista de. Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso em: 22 maio 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de direito constitucional descomplicado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Adairson Alves dos. O Estado Democrático de Direito. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 14, n. 91, ago. 2011. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10143&re\\_vista\\_caderno=9](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&re_vista_caderno=9)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARRAF, Jonathan Souza. Uso Inadvertido da Fosfoetanolamina Sintética no Brasil: Por que se Preocupar? *Revista Brasileira de Cancerologia*, v. 62, n. 1, p. 47-50, 2016. Disponível em: <[http://www.inca.gov.br/rbc/n\\_62/v01/pdf/08-artigo-opiniao-uso-inadvertido-da-fosfoetanolamina-sintetica-no-brasil-por-que-se-preocupar.pdf](http://www.inca.gov.br/rbc/n_62/v01/pdf/08-artigo-opiniao-uso-inadvertido-da-fosfoetanolamina-sintetica-no-brasil-por-que-se-preocupar.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. O conceito de Estado. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 12, n. 68, set. 2009. Disponível em: [www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6742&re\\_vista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6742&re_vista_caderno=9)>. Acesso em: 02 jul. 2016.

SOUZA, Teresa Cristina de. Os direitos fundamentais e a evolução dos modelos de Estado. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43886&seo=1>>. Acesso em: 29 maio 2016.

STEINMETX, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WEBER, Thadeu Weber. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 54, n. 127, jun. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2013000100011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011)>. Acesso em: 27 jul. 2016.

# HAITIANOS NO SUL DO BRASIL: REFLEXÕES À LUZ DO MUNDO DO TRABALHO<sup>1</sup>

Thaís Janaina Wenczenovicz\*  
Rodrigo Espíuça dos Anjos Siqueira\*\*

**Resumo:** No devido artigo trata-se da integração dos imigrantes haitianos com a sociedade brasileira – mais especificamente na região Sul do Brasil – considerando sua relação com as dimensões materiais e concepções das diretrizes do trabalho. Nesse sentido, pretende-se demonstrar os fatores que impulsionaram o deslocamento desses imigrantes e o processo de adaptação no Sul do Brasil, bem como em que medida as políticas de imigração ameaçam a manutenção dos Direitos Humanos de indivíduos provenientes de países com histórico de dependência e intransigência aos Direitos Fundamentais Cívicos e Sociais em seu país de origem. Tal condição corrobora a análise entre as políticas de integração e negação aos Direitos Humanos. Ao longo dos últimos 20 anos, o Brasil adotou uma série de novas políticas voltadas à gestão dos movimentos transfronteiriços e aos imigrantes no Brasil, políticas que respondem não somente ao ativismo dos migrantes e seus aliados, mas também à estratégia da política externa brasileira. Como procedimento metodológico, neste trabalho utiliza-se do método analítico-interpretativo de investigação bibliográfica principal acompanhado da descrição e interpretação da realidade dos sujeitos na compreensão da temática abordada tendo utilizado a técnica de grupo focal.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Imigrantes haitianos. Integração. Trabalho.

---

<sup>1</sup> O presente artigo foi parcialmente apresentado no I Seminário sobre Direitos Fundamentais e democracia: migrações, uma visão comparada entre Brasil e Espanha, em Curitiba, PR, 2016.

\* Doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em História Regional pela Universidade de Passo Fundo; Professora Adjunta e Pesquisadora Sênior na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; thais-wenczenovicz@uergs.edu.br

\*\* Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Brasília; Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação das Faculdades Anglicanas de Erechim e de Tapejara; espiuca@yahoo.com

## 1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade o homem tem migrado por razões diversas, impulsionado por motivos endógenos e exógenos. Migra-se por questões culturais, econômicas, políticas e sociorreligiosas ou desastres ambientais e climáticos, a exemplo do grupo em estudo. A presença dos imigrantes haitianos no Brasil pode ser vista como um fenômeno migratório que ganhou grande proporção após o terremoto que abalou o País caribenho em 12 de janeiro de 2010, provocou a morte de mais de milhares de pessoas e deixou outras tantas na condição de deslocados internos.

Há que se dizer persistentemente que os níveis de afetação em desastres ditos naturais têm correspondências evidentes com a estrutura de classes e estas, no Haiti, conforme as estatísticas oficiais revelam, têm correspondências sociais historicamente produzidas.

Nessa assertiva, pode-se dizer que as milhares de pessoas que saíram do Haiti rumo ao Brasil são produto não de uma imaginada e pretensa cultura de migração, mas por um elemento decisivo: a falta de trabalho com remuneração adequada, doenças, fome e exclusões diversas, colocando em prova, a todo o tempo, a dignidade da pessoa humana. Os problemas econômicos e sociais, acrescidos do desastre ambiental de 2010 e dos dilemas da herança colonial, resultaram na desestruturação das organizações tradicionais, assim como no neocolonialismo de perfil econômico e financeiro em que estão submetidas especificamente as cidades de Porto Príncipe, Carrefour e Delmas.

O presente artigo divide-se em três partes. A primeira aborda um breve panorama do cenário imigracional no Brasil e suas inter-relações com os Direitos Humanos. A segunda parte apresenta um relato acerca da trajetória histórica do Haiti – País de origem do grupo analisado neste estudo. A terceira e última parte discorre sobre elementos de integração e a compreensão das dimensões materiais dos Direitos Humanos e sua relação ao mundo do trabalho por parte dos imigrantes haitianos residentes na região Sul do Brasil.

## 2 IMIGRANTES NO BRASIL: CONVERGÊNCIAS E REFLEXÕES À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Na atualidade, pode-se apontar que “entre 800 mil e 1,2 milhão de estrangeiros vivem no Brasil.” O número é considerado reduzido se se considerar a dimensão total da população brasileira, entretanto a concentração de alguns grupos em cidades específicas vem contribuindo para uma maior visibilidade do tema migração na sociedade brasileira (IBGE, 2010 apud ARAÚJO, 2015).

As comunidades de bolivianos e chineses na Cidade de São Paulo e os libaneses em Foz do Iguaçu, Paraná, são alguns casos emblemáticos.

A “lei de estrangeiros” que regula a entrada e permanência de imigrantes no Brasil foi criada em 1980, ainda na vigência do regime ditatorial no Brasil e se insere na lógica da “segurança nacional” do período. A elaboração dessa lei se deu em um momento em que o regime militar estava particularmente descontente com a “interferência” de religiosos estrangeiros em assuntos considerados de foro interno e buscava um mecanismo que facilitasse a expulsão de estrangeiros envolvidos em atividades políticas no país. De fato, a Igreja Católica no Brasil foi desde o início do período republicano (1889) uma das principais críticas da legislação brasileira para estrangeiros, e segue hoje sendo a base para muitas das organizações de defesa dos interesses e dos direitos dos estrangeiros no Brasil. (REIS, 2011).

A principal crítica das organizações que defendem os interesses dos imigrantes no Brasil “[...] diz respeito ao fato de que muitas das normas presentes na lei de 1980 estão em descompasso com as disposições relativas ao reconhecimento aos Direitos Humanos presentes na Constituição de 1988.” (AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS; INSTITUTO DE MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS; COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS, 2007). A inconsistência da Legislação de 1980 é apontada como uma fragilidade das demandas do Estado brasileiro para tratar a questão dos imigrantes em negociações e fóruns bilaterais e multilaterais.

Em termos institucionais, a movimentação de pessoas por meio das fronteiras do Brasil envolve um conjunto variado de ministérios e autarquias como: o Ministério das Relações Exteriores, o Ministério do Trabalho, o Ministério da Justiça, a Polícia Federal, entre outros.

Em princípio, o órgão que coordena as ações dessas diversas instituições em relação à entrada de estrangeiros no Brasil é o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), criado pela lei de 19 de agosto de 1980 e vinculado ao Ministério do Trabalho, e que tem por objetivo, entre outros, “formular a política de imigração”, “coordenar e orientar as atividades de imigração”, fazer um levantamento das necessidades do mercado de trabalho no Brasil, realizar estudos, coletar informações e “opinar sobre alteração de legislação relativa à imigração quando proposta por qualquer órgão do governo executivo”. (BRASIL, 1993).

O debate sobre a necessidade de transformar a legislação de estrangeiros caracteriza-se pela baixa repercussão no cenário variado dos interesses políticos. Em 2009, o Governo encaminhou para o Congresso a proposta do Novo Estatuto dos Estrangeiros (PL 5.655/2009). Entre outras mudanças, a lei prevê a transformação do CNIg em Conselho Nacional de Migrações, estendendo formalmente sua competência a questões que dizem respeito à emigração de brasileiros.

Nessa assertiva, é importante destacar que três anistias foram realizadas no Brasil:

[...] a primeira em 1988, depois em 1998 e finalmente em 2009. Nesta última, 43 mil estrangeiros foram regularizados, entre os quais 17 mil bolivianos e mais de 4 mil paraguaios. Se, por um lado, as anistias demonstram a “boa vontade” oficial para lidar com a questão dos indocumentados, por outro lado revelam a persistência do problema ao longo dos anos e a necessidade de uma política mais abrangente. Idealmente, com a implementação dos acordos de livre circulação e a nova legislação de estrangeiros, o número de indocumentados no país deve cair. (REIS, 2011).

### 3 PROCESSO MIGRATÓRIO E OS HAITIANOS NO SUL DO BRASIL

É possível apontar que o Acre figura entre os Estados que primeiramente receberam os imigrantes haitianos no Brasil. Segundo dados da Polícia Federal (BRASIL, 2014), aportaram nesse Estado – desde dezembro de 2010 – cerca de 130 mil haitianos se utilizando da fronteira do Peru com o Estado e se instalaram de forma precária também no Amazonas, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Pará. Calcula-se que entre janeiro e setembro de 2011 foram 6 mil e, em 2012, 2.318 haitianos entraram ilegalmente no Brasil. Posteriormente, o fluxo migratório também inseriu os Estados do Sudeste e Sul do Brasil – Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Nos Estados do Sul do Brasil várias cidades receberam os haitianos que vinham exclusivamente por uma vaga de trabalho. No Rio Grande do Sul os espaços de recepção foram as Cidades de Rio Grande e Porto Alegre, entretanto, impulsionados pelo seu objetivo maior – o trabalho – fixaram morada em Cidades como Bento Gonçalves, Caxias do Sul, Erechim, Marau e Passo Fundo.

A presença de haitianos no Brasil era quantitativamente inexpressiva até então. Segundo dados e estatísticas do IBGE (apud ARAÚJO, 2015), “[...] em 1940 viviam no Brasil 16 haitianos; em 1950 – 21; em 1960 – 159; em 1970 – 90; em 1980 – 127; em 1991 – 141; em 2000 – 15; e em 2010 – 36 pessoas.”

Enquanto base legal, sabe-se que a grande maioria dos haitianos que solicitou refúgio no Brasil não se enquadra como refugiado nos termos da legislação específica. No entanto, o Governo brasileiro, por meio do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), decidiu autorizar a permanência por razões humanitárias aos haitianos que ingressaram por via terrestre até 13 de janeiro de 2012. Nesse caso, após o CNIg conceder a residência no Brasil e de posse da publicação dessa decisão no Diário Oficial da União, os haitianos foram recomendados a se dirigirem a uma unidade da Polícia Federal para se registrarem e fazerem o pedido de Carteira de Identidade de Estrangeiro.

Após o registro na Polícia Federal, o imigrante estará apto a prorrogar o prazo de sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), nas agências credenciadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Ressalta-se, também, que mesmo estando o imigrante com o protocolo de pedido de refúgio e aguardando a concessão de sua residência pelo CNIg, ele poderá retirar sua CTPS e trabalhar em qualquer entidade usufruindo da legislação trabalhista do país de acolhimento.

De acordo com dados do Ministério do Trabalho (IBGE; MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2014),

[...] é possível apontar que dentre os imigrantes haitianos – categoria – Estrangeiros com vínculo formal de trabalho, segundo principais nacionalidades de um total de 14.579 ingressos no Brasil em 2013, 12.518 eram do sexo masculino e 2.061 feminino. Observamos que ao se fazer a análise considerando a variável sexo, no período de três anos (2011, 2012 e 2013) e levando em conta todas as nacionalidades, se obtém uma média de 72% de homens estrangeiros e 28% de mulheres estrangeiras.

Considerando os motivos que fizeram com que os imigrantes haitianos se deslocassem ao Brasil, pode-se dizer que no Rio Grande do Sul os espaços de recepção foram as Cidades de Rio Grande e Porto Alegre. Contudo, impulsionados pelo seu objetivo maior – o trabalho – fixaram morada em cidades de outras regiões como: Bento Gonçalves, Caxias do Sul, Erechim, Marau e Passo Fundo. No Estado de Santa Catarina fixaram-se em Balneário Camboriú, Blumenau, Florianópolis, entre outras. No Paraná estão em regiões que propiciam empregabilidade e retorno financeiro em curto prazo, como: Curitiba e região metropolitana, Maringá e demais.

De acordo com o Conselho Nacional de Imigração, ligado ao Ministério do Trabalho e Emprego,

[...] a Região Sul concentra 40% dos imigrantes do Haiti. O restante vive no Norte (39%) e no Sudeste (21%). No Sul, o Paraná é o estado com a maior parcela, com 19% dos imi-

grantes oriundos da capital haitiana, Porto Príncipe. Outros 8% estão em Santa Catarina, e 13%, no Rio Grande do Sul. Na Região Norte, o Amazonas abriga 19% dos haitianos que estão na região. No Sudeste, São Paulo é o principal polo, com 12% dos haitianos da região. (CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO, 2015).

#### 4 HAITIANOS E O MUNDO DO TRABALHO

A origem etimológica da palavra trabalho é o termo latino *tripalium*, que era utilizado para designar o instrumento composto por três pedaços de madeira usado para infligir punição aos cavalos que não obedeciam aos comandos e impediam o ferreiro de desempenhar o seu trabalho com facilidade. Assim, o verbo *tripaliare* tinha seu significado no uso do *tripalium* para punir cavalos desobedientes. Já o vernáculo *labor* deriva do latim e do inglês *labor*. Além disso, o grego *ponos* e o alemão *arbeit* significam esforço, dor e podem também ser usados, a exemplo do inglês e do latim supramencionados, para designar as dores do parto. Dessa forma, pode-se afirmar que, quando dos seus primórdios, o trabalho era considerado algo muito penoso e sofrível (CASSAR, 2008, p. 3).

Atualmente, a definição de trabalho já não atrai tanto a ideia do esforço, do sofrimento, da punição. Tome-se como exemplo a palavra nipônica *hataraku*, que quer dizer dar conforto ao vizinho por meio do trabalho.

Essa expressão permite afirmar que a concepção de trabalho pode assumir contornos variáveis em razão da cultura que a utiliza, o que permite ao indivíduo ou grupo de pessoas, no contexto de uma cultura específica, a construção da noção de que certa atividade laboral é valiosa ou desprezível. Ademais, confere status social desejável, ao passo que outra cultura atribui, à mesma espécie de função, um caráter indesejável, e às pessoas que o desempenham, um status “inferior” de indivíduos.

Essa diversidade cultural, na qual a relação de trabalho está inserida, acentua-se no mundo globalizado. A esse respeito, Teubner (2003, p. 11-12) afirma que a globalização deve ser entendida como sociedade mundial, resultante da

crescente abrangência da comunicação que ultrapassa barreiras culturais ou geográficas, e não como uma sociedade nacional, que gradativa e paulatinamente se move na direção de integrar-se a uma sociedade mundial estabelecida. De acordo com essa visão da globalização, as organizações internas dos Estados-nações não passam de meras expressões regionalizadas da sociedade mundial (TEUBNER, 2003).

Na opinião de Bauman (1999), também é ressaltado o papel da comunicação na transformação da sociedade contemporânea em uma sociedade globalizada. Afirma o sociólogo que a mobilidade, resultado da criação de novos meios de comunicação, possibilita que a informação viaje de forma independente do seu portador físico ou do objeto sobre o qual informa, isto é, o desenvolvimento de meios técnicos de comunicação que separam o movimento da informação do movimento de seu portador e objeto permite que o significado não tenha mais controle total do significante. Assim, a velocidade com que viaja a informação é muito maior do que a dos corpos físicos. E, com o aparecimento da rede mundial de computadores, o próprio conceito de distância se altera, pois, a informação está disponível instantaneamente em todos os pontos do Planeta (BAUMAN, 1999, p. 21-23).

E esse constante movimento de informação também ocasiona a migração da força de trabalho que, por meio do acesso à informação, está melhor capacitada e, conseqüentemente, busca melhoria nas condições de vida mediante a migração. Tal movimento de trabalhadores causa certos conflitos.

É nesse contexto, de aldeia global, que os contratos de trabalho servem de pretexto para graves desrespeitos ao direito fundamental ao trabalho digno, uma vez que as corporações, detentoras de centros privados de exercício de poder, em não poucas ocasiões, violam os mais básicos direitos do trabalhador, desrespeitando a sua dignidade.

Essa migração também pode ocasionar a fragilização dos direitos do indivíduo trabalhador, uma vez que o ingresso de mão de obra qualificada no mercado de trabalho proporciona aos empregadores uma “melhor escolha” dos seus empregados. Essa escolha pode ocorrer no sentido de privilegiar a contratação dos trabalhadores migrantes, que, em tese, têm menor conhecimento a res-

peito da legislação atinente às normas laborais e, conseqüentemente, demandarão menor investimento do empregador em termos de garantias e direitos, bem como na manutenção de um ambiente de trabalho saudável. Essa postura enseja graves violações aos direitos laborais e da personalidade.

As normas constitucionais que tratam do tema de direitos fundamentais – entre eles o direito fundamental ao trabalho digno – consagram a proibição da submissão das pessoas a situações degradantes e que violem o indivíduo em sua característica inerente e mais marcante, a dignidade humana.

Entre as várias e mais corriqueiras situações de violação da dignidade humana estão o trabalho degradante e as condições de trabalho inadequadas. Basta uma vista-d’olhos aos periódicos e jornais televisivos para perceber a quantidade de situações no Brasil em que os trabalhadores, nacionais ou estrangeiros, padecem violações de sua dignidade.

Necessário mencionar aqui que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, chamada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é elemento indispensável na proteção dos indivíduos contra ações de seus próprios pares. Isso se deve ao fato de que os atores privados são responsáveis por violações à dignidade da pessoa humana, por meio de atitudes de abuso de direito, exploratórias da mão de obra, e discriminatórias.

Vários e complexos são os elementos que constituem o terreno fértil para o trabalho que viola a dignidade humana, entre eles tem-se a grande desigualdade social e econômica do mundo contemporâneo. A pobreza é determinante, em especial nas situações de trabalho rural. É essa miséria extrema que favorece – e muitas vezes impõe – a migração da mão de obra e a conseqüente existência de situações de exploração de tais indivíduos.

Ocorre que, por vezes, sob o argumento do poder diretivo do empregador, muitos sócios ou proprietários das corporações extrapolam na direção e nas sanções aos empregados, e isso se deve à grande vulnerabilidade econômica dos empregados, que necessitam permanecer nos empregos para poderem auferir os

salários essenciais à manutenção própria e das suas famílias. No caso em exame, trata-se de trabalhadores haitianos imigrantes no Brasil.

Mas não se pode olvidar de considerar que, antes de ser trabalhador, todo indivíduo é ser humano, e, por isso, tem sua dignidade resguardada em qualquer circunstância de sua vida, mesmo nas relações privadas de emprego e trabalho.

Corroborando esse entendimento, colaciona-se a lição de Vecchi (2009, p. 55),

[...] além disso, existe um outro grave problema que tem abalado as relações de trabalho, ou seja: a desconsideração do trabalhador como sujeito integral, como pessoa humana dotada de direitos humanos fundamentais que devem ser entendidos em sua indivisibilidade, direitos de que o trabalhador não abre mão ao se tornar sujeito de uma relação de emprego, direitos que não podem ficar “na porta da fábrica” esperando o término da jornada de trabalho. Esse problema também se torna global, ou seja: é enfrentado por trabalhadores nos mais diversos “cantos da Terra”, sendo facilitado pela flexibilização, que enfraquece, cada vez mais a posição dos trabalhadores.

Dessa forma, o posicionamento dos direitos do trabalhador no rol dos direitos fundamentais impede que a flexibilização, ou mesmo a falta de escrupulos do empregador, retire tão caras garantias e fortaleza a posição do operário diante do empregador. Ressalte-se que os direitos laborais de prestação e os de proteção devem ser assim considerados.

Os princípios informativos do direito do trabalho existem justamente para oferecer uma compensação à desigualdade inerente às relações de trabalho, em especial na superação do entendimento de que trata a força de trabalho como mera mercadoria regulada apenas pelo contrato de trabalho, à mercê da vontade do empregador, detentor dos recursos financeiros suficientes para “comprar” a mão de obra.

Não se pode desvincular a força de trabalho da pessoa que a detém, como se houvesse, ainda que remota, possibilidade de separar o trabalhador do

indivíduo, desqualificando o operário, enquanto mão de obra, da condição de pessoa, transformando-o em “máquina”.

Quanto maior for a desigualdade entre as partes envolvidas em uma relação, de mesma intensidade deve ser a proteção dos direitos fundamentais em perigo, e inversamente proporcional deverá ser a proteção à autonomia da vontade.

Esclarece-se que quando as partes forem materialmente desiguais e houverem direitos fundamentais sob ameaça ou efetivamente violados, a proteção a estes deve ser incrementada na proporção da desigualdade, podendo-se afirmar que, quanto às relações de emprego, é de essencial importância a verificação da intensidade da desigualdade material entre ambos, mensurando a vulnerabilidade do empregado face ao tomador de mão de obra. Resta óbvio que a contratação não deve ser encarada como total e irrestrita sujeição do operário e, muito menos, pretexto para a diminuição de sua dignidade, devendo os direitos fundamentais, em especial o trabalho digno, ser respeitados pelos envolvidos.

Não somente atividade empresária mas também os objetivos de obtenção de lucro das corporações não podem ser baseados na exploração antijurídica da mão de obra e mediante violação da dignidade humana dos trabalhadores. A existência de centros particulares de poder não pode ser confundida com liberdade para ações que violem a legalidade, a moral, a ética e a razoabilidade nas relações de trabalho ou de emprego.

Da mesma forma, o caráter de direito fundamental atribuído ao direito à propriedade privada não pode ter o condão de eximir as empresas de garantir o mínimo necessário à promoção da dignidade e dos direitos personalíssimos dos empregados, sendo a atividade econômica um meio de valorização social da mão de obra e, sob a luz do neoconstitucionalismo, desempenhada com a ótica de colocar a pessoa humana como o centro de todo o ordenamento normativo nacional.

A Constituição Federal de 1988 consagra vários direitos trabalhistas, não apenas em seu artigo 7º, mas também eleva o direito ao trabalho à categoria de direito fundamental no artigo 170. Assim, pode-se afirmar que na ordem jurídica nacional o trabalho tem proteção e previsão de direito fundamental social,

devendo o Estado resguardar o trabalho e os trabalhadores, estando priorizados estes em detrimento dos valores econômicos. Ressalte-se que não há diferenciação entre o trabalhador natural da República brasileira e o migrante estrangeiro. Toda pessoa tem direito ao trabalho digno no Brasil.

O trabalho deve traduzir um núcleo mínimo de direitos que oportunizem ao trabalhador uma vida digna, visto que é por meio do reconhecimento desse mínimo que será justificada a afirmação de que o homem é dignificado pelo trabalho.

Não se pode deixar de mencionar a importância da vinculação da dignidade da pessoa humana com o princípio de proteção ao trabalho e ao trabalhador. Isso implica a proteção ao ambiente de trabalho, às condições de trabalho, respeito às normas de ordem trabalhista, oportunizando respeito e igualdade entre os operários. Violadas essas mínimas condições, também resta ferido o princípio da dignidade humana, submetido o trabalhador a situações aviltantes.

Nas palavras de Brito Filho (2004, p. 69), de todas

[...] as formas de superexploração do trabalho, com certeza, as duas vertentes do trabalho em condições análogas ao escravo – o trabalho forçado e o trabalho em condições degradantes – são as mais graves; a primeira mais ainda. Propor a sua análise é, com certeza, enveredar por seara onde a dignidade, a igualdade, a liberdade e a legalidade são princípios ignorados, esquecidos. Mais: é tratar do mais alto grau de exploração da miséria e das necessidades do homem.

Dessa forma, garantir a dignidade do trabalho é tão importante quanto a proteção dos demais direitos fundamentais, e, sendo esse direito desrespeitado, também se configura verdadeira a degradação da pessoa e da dignidade a ela inerente.

A negação de um ambiente de trabalho saudável constitui-se em violação da dignidade humana. Essa negativa de um trabalho digno e decente pode ser considerada como rebaixamento do ser humano à condição análoga a de um mero objeto, cuja serventia é apenas a satisfação dos interesses do empregador, desconsiderando a condição do empregado como sujeito de direitos.

A inexistência de respeito à vida e à integridade física ou moral do trabalhador, por meio da ausência de condições mínimas de trabalho, isto é, a ausência de um meio ambiente de trabalho saudável, constituem-se em frontal desrespeito à norma constitucional de direito fundamental social.

Ainda digno de nota, o Brasil ratificou a Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho, ratificação esta promulgada pelo Decreto n. 1.254/94. Tal Convenção dispõe, em seu artigo 4º, parágrafo 1º, que os países signatários deverão formular e colocar em prática uma política nacional de segurança e saúde dos trabalhadores e de proteção ao meio ambiente do trabalho.

Por conseguinte, a redução dos riscos inerentes ao trabalho está prevista como norma constitucional no artigo 7º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988, mediante a elaboração de normas de segurança, devendo todas as empresas e empregadores providenciar essa redução de riscos, sob pena de serem obrigados a indenizar as vítimas de acidentes de trabalho.

Destarte, na busca de garantir trabalho digno os empregadores veem-se obrigados a providenciar e garantir condições ideais para o desempenho do trabalho, preservando a saúde, física e mental, do trabalhador, protegendo, assim, a sua dignidade.

Na conceituação de Brito Filho (2006), trabalho digno é aquele conjunto de direitos trabalhistas que compreende a existência de trabalho, liberdade, igualdade e condições justas no desempenho deste trabalho, aqui inclusas compensação justa e preservação da saúde e da segurança no labor, na busca da garantia da dignidade humana. Também são consideradas, pelo doutrinador, a proteção contra riscos sociais e a livre associação sindical, entre os requisitos para a identificação de uma situação de trabalho digno, sempre orientada na direção da preservação da dignidade do trabalhador (BRITO FILHO, 2006, p. 126).

Finalmente, a negativa de fornecimento de um ambiente de trabalho saudável e seguro e o desrespeito às normas trabalhistas cogentes são negação de direito fundamental do trabalhador, sendo injustificável e antijurídica a perseguição de lucratividade otimizada em detrimento da garantia da qualidade de vida

das pessoas, violando a dignidade da pessoa humana. Aos trabalhadores haitianos que buscam no Brasil a oportunidade de uma vida melhor, também a eles não podem ser negados esses direitos fundamentais.

## 5 CONCLUSÃO

No presente trabalho visou-se discutir elementos da relação existente entre a chegada dos imigrantes haitianos no Sul do Brasil e o seu processo de inserção no mercado de trabalho.

Na fuga das condições de vida miseráveis e mais especificamente ao grupo de haitianos – os desastres ambientais – observou-se que as centenas de homens provenientes dos países de economia periférica buscam refúgio nos países de economia central, mas na maior parte das vezes não conseguem se livrar do estigma da miséria. Trata-se de uma nova era de colonização, mas, dessa feita, uma colonização feita pelo (e em benefício do) capital.

A revolução tecnológica acarretou consequências no mercado de trabalho, o que gerou reflexos nas massas migratórias de trabalhadores, os quais partiram em busca de colocação profissional. A mesma revolução tecnológica facilita o trânsito de informações e de pessoas no mundo, o que também influi nas migrações em geral.

O contato com o grupo de haitianos permitiu concluir que quando o imigrante é identificado apenas por suas características étnicas e pelo nicho do mercado de trabalho em que consegue se inserir, o que ocorre com certa constância, existe uma identificação negativa, uma identificação que faz com que lhe seja negado o reconhecimento como ser humano completo. Sua identificação como trabalhador imigrante diante da sociedade acaba servindo de empecilho para que possa conseguir melhor colocação de trabalho, ainda que se trate de trabalhador qualificado, frustrando suas esperanças de, ao atravessar fronteiras, obter acesso a um mundo melhor.

Verificou-se, nas entrevistas, que algumas condições básicas de trabalho são desrespeitadas em virtude da condição de imigrantes dos trabalhadores haitianos como: dificuldade linguística, adjetivações histórico-culturais e dificuldade em adaptar-se às múltiplas tarefas exigidas pelo empregador.

Essa diferenciação entre trabalhadores nacionais e estrangeiros, atrelada a uma postura, não faz uso de um limite moral na relação laboral entre empregados e empregadores; leva os empregadores a acreditarem que podem se beneficiar da condição de imigrante. Em sua maioria, os imigrantes inicialmente são desconhecedores da legislação protetiva laboral, o que leva a uma verdadeira diminuição do *status* de sujeito de direitos e flagrante violação de sua dignidade, que não pode ser tolerada pela sociedade e instâncias governamentais de fiscalização laboral, sob pena de se transformar em convivência com as violações e descumprimento das obrigações constitucionais de proteção e garantia do trabalho digno, incumbentes ao Estado.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS. INSTITUTO DE MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS. COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS. *Políticas públicas para as migrações Internacionais. Migrantes e refugiados*. 2. ed. rev. e atual. Brasília, DF: ACNUR: IMDH: CDHM, 2007.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2003.

ARAÚJO, Adriano Alves De Aquino. *Reve de Brazil: a inserção de um grupo de imigrantes haitianos em Santo André, São Paulo – Brasil*. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais)–Universidade Federal do ABC, São Paulo, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

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

BRASIL. Decreto n. 840, de 22 de junho de 1993. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1993. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/Migrants/Brasil/Decreto%20No%20840,%20de%2022%20de%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL. Polícia Federal. *Dados e estatísticas – estrangeiros*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do tratamento decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Trabalho Decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. Niterói: Impetus, 2008.

IBGE. *Dados e Indicadores*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/indicadores>>. Acesso em: 02 maio 2016.

IBGE; MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Relação Anual de Informações Sociais*. 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Dados e Estatísticas*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Report 2013: Repairing the economic and social fabric*. Geneva: ILO, 2013. Disponível em: <<http://www.ilo.org/worldofWork>>. Acesso em: 20 set. 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

REIS, Rossana Rocha. *Políticas de imigração nos Estados Unidos e na França*. São Paulo: Hucitec, 2011.

TEUBNER, Günther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Impulso – Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba: Ed. Unimep, v. 14, n. 33, p. 1-191, jan./abr. 2003.

UNESCO. *Dados e Indicadores Gerais*. Disponível em: <<http://www.unesco.org/indicadores>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Contrato de trabalho & a eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão: possibilidade de concretização*. Curitiba: Juruá, 2009.



**SEÇÃO DESTINADA A  
MANIFESTAÇÕES  
LITERÁRIAS**





## CRÔNICAS/REFLEXÕES

por Guilherme Balestrin Sari

Mude! Mas mude com moderação. Maquiavel tinha razão quando disse que “Os homens com suas imprudências inventam novidades e, se sua aparência é agradável, não percebem o veneno que contém.” Desde os primórdios da humanidade somos seduzidos por mudanças; algumas são boas, mas várias não passam de novidades fúteis, supérfluas, artificiais. Confundimos mudança com evolução, e esse é um grande erro, que reflete em toda a sociedade. Evoluir de fato resulta em algumas mudanças; entretanto, o inverso não é verdadeiro, de modo que nem toda mudança resulta em evolução. Mudanças vazias criam “pessoas vazias”! É preciso repensar a vida em busca de evolução. E evoluir não significa abandonar tradições, tampouco esquecer valores e princípios que deveriam nortear qualquer pessoa, qualquer sociedade. Um homem que perde sua essência não é digno da evolução, torna-se fraco como uma árvore sem raízes, e árvores sem raízes caem fácil, naturalmente!

---

Motivação! Precisamos de gente motivada. Mentes motivadas produzem mais, pessoas motivadas são mais felizes, e é essa combinação de felicidade e motivação que cria pessoas capazes de mudar o mundo da forma como ele precisa ser mudado. Motive-se! Motive as pessoas que estão ao seu lado; não seja um desmotivador por natureza, guarde as críticas que não forem construtivas, não tire o vento das velas de quem nasceu pra navegar. Elogie mais; tente a todo custo encontrar algo bom onde todos encontram apenas defeitos e valorize isso, mesmo que pareça insignificante. E se for apontar o dedo para desmerecer alguém, lembre-se de apontar antes para o céu, porque existe somente um Deus capaz de julgar a capacidade dos homens!

Dizem que grandes poderes sempre trazem grandes responsabilidades; se é verdade, eu não sei, mas o inverso com toda a certeza não é verdadeiro, e grandes responsabilidades nem sempre surgirão acompanhadas de grandes poderes. Elas apenas surgem, e surgem com uma facilidade imensa de mudar a nossa realidade, de nos testar, e, independentemente de estarmos prontos ou não, precisamos dar uma resposta pra vida. É fato que, geralmente, por mais que a gente estude, trabalhe e faça sempre o melhor, algumas coisas parecem fugir ao nosso alcance, parecem difíceis, impossíveis, distantes da nossa realidade, mas ninguém disse que seria fácil, e, se disseram, mentiram! Não existem dias de luta e dias de glória; todos os dias serão de luta! Glória é deitar a cabeça no travesseiro e ter a certeza de dever cumprido, não necessariamente de ter vencido uma batalha ou superado um desafio, mas de ter feito o melhor naquilo que precisou ser feito, de estar em paz, porque quando se está em paz o que poderia ser uma derrota se torna a chance de recomeçar, e o que poderia ser o início de uma história de sofrimento se torna o início de uma história de superação! (Força e Honra).

---

[Tempo]

Com o tempo começamos a estranhar o modo como levamos a vida e, ainda pior, percebemos como é estranho o modo como a vida nos leva, como a rotina nos prende e nos consome de forma lenta e silenciosa. Começamos a entender algumas coisas que antes não faziam muito sentido; começamos a valorizar o bem que parecia insignificante e a dispensar o mal que ressoava como essencial. Nos damos conta de que a vida é muito frágil e pode se tornar muito pequena quando a desperdiçamos nos preocupando com problemas pequenos.

Com o tempo percebemos que é preciso mudar! O tempo da vida nos ensina a evoluir.

E aí nos libertamos do medo, da vergonha, da arrogância e da ideia tola de que sempre existirá mais tempo para fazer as coisas que realmente queremos e

começamos a abraçar mais as pessoas importantes da nossa vida, a falar o quanto elas são essenciais para nós. Aprendemos a expressar o amor, porque percebemos a importância de cada ato, de cada palavra, de cada sentimento.

Chega um tempo em que o *eu te amo* sai mais fácil da boca, o beijo é mais demorado, o abraço é mais apertado, o aperto de mãos é mais sincero, o olhar é mais intenso, e o sorriso vale somente se for verdadeiro.

Paramos de guardar a melhor camisa para usar apenas naquelas ocasiões especiais, porque percebe que todo instante de vida é especial.

Aprendemos a aproveitar as oportunidades que o destino nos dá para ser feliz e a não deixar, nunca, sob nenhuma hipótese, aquilo que mais importa pra depois, porque aprendemos a não confiar tanto no tempo que teremos e passamos a lembrar que esse tempo, por mais assustador que isso seja, pode não chegar.

E, assim, com o passar do tempo, aprendemos que cada segundo é importante e merece ser vivido intensamente, ou pelo menos deveria aprender, porque o tempo ensina que tudo acaba, inclusive, o tempo.

---

[Felicidade]

Ideia de felicidade? Sei lá, depende!

Às vezes, felicidade é tomar banho quente, às vezes é tomar banho frio, antigamente era feliz quem enganava a mãe passando um dia sem tomar banho. É o cheiro do café passado naqueles dias que amanhecem frios, é o gosto do chope gelado naqueles dias que anoitecem quentes. É o sorriso sincero, o abraço apertado, o reencontro com alguém especial... A grande verdade é que não existe um conceito pronto de felicidade, muito menos uma receita de como ser feliz. E nem poderia existir.

Há quem diga que felicidade não se compra; oras, se compra sim! E se vende também! Depende de quem compra e depende de quem vende. A felicidade depende de muitas variáveis, porque as pessoas são diferentes, e cada uma é feliz de um jeito diferente.

Quem sabe você até encontre alguém que compartilhe da mesma felicidade que você ou, talvez, que goste de coisas incomuns.

Você pode perder dinheiro comprando coisas idiotas se isso te proporcionar felicidade ou, simplesmente, deixar de comprar, se ficar feliz pelo fato de ter dinheiro na poupança.

Você pode ser feliz bebendo muito ou não bebendo nada.

Quem sabe seja feliz fumando um cigarro, quem sabe não curta muito esse lance de fumar.

Quem sabe goste de sair ou talvez prefira passar a noite comendo pipoca, chocolate e assistindo Netflix.

Felicidade é muita coisa! É como um curinga na nossa vida, que surge de formas e em lugares intermináveis, basta a gente permitir.

Além do mais, receita boa é receita de bolo; felicidade a gente inventa, reinventa, a gente encontra sem ao menos procurar, mas o que realmente importa é que a gente sabe quando encontra, a gente sente quando está feliz, sorrindo, chorando, gritando, a gente sabe. E é isso que importa! Afinal, o que a gente quer de verdade, entender a felicidade ou simplesmente ser feliz?

Fico com a segunda opção!

A vocês, desejo momentos de felicidade!